最 高 行 政 法 院 判 決

108年度判字第494號

上　訴　人　臺灣港務股份有限公司高雄港務分公司
代　表　人　張國明
訴訟代理人　吳小燕　律師
　　朱雅蘭　律師
　　許宏吉　律師
被上訴人　勝榮營造有限公司
代　表　人　盧清池

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國107年12月19日高雄高等行政法院105年度訴字第482號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、本件上訴人之代表人由陳劭良變更為張國明，茲據其具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

二、被上訴人參與上訴人所辦理「58號碼頭管制站及進出車道新建工程（下稱系爭工程）」採購案，因不服上訴人於民國104年10月7日以高港營建字第1043008534號函（下稱原處分）通知將依行為時（下同）政府採購法（下稱採購法）第101條第1項第10款規定刊登政府採購公報，提出異議，復不服上訴人104年11月13日高港營建字第1043333462號函之異議處理結果（下稱異議處理結果），提起申訴，遭審議判斷駁回後，續提撤銷訴訟，撤銷訴訟進行中，因原處分已執行而無回復原狀可能，乃變更為確認原處分（含異議處理結果）違法之訴訟，經原判決確認原處分（含異議處理結果）違法。上訴人仍不服，遂提起本件上訴。

三、被上訴人起訴之主張、上訴人於原審之答辯及聲明，均引用原判決所載。

四、原判決確認原處分（含異議處理結果）違法，係以：　上訴

人104年9月3日施工進度落後逾20%限期改善研商會議（下稱104年9月3日改善會議）結論，係針對第1階段落後20%所為之限期改善與敘明不改善即刊登政府公報意旨，被上訴人以104年9月16日勝工字第10400302號函，通知上訴人已完成第1階段改善目標，請撥付工程款，以利第2階段趕工。上訴人復以104年9月23日高港營建字第1043008127號函（下稱上訴人104年9月23日函）通知辦理工程款估驗，應認被上訴人已完成上訴人104年9月3日改善會議之要求。嗣上訴人104年10月1日高港營建字第1043008339號函（下稱上訴人104年10月1日函）謂：「說明：……四、……本分公司業已依上述規定，透過104年9月3日會議通知貴公司限期應於104年9月23日將落後幅度改善至20%以內，惟貴公司卻未能於該期限內完成改善，後續俟該落後20%以上日數達10日以上（即104年10月3日止），若仍未見改善，本分公司將即依政府採購法第101條（應通知廠商並刊登公報之廠商違法情形）相關規定處置……」就被上訴人未能於104年9月23日期限內改善部分，應指第2階段，則上訴人就第2階段落後20%以上情形，自應重新踐行「先通知廠商限期改善，屆期未改善者，再予以起算落後20%以上日數達10日以上」之法定程序。惟上訴人104年10月1日函卻逕以104年9月23日即屬限期改善，未再重新踐行行為時（下同）採購法施行細則第111條第2項之法定程序，並以被上訴人自104年9月24日迄104年10月7日工程進度落後均仍逾20%以上，日數已達10日以上，符合採購法施行細則第111條規定，有採購法第101條第1項第10款之情形，而以原處分通知被上訴人將刊登政府採購公報等情，應認上訴人刊登政府採購公報程序違反正當行政程序。　上訴人未於招標文件另有「延誤履約期限情節重大」之載明，則上訴人嗣至104年8月4日第4次限期改善會議決議擅自載明「上述第1、2階段，若任一階段未如期達成，本分公司將依據政府採購法第101條（應通知廠商並刊登公報之廠商違法情形）及本工程契約第21條（契約終止解除及暫停執行）之規

定檢討辦理。」應不符合採購法施行細則第111條第1項規定，且由上訴人104年10月1日函，仍援引採購法施行細則第111條第2項第1款之規定，顯見上訴人於104年8月4日後仍無排除該條款規定之適用；復由被上訴人於訴訟中尚爭執上訴人未踐行採購法施行細則第111條之正當行政程序可知，上訴人上開載明顯未經被上訴人同意，故上訴人主張只要被上訴人於第1、2階段之任一階段未如期達成，即可不再通知限期改善，逕行刊登政府採購公報云云，並不足採。　上訴人以原處分通知刊登被上訴人為不良廠商時，原只以104年7月28日高港營建字第1043332559號函（下稱上訴人104年7月28日函）同意展延工期30天，卻於105年9月8日刊登政府採購公報後，上訴人復以尊重行政院公共工程委員會於申訴審議判斷認定應予展延工期64日，遂以105年10月21日高港營建字第1053332882號函（下稱上訴人105年10月21日函），再展延工期34日，惟上訴人主張即便展延64日，至104年9月24日被上訴人之進度仍落後逾20%以上，被上訴人則主張依展延工期64天計算，被上訴人並無履約進度落後20%之情形，原處分以展延30天工期加以計算落後進度之基礎事實已有變更，其依錯誤工期計算進度認定被上訴人落後逾20%，顯與事實不符。兩造既就系爭工程於104年9月23日之進度是否落後達20%以上有所爭執，有關工程進度之計算，涉及被上訴人是否有採購法第101條第1項第10款之情形，經選任高雄市土木技師公會（下稱土木技師公會）進行鑑定，而於107年8月15日作成鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告），且土木技師公會係國內對營造工程具有相當專業之鑑定機構，應認系爭鑑定報告具有參考價值。依系爭鑑定報告之鑑定結果可知，於加計104年4月2日起至同年6月4日止因管制站建築執照（下稱系爭建照）未取得而應展延之64日後，104年9月3日、104年9月23日、104年9月24日起至同年10月3日止修正後之預定進度分別為：49.05%、63.58%、64.29%、64.99%、65.70%、66.4%、67.01%、67.62%、68.23%、68.84%、69.45%、70.20

%，而實際進度，依104年9月23日監造報表及監造單位出示之施工進度落後逾20%且連續10日以上期間之進度情形表記載：104年9月23日起至同年10月3日止之實際進度分別為50.54%、50.54%、50.54%、51.20%、51.20%、51.20%、51.20%、52.08%、56.59%、57.69%、59.93%。與系爭鑑定報告修正後預定進度互相對照，除104年9月3日無實際進度，無法比對外，其餘104年9月23日、104年9月24日起至同年10月3日止，被上訴人進度落後程度均未達20%，應認被上訴人並未構成採購法第101條第1項第10款「延誤履約期限情節重大」之情形。ㄇ上訴人就系爭工程於104年5月6日即已核定180天工程預定進度表及施工網狀圖（下稱原始工程表及施工圖），因內部並無檢附工程預定進度表各作業項目每天預計完成金額，致土木技師公會只能依原始工程表及施工圖，並參考被上訴人107年6月4日所補充原始工程表各作業項目每天預計完成金額及兩造所補充鑑定陳述意見書，再修正成原始工程表各作業項目每天預計完成金額，依此再考慮因系爭建照未取得再展延64天後修正成總工期244天工程預定進度表及施工網狀圖與各作業項目每天預計完成金額（即系爭鑑定報告附件12）。而系爭鑑定報告附件12關於道路工程施作天數之計算，乃依上訴人104年5月6日已核定180天工程預定進度版本自第31天起開始作業至工程完工前3天（即第241天）完成，該道路工程作業雖非屬要徑，理應不受系爭建照取得延遲影響，惟因道路工程屬於附屬工程，須待整個主要徑管制站等建物作業完成後始可進行最後所有工作，故上訴人主張道路工程不是主要徑，不受管制站系爭建照因素影響，無展延道路工程天數云云，即不可採。另系爭鑑定報告附件12關於道路工程每日施作金額及間接費用安排，亦因鑑定之初，系爭工程採購契約（下稱系爭契約）中僅附原始工程表及施工圖，並無預算金額，土木技師公會乃請被上訴人提出當初針對上開版本排定之預算金額，亦有將該預算金額請上訴人確認，又原始工程表及施工圖之曲線走勢由起初之平緩（金

額較低）至第95天起開始越來越陡（即金額越高），乃因工程初期多屬前置作業，且木土技師公會係先排定當初核定180天的預算金額，排定後再就展延之64天依該條曲線予以排定，始不致與原核定之曲線不一致。則系爭鑑定報告既係依原始工程表及施工圖作為道路工程每日金額及間接費用之安排依據，尚屬有據。上訴人既核定原始工程表及施工圖作為系爭工程監造單位評估被上訴人是否有遵期完成工項之依據，自不得於系爭鑑定報告採用原始工程表及施工圖作為系爭鑑定報告依據時，復又指摘原始工程表及施工圖之曲線走勢有諸多不合理處，故上訴人主張系爭鑑定報告就工程天數之安排及每日施作金額，有多處矛盾、不合理且違反一般工程慣例云云，亦不可採等詞，為其判斷之基礎。

五、上訴意旨略以：　系爭契約第5條第1項第4款第1目本文之規範目的，在於督促廠商改善其進度落後逾20%之情形，惟如廠商依照趕工計畫趲趕工進，經機關認定廠商有「進度落後情形經機關認定已有改善者」之情形（契約用語並非「進度落後改善到20%以內」），為工程順利進行之考量，機關得恢復核發估驗計價款，避免廠商因為經濟窘迫無法繼續工程之執行，導致工程進度延宕情形更加嚴重。系爭契約第5條第1項第4款第1目但書規定得恢復估驗計價之原因，並非因廠商已趲趕工進至進度落後逾20%以內，而僅是判斷因廠商積極趕工之作為有改善進度落後情形，而認廠商有持續誠信履約之可能性，就契約條文體系而言，係價金給付條件，而非廠商是否趲趕工進至進度落後逾20%以內之判斷。原判決顯將「被上訴人在104年9月7日完成第1階段改善」及「被上訴人辦理工程估驗款」等情，誤為「被上訴人已將進度落後趲趕到20%以內」。惟被上訴人自104年7月11日後一直處於進度落後逾20%之狀態，未曾趕工使進度落後小於20%，更無所謂「應認被上訴人已完成上訴人104年9月3日改善會議之要求」之情形。上訴人雖曾因被上訴人完成第1階段改善，而以上訴人104年9月23日函通知被上訴人辦理工程款估驗，

然此僅為使工程順利進行，而依系爭契約第5條第1項第4款第1目但書規定，暫時恢復估驗計價，並非認同被上訴人已經「在第2階段（104年9月23日前）將進度落後幅度改善至20%以內」。事實上，正因被上訴人根本未完成104年9月3日改善會議之改善期限（在第2階段將進度落後幅度改善至20%以內），才會有後續上訴人104年10月1日函，足證上訴人就被上訴人進度持續落後逾20%之情形，不僅1次（至少2次）通知並命限期改善。依104年9月3日改善會議紀錄，被上訴人須在104年9月23日前完成第2階段改善，將進度落後幅度改善至20%以內，才足認「被上訴人已完成上訴人104年9月3日改善會議之要求」，此顯與被上訴人得否在104年9月23日辦理估驗計價無涉。被上訴人連續違反104年8月4日、104年9月3日改善會議之改善期限，上訴人已無重新踐行限期改善程序之必要，原審認定事實顯與卷證資料不符，顯未盡證據調查之責，而其認定事實違背證據法則且影響裁判結果，為判決不適用法規或適用不當。原判決未詳查卷內資料而逕採被上訴人片面陳述，復就上訴人提出之證據摒棄不採而又未說明不採之理由，有判決不備理由之違法。　原判決就系爭工程有無進度落後逾20%之情形，逕採系爭鑑定報告之意見，而就上訴人所提「系爭鑑定報告有重大瑕疵而不足採」之抗辯，未具體逐一說明上訴人抗辯不可採之原因，自有判決違背證據法則、經驗法則及判決不備理由等判決違背法令之情形。即上訴人於原審主張系爭鑑定報告未參考上訴人於107年5月23日提出之系爭工程修正預定進度表內容，亦未交代上訴人提出之上開進度表不足參採之理由，有系爭鑑定報告未附理由及程序上之重大瑕疵，違反證據法則，將嚴重影響鑑定及判決結果，自不足以作為證據。上訴人再主張系爭鑑定報告結論就每日施工金額之安排，有諸多不合理及不正確，雖經土木技師公會以107年10月2日高市土技字第10703628號函（下稱土木技師公會函）回覆，然其回覆顯然避重就輕，上訴人遂以道路工程為例，說明系爭鑑定報告之每日施作

金額安排顯然違反一般工序而不合理之處，就道路工程每日施作金額之安排，土木技師公會或稱「道路是一個附屬工程，還是要配合主工程」，或稱「是依照原核定圖排定」，然此均不足以具體說明管制站之施作與道路工程之施作彼此間的必然關連性。事實上，系爭工程是道路工程先通車，才就管制站取得使用執照，足證道路工程之完成不受管制站影響。由系爭工程管制站與道路工程之示意圖，足見系爭工程之道路工程與管制站工程相互影響之介面範圍甚小，既然道路工程之通車遠遠早於管制站之完成，則道路工程大部分施作金額應該早於管制站完成，至於道路工程與管制站之小部分介面，僅屬道路工程之收尾工作，因此最後幾天之施作金額應大幅減少，而非如系爭鑑定報告附件12所示，將道路工程近半數之施作金額，安排在系爭工程最後10天的工作中。再就道路工程之每日施作金額，在原始工程表及施工圖中並未標明，原始工程表及施工圖亦未針對道路工程畫出進度曲線，因此並無土木技師公會所稱「道路工程每日施作金額應該也是逐步提升，因此最後10天之施作金額也會最高」之邏輯可言。就此重大瑕疵，於土木技師公會函中，未見詳細合理之說明，其據此作成之鑑定結論，顯不附理由而有重大瑕疵。另就系爭鑑定報告附件12關於「高雄市土木技師公會修正244天工程預定進度表每天預計完成金額」之間接費用編列之合理性，上訴人亦在原審提出質疑，然土木技師公會仍未提出具體合理之說明，其因此推導出之鑑定結論，自無憑採等語。

六、本院查：

依採購法第1條規定：「為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定本法。」同法第101條第1項第10款規定：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：……十、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。……

」及其立法理由：「明定對於廠商有違法或重大違約情形時，機關應將其情形通知廠商，並經異議及申訴之處理程序後，視其結果刊登於政府採購公報，以作為各機關辦理其他採購案時，於招標文件規定該等廠商不得參加投標、作為決標對象或分包廠商之依據，以杜不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境。」可知，採購法之目的在於建立公平、公開之採購程序，維護公平、公正之競爭市場，並排除不良廠商，以達有效率之政府採購。而採購契約成立後，得標廠商即負有依債務本旨給付之義務，苟未依債務本旨為給付，並有可歸責之事由，致延誤履約期限，即該當於該法第101條第1項第10款所稱「因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限」之情形。至是否予以刊登政府採購公報，仍應審酌違約情形是否重大（參照採購法第101條之立法理由）及符合比例原則。

採購法施行細則第111條規定：「（第1項）本法第101條第1項第10款所稱延誤履約期限情節重大者，機關得於招標文件載明其情形。其未載明者，於巨額工程採購，指履約進度落後百分之10以上；於其他採購，指履約進度落後百分之20以上，且日數達10日以上。（第2項）前項百分比之計算，應符合下列規定：一、屬尚未完成履約而進度落後已達前項百分比者，機關應先通知廠商限期改善；屆期未改善者，依逾期日數計算之。二、屬已完成履約而逾履約期限者，依逾期日數計算之。」查系爭契約第17條第11項約定：「因可歸責於廠商之事由致延誤履約進度，情節重大者之認定，除招標文件另有規定外，並適用採購法施行細則第111條規定。」而其招標文件並無「延誤履約期限情節重大」之約定，自應適用採購法施行細則第111條有關延誤履約期限情節重大之認定標準；且系爭契約金額新臺幣3,385萬元，非屬採購法第36條第4項授權訂定之「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」第8條第1款之巨額採購，故依採購法施行細則第111條第1項「其他採購」所謂「延誤履約期限情節重大」，

指履約進度落後20%以上，且日數達10日以上；上開百分比之計算，依同條第2項第1款規定，如屬尚未完成履約而進度落後已達前項百分比者，機關應先通知廠商限期改善，屆期未改善者，則依逾期日數計算之。

又按，認定事實為事實審法院的職權，而證據之證明力如何或如何調查事實，事實審法院有衡情斟酌之權，苟已斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，並未違背論理法則、經驗法則或證據法則，即不能指為違法；且證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定異於該當事人之主張者，不得謂為原判決有違背法令之情形。經查，原審依上訴人歷次限期改善會議紀錄、系爭契約、監造報表等證據，並參以上訴人104年7月28日函原僅同意被上訴人展延工期30天，復於刊登政府採購公報後，以上訴人105年10月21日函展延工期34日，而兩造就展延工期後之工程進度是否落後逾20%以上有所爭執，經選任土木技師公會進行鑑定，並作成系爭鑑定報告後，因上訴人就系爭鑑定報告附件12之工程施作天數、每日施作金額及間接費用安排之合理性提出質疑，爰依上訴人之聲請，通知作成系爭鑑定報告之鑑定人王文川、蘇灼謹土木技師到庭作證，並以107年10月2日土木技師公會函回覆說明等情，經斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，本於所得心證，認定系爭鑑定報告既係依上訴人104年5月6日所核定原始工程表及施工圖、被上訴人107年6月4日所補充原始工程表各作業項目每天預計完成金額（系爭鑑定報告附件6）以及兩造所補充鑑定陳述意見書（系爭鑑定報告附件7、8），而修正成原始工程表各作業項目每天預計完成金額（系爭鑑定報告附件11），再考慮因系爭建照未取得而展延64天後修正成總工期244天工程預定進度表及施工網狀圖與各作業項目每天預計完成金額（系爭鑑定報告附件12），作為道路工程施作天數計算、每日施作金額及間接費用之安排依據，尚屬有據，且道路工程須待管制站等建物完成後始可進行最後所有工作（如將道路鋼性路面、護欄等整體完成），受管制站

系爭建照因素影響而須展延道路工程天數，另因原始工程表及施工圖並無預算金額，土木技師公會乃請被上訴人提出並請上訴人確認預算金額，先排定原始核定180天的預算金額，再就展延之64天，依該條曲線予以排定，與原核定之曲線一致（亦即原始工程表及施工圖之曲線走勢由起初之平緩〈金額較低〉至第95天起開始越來越陡〈金額越高〉），從而上訴人既核定原始工程表及施工圖作為系爭工程監造單位評估被上訴人是否有遵期完成工項之依據，自不得於系爭鑑定報告採用原始工程表及施工圖作為鑑定依據時，復指摘原始工程表及施工圖之曲線走勢有諸多不合理處，及系爭鑑定報告就工程天數之安排及每日施作金額有多處矛盾、不合理且違反一般工程慣例，原審乃依系爭鑑定報告之鑑定結果，認除104年9月3日無實際進度而無法比對外，其餘104年9月23日、104年9月24日起至同年10月3日止，被上訴人施工進度落後程度均未達20%，不構成採購法第101條第1項第10款及其施行細則第111條所規定「延誤履約期限，情節重大（指履約進度落後20%以上，且日數達10日以上）」之要件，則上訴人以原處分通知被上訴人將刊登政府採購公報，自有違誤等情，明確論述其事實認定之依據及得心證之理由，並就上訴人在原審之主張如何不足採之論證取捨等事項，亦予以指駁在案，核與卷附證據相符，且其認事用法，均無違誤。上訴意旨仍執前詞，主張系爭鑑定報告有重大瑕疵而不足採云云，無非係重述其在原審業經主張而為原判決摒棄不採之陳詞，或就原審取捨證據、認定事實之職權行使事項，指摘原判決有違背證據法則、經驗法則及理由不備之違法云云，所訴並無可採。

㈡上訴意旨另依系爭契約第5條第1項第4款第1目本文之約定（即機關得恢復核發估驗計價款之約定），主張上訴人104年9月23日函通知被上訴人辦理工程款估驗，僅係為使工程順利進行而暫時恢復估驗計價，非認同被上訴人已「在第2階段（104年9月23日前）將進度落後幅度改善至20%以內」云云

。然本件被上訴人之施工進度落後程度均未達20%，不構成採購法第101條第1項第10款及其施行細則第111條所規定之要件，已見前述，則上訴人係因何原因恢復核發估驗計價款予被上訴人，以及上訴人是否應就系爭工程第2階段再通知被上訴人限期改善始符合正當行政程序，既不影響上訴人所為原處分係屬違法之認定，自無須再予審究，附此敘明。

ē綜上所述，原判決因認被上訴人未有採購法第101條第1項第10款及其施行細則第111條之情形，則上訴人以原處分通知被上訴人將刊登政府採購公報，於法有違，確認原處分（含異議處理結果）為違法，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　24　　日

最高行政法院第三庭

審判長法官　吳　明　鴻

法官　蕭　惠　芳

法官　林　欣　蓉

法官　高　愈　杰

法官　曹　瑞　烽

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　24　　日

書記官　莊　子　誼