最 高 行 政 法 院 判 決

108年度判字第595號

上　訴　人　鎮山海營造股份有限公司
代　表　人　黃天健
訴訟代理人　黃慈姣　律師
被 上訴 人　行政院農業委員會水土保持局臺北分局
代　表　人　簡俊發
訴訟代理人　成介之　律師
　　林承毅　律師

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國107年11月22日臺北高等行政法院107年度訴字第451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、上訴人標得被上訴人所辦理「○○○區○○○道入口空間環境改善工程」（下稱系爭工程）採購案，兩造於民國105年7月1日簽訂契約（下稱系爭契約），約定價金新臺幣（下同）320萬元，上訴人應於105年7月15日開工，並於開工後80日曆天內完工，上訴人業如期開工。嗣被上訴人認上訴人經同意不（免）計工期38日，且自105年7月21日起周六、日停止施工亦不計工期，系爭工程預定完工日調整為105年11月9日，截至106年1月11日已逾62日曆天，工程進度僅27%，復未積極趕工，致工程進度落後達20%以上且日數達於10日以上，乃於106年1月16日以水保北農字第1061896543號函（下稱原處分）通知依行為時政府採購法第101條第1項第10款（原判決誤繕為第10條第1項第10款）規定將刊登政府採購公報（下稱公報，業於107年2月21日刊登公報，拒絕往來截止日108年2月21日），上訴人不服向被上訴人提出異議；被上訴人嗣於106年3月9日以水保北農字第1061896622號函（下稱異議處理結果），維持原處分之異議處理結果，上訴人提

起申訴，復經行政院公共工程委員會（下稱工程會）以107年1月19日訴0000000號審議判斷（下稱審議判斷）駁回，上訴人循序提起行政訴訟，訴請撤銷申訴審議判斷、異議處理結果及原處分，仍遭駁回，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴之主張及被上訴人在原審的答辯，均引用原判決所載。

三、原判決駁回上訴人在原審之訴，係以：㈠、上訴人係於105年10月11日發函以因莫蘭蒂颱風（9月14、15日)與馬勒卡颱風（9月16、17日）造成現場唯一出入口坍塌致無法進入通知被上訴人，而依系爭契約第7條第3款工程延期有關「廠商應於『事故發生之日7日內』書面通知機關」，並未明訂限於為事故初始發生日7日內即應通知，則工程會申訴審議判斷認應從寬認定自最後發生日7日內通知，自較原處分允適。衡諸迄至105年10月18日方由礁溪鄉公所清理倒塌路樹完成，上訴人於105年9月14日颱風發生後至礁溪鄉公所於105年10月18日清理完成前，其既已以上開105年10月11日函通知被上訴人，應認尚符系爭契約約定，故105年9月14日至105年10月18日之日曆天應不計工期，完工期限應可順延至105年12月8日。㈡、系爭工程於招標時及105年7月15日開工之初，上訴人為求取得系爭採購案之得標，理應已至工程現場查勘，進而知悉進出道路寬度不足預拌混凝土車通行，其當可儘早依系爭採購案投標須知第92條約定之程序及方式通知被上訴人封路處理障礙樹木以容許預拌混凝土車通行。次以，系爭工程與預拌混凝土有關之工項包括「鋼構花架」（底座）等，經核被上訴人所頒工程施工預定進度表，縱加計所有浮時19日後，應於開工日起第27天（105年8月18日）施作，則上訴人理應於105年8月18日前通知被上訴人路寬不足情事而進行協調；然其遲於近3個月後之105年11月16日始主張試圖發車以每平方公分210kgf/㎠混凝土5立方公尺之數量進入，縱或屬實，其告知被上訴人之時點已明顯過遲。上訴人聲請訊問梅洲混凝土工業股份有限公司（下稱梅洲公司）

負責人林建成、司機林明世，尚無訊問必要。上訴人繼又遲至105年12月7日始提送預拌混凝土材料書面送審資料，卻在尚未核定混凝土材料前之105年11月16日試行運送預拌混凝土進場，亦難謂符合系爭契約規定。而被上訴人於106年1月17日接到上訴人電話告知混凝土預拌車因路口樹枝部分阻礙及高爾夫球場吊網部分鬆脫無法進入工地，需封閉林美石磐步道入口以供施工，即於翌日進行處理，並訂於106年1月19日起至106年1月26日中午間（不含星期六、日）封閉林美石磐步道，以供上訴人混凝土預拌車進場施工，亦難謂被上訴人有何不積極協助之情事。綜上以觀，上訴人於106年1月17日方以電話通知被上訴人混凝土預拌車進入有困難，致被上訴人於106年1月18日會勘後同意於106年1月19日至106年1月26日封路，上訴人方得清除障礙樹木情事，上開施工障礙情形未能及早排除，實係可歸責於上訴人，尚難據此事由展延工期至106年1月18日。㈢、按系爭契約第7條第3款第1目第2小目關於系爭工程延期規定，其中因天候影響無法施工而得以展期之要件，須達以交通部中央氣象局(下稱氣象局)公布當地雨量資料屬「豪雨」以上、工地位於臺灣本島發布之陸上颱風警報警戒區域內，或其他經機關認定者為限，而氣象局於104年9月1日修訂之「豪雨」之定義係指24小時累積雨量達200毫米以上，或3小時累積雨量達100毫米以上之降雨現象（原審卷第307頁）。經核氣象局礁溪氣象站105年9、10月逐時氣象資料，該2月中僅有9月27日及10月15日兩日雨量超過100毫米，惟該二日中並無3小時累積雨量達100毫米之情形；另核氣象局礁溪氣象站105年全年、106年1月1日至3月7日逐日氣象資料，自105年11月1日起至106年3月7日止，並無任一日雨量超過100毫米之情形，是本件根本不符系爭契約第7條第3款第1目第2小目因天候影響延期規定。上訴人雖以該約定是附加之停工的一種狀況，依系爭契約附錄5中1.2約定，只要下雨就一定就要停工，並提出監造單位昇暉公司105年11月4日昇暉字第105110401010號函（下稱昇暉

公司105年11月4日函）為證。惟查系爭契約附錄5中1.2係記載：「因氣候因素，須經主辦機關認可者：雨天之雨量已達影響正常工作之進行，……。」，是除雨天之雨量已達影響正常工作之進行外，尚須經被上訴人認可方得不計工期，惟兩造既於系爭契約第7條第3款第1目第2小目約定須達以氣象局公布當地雨量資料屬「豪雨」以上始得謂已達影響正常工作之進行，已如前述，況以被上訴人從未認可此部分得不計入工期；另核昇暉公司105年11月4日函係表示不同意將105年9月27日至105年10月18日不計入工期，且此部分既已為前揭申訴審議判斷認定不列入工期（105年9月14日至105年10月18日）之範圍內，即非颱風以外之雨天得不計入工期之證明，是上訴人此部分之主張，亦無足採。㈣、上訴人雖謂被上訴人主張之施工進度與事實不符，上訴人施工進度從未落後達20%以上，惟核上訴人出具105年10月14、27日、11月19、28日及12月29日之施工日誌，其記載之實際進度分別為0.82%、1.01%、2.92 %、9.42%及9.89%，是上訴人於本件之上開主張與其出具之施工日報表未符，自無足採。本件扣除前述自105年9月14日至10月18日非可歸責於上訴人事由，施工期限延展至105年12月8日，被上訴人於105年11月28日函上訴人限期改善之日，預定進度為47.14%，而上訴人之實際進度為9.42%，落後達37.72%；被上訴人嗣於106年1月16日以原處分通知上訴人將刊登公報時，上訴人已逾期施工期限39日，進度落後達32.77%。是依前所述，本件上訴人之逾期天數，依政府採購法施行細則第111條之規定落後進度已達逾20%，且日數達10日以上，情節已屬重大，故被上訴人通知上訴人將依本法第101條第1項第10款之規定刊登公報，自符合比例原則，應屬有據。㈤、上訴人另主張應就進場材料全額計算實際進度，且其因施作系爭工程之部分產品僅得向與被上訴人往來密切之璽華晴公司、輔彬公司購買，恐有綁標情事，又依被上訴人主管機關行政院農業委員會(下稱農委會)曾外聘委員親至系爭工程施工現場查核實際進度及施工

概況，認實際進度已達88.03%等情。經查，系爭契約進度除以實作工作數量之估驗金額計算實際進度外，慮及施工廠商進場材料亦應計入進度，故於系爭契約第5條第1款第2目第3小目約定：「……估驗以完成施工者為限，如另有規定其半成品或進場材料得以估驗計價者，從其規定……半成品或進場材料經監造單位檢驗合格後，招標機關得以辦理該半成品或材料之契約價金50%估驗付款。」上訴人此部分主張應全額計付金額及計入實際進度，惟由於該進場材料尚未施作、安裝完成，其主張全額計入既不符系爭契約約定，亦不合理。至於本件縱或有綁標情事，上訴人亦應循系爭契約之相關規定進行救濟，此項事由尚難列入不計入工期所應審查之因素。農委會查核日期（106年2月16日）係在原處分作成日（同年1月16日）後1個月，亦無從據而推翻先前原處分之事實認定。上訴人此部分之主張，均無從為有利於其之認定。㈥、綜上所述，被上訴人主張依照本件投標須知第92條規定，投標廠商應參照機關公開閱覽之工程位置圖自行前往勘查，熟悉工地特性，並詳細閱覽招標文件，上訴人對於上開延誤履約期限，主觀上具有歸責之過失情事，且已符合政府採購法施行細則第111條之情節重大要件，通知依政府採購法第101條第1項第10款規定將刊登公報，認事用法並無違誤等語，資為其論據。

四、上訴意旨略謂：㈠、本件並無因可歸責上訴人事由致延誤履約情形之情事。縱有前開情事，是否予以刊登政府採購公報仍應審酌違約情形是否重大（參照政府採購法第101條之立法理由）及符合比例原則，此有本院103年3月份第2次庭長法官聯席會議決議在案，原判決刻意僅援引決議前段而逕將後段刪除，除有判決不適用法規之違背法令外，就上訴人是否違約情形重大與是否符合比例原則均漏未審酌，更有判決不備理由之當然違背法令情形。㈡、○○○區○○道路本係被上訴人交付符合施工條件工地之義務，原判決誤引採購案投標須知第92條即恣意解免被上訴人之義務，並自外於行政

訴訟法第123條及第124條第1項、第2項與第3項之要求。又上訴人於原審聲請傳喚證人梅洲公司代表人及司機，證明上訴人自105年7月15日起即屢次告知被上訴人提供可供混凝土車○○○區○道路及系爭工區並無任何聯外道路可供預拌混凝土車載料進入；且被上訴人承辦人於工程會之預審會議亦承認上訴人負責人於105年7月15日開工之始，便催促被上訴人提供，經上訴人訴訟代理人於原審言詞辯論當日強調原審可調取工程會預審會議歷次錄音檔案；再本件涉有綁標情事且此為不計入工期首應審查之要素，原判決怠於調查上述事證亦未加以審酌。原判決對於上訴人通知被上訴人封路之時間點忽而認為是105年11月16日（原處分作前兩個月），忽而認為是106年1月17日，係因原審從未依聲請或依職權調查任何證據所致，其說詞前後矛盾，具有應依職權調查證據而不予調查、判決不備理由與理由矛盾不備之違背法令情事。㈢、被上訴人依職權封閉林美石磐步道入口，真正之原因是為開闢一條足供混凝土預拌車進場施工之大道，浮時19日用罄後，本件尚無足供混凝土預拌車進場施工之大道，此時機關必須立即辦理停工。原判決對於「浮時」概念解釋錯誤，亦未察覺「因颱風等天災而停工」與「為開闢足供混擬土預拌車進場施工之大道」係屬兩事，又就農委會查核時尚未逾浮時19日即有88.03%進度等之查核紀錄內容，原判決就該證據為何不足採，未見具體論述，復有認事實未憑證據之違法。原審怠於調查事證，逕以估驗款計價方式做為計算是否逾期之依據，將基礎計算及邏輯推演法則均棄置不論，顯有違背經驗及論理法則之錯誤。核此均涉及被上訴人認定上訴人遲延履約部分是否已扣除被上訴人應予停工之期間之問題，故對於此項重要爭點之誤認影響兩造對於是否逾期之爭執，且倘有違約其情節究屬輕微或重大之認定，違背行政訴訟法第129、130條及憲法第16、82條規定，而有行政訴訟法第243條第1項之判決違背法令情形，且此項錯誤對於判決結果產生勝敗迥異之影響。原判決有上述違背法令之情事，攸關上

訴人之主張是否有理，將影響本案判決結果，且本件事證尚有未明，故應將原判決廢棄，發回原審法院詳為審酌。茲因本件停權處分刊登政府採購公報之起訖日期為107年2月21日至108年2月21日，原處分已執行完畢，爰將原提起之撤銷訴訟轉換為確認訴訟，並減縮聲明等語。

五、本院查：

㈠、按上訴審程序不得為訴之變更、追加或提起反訴，固為行政訴訟法第238條第2項所明定，惟當事人將撤銷訴訟轉換為續行確認訴訟，既非增加訴訟之請求，亦無增加事實認定之問題，本於同一行政處分，並無妨礙雙方之攻擊防禦，及訴訟程序之進行，屬於聲明之減縮，而不屬上開規定所指訴之變更，故即使在法律審之上訴程序亦仍應許為此訴訟類型之轉換。查原處分於原審法院判決後已執行完畢（拒絕往來截止日108年2月21日，參原審卷第310頁拒絕往來廠商刊登機關資料），是上訴人據以減縮聲明為確認申訴審議判斷、異議處理結果及原處分均違法，核無不合，是本件上訴應以減縮後聲明為範圍，先予敘明。

㈡、次按行為時政府採購法第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。」而由該條立法理由及同法規定可知，政府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，即該當上述規定所稱「因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限」，不以全部可歸責為必要，乃經本院103年3月份第2次庭長法官聯席會議決議統一見解在案。再行為時政府採購法第101條第1項第10款關於廠商延誤履約期限，應刊登政府採購公報者，既以「情節重大」為要件，「情節重大」本為決

定是否將遲延給付之廠商予以刊登政府採購公報，依法當然應審酌之事項；至本院庭長法官聯席會議決議亦僅在統一法律見解，並非法規範。上訴意旨主張原判決於援引本院上開決議，刻意刪除後段有關「至是否予以刊登政府採購公報，仍應審酌其違約情形是否重大（參照政府採購法第101條之立法理由）及符合比例原則」部分，係有不適用法規之違背法令云云，顯有誤解，並無可採。

㈢、依系爭契約（見申訴卷第503-549頁）契約主文：「……工程名稱：○○○區○○○道入口空間環境改善工程……契約價金……320萬元……廠商應105年7月15日開工，並於開工80日曆天之日起內完工……遇天災、不可抗力及天候惡劣之工期影響，廠商應於發生之日7日內，書面向機關申請展延工期，展延之日數由機關參考監造工程司之意見後核定之。……」第1條規定：「契約文件及效力……20.招標文件……」第7條第3款規定：「工程延期：1.履約期限內，有下列情形之一，且非可歸責於廠商，而需展延工期者，廠商應於事故發生之日7日內書面通知機關，並於14日內檢具事證，以書面向機關申請展延工期。機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限……⑴發生第17條第5款不可抗力或不可歸責於契約當事人之事故。⑵因天候影響無法施工（以氣象局公布當地雨量資料屬『豪雨』以上、工地位於台灣本島發布之陸上颱風警報警戒區域內，或其他經機關認定者）。⑸機關應辦事項未及時辦妥。……」第11條第2款、第4款約定：「㈡廠商自備材料、機具設備在進場前，應依個案實際需要，將有關資料及可提供之樣品，先送監造單位審查同意。如需辦理檢驗之項目……檢驗合格後始得進場：……檢驗由廠商辦理……㈣廠商品質管理作業：依附錄4辦理。」附錄4、品質管理作業規定：「1、須檢驗之項目……水泥混凝土……瀝青混凝土……2.1廠商於各項工程項目施工前，應將其施工方法、施工步驟及施工中之檢驗作業等計畫，先洽請監造單位同意，並在施工前會同監造單位完成準備作業之檢查

工作無誤後，始得進入施工程序。」第17條第1項第11款約定：「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。」（系爭採購案之招標文件並未就「延誤履約進度，情節重大」之認定另為約定），及政府採購法施行細則第111條第1項規定：「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十以上；於其他採購，指履約進度落後百分之二十以上，且日數達10日以上。」（按政府採購法第36條第4款授權訂定之「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」第8條規定，工程採購金額在新台幣2億元以上者，方為巨額採購）可知，系爭工程非巨額採購，其工期係以日曆天而非工作天計算。上訴人自備之混凝土在進場前，應先送驗合格後始得進入施工程序。如有系爭契約第7條第3款所列非可歸責於廠商而需展延工期之事由，無論事故之通知或展延之申請，均須以書面為之，並由機關以書面同意延長履約期限，以免事後爭議。且上訴人履約進度倘落後百分之二十以上，且日數達10日以上，即符合行為時政府採購法第101條第1項第10款規定之「延誤履約期限情節重大」要件；而所謂「因可歸責於廠商之事由」則係指廠商履行契約客觀上發生違反約定或法定事由，因其欠缺必要之注意，以致契約無法有效履行，達於可以指責之程度。是廠商就其履約事由，應事先規劃，妥為控制，避免違約結果發生。

㈣、按斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，判斷事實之真偽，為事實審法院之職權。因此，認定事實所需之證據，是否已足以為事實之判斷，是否尚有調查證據之必要，事實審法院本得依個案之情形予以裁量。而事實審就已知之事證，判斷事實之真偽，如其結果與論理法則及經驗法則無違，即難認有未盡調查義務之違法。經查，系爭工程工期為80日曆天，上訴人業於105年7月15日開工，經被上訴人同意預定完工日調

整為105年11月9日，加計上訴人於105年10月11日發函通知被上訴人105年9月14日因颱風造成現場唯一出入口坍塌致無法進入，迄至同年10月18日方清理完畢應不計工期之日曆天，完工期限應順延至105年12月8日等情，乃原審依法認定之事實，核與卷附證據資料並無不符。又上訴人主張被上訴人有○○○區○○道路以供預拌混凝土車進入之義務，屢次通知被上訴人未獲履行乙節，則據原審依調查證據之辯論結果論明：系爭採購案投標須知第92條規定，投標廠商應參照機關公開閱覽之工程位置圖自行前往勘查，熟悉工地特性，上訴人於105年11月16日始主張試圖發車進入（受阻），縱或屬實，亦明顯過遲，而上訴人於105年12月7日始提送預拌混凝土資料，卻於105年11月16日即試行運送混凝土進場，亦不合系爭契約規定。被上訴人於106年1月17日接到上訴人電話告知混凝土預拌車因路口樹枝部分阻礙及高爾夫球場吊網部分鬆脫無法進入工地，需封閉林美石磐步道入口以供施工，即於翌日進行處理，並訂於106年1月19日起至106年1月26日中午間（不含星期六、日）封閉林美石磐步道，以供上訴人混凝土預拌車進場施工，亦難謂被上訴人有何不積極協助之情事，此施工障礙情形未能及早排除，實係可歸責於上訴人，尚難據此事由展延工期至106年1月18日等得心證之理由。核系爭契約完工期限為105年12月8日，而上訴人就混凝土施工前應送審檢驗資料卻遲於105年12月7日始發文（見原審卷第178頁）送監造單位審查，則上訴人未能於上述履約期限內運送混凝土進場施工，顯然係可歸責於上訴人；綜觀原判決上述論斷尚無違經驗、論理法則。復因上訴人始終未能提出其於106年1月17日之前，以書面通知被上訴人上述施工障礙事項，自無得依系爭契約第7條第3款第5目規定展延工期。另系爭工程採購是否涉有綁標情事，並非計算系爭契約工期所應審查之因素；而證人梅洲公司代表人及司機及工程會預審會議歷次錄音檔案亦無法就上訴人曾以書面通知被上訴人乙節為證，則原審未依上訴人聲請調查、傳喚或調取，

即難謂有何未盡調查證據義務之違法情事，上訴人執此主張原判決違背法令，即非可取。至原判決謂：上訴人遲於105年11月16日始主張試圖發車進入云云，又稱：上訴人於106年1月17日方以電話通知被上訴人混凝土預拌車進入有困難等語，容有未釐清上訴人何時通知預拌混凝土運送障礙之疏失，惟不影響上訴人就履約遲延係有可歸責事由之判斷，是上訴人據此指摘原判決違法，仍無足為其有利認定。

㈤、承前所述，系爭工程完工期限延至105年12月8日，從而原審據經上訴人代表人簽認之施工日誌（見申訴卷第211-215、697-698頁）認定：被上訴人於105年11月28日函上訴人限期改善之日，預定進度為47.14%，而上訴人之實際進度為9.42%，落後達37.72%；被上訴人嗣於106年1月16日以原處分通知上訴人將刊登公報時，上訴人已逾期施工期限39日，進度落後達32.77%等事實，進而敘明：上訴人之逾期天數，依政府採購法施行細則第111條之規定落後進度已逾20%，且日數達10日以上，情節已屬重大，故被上訴人通知上訴人將依政府採購法第101條第1項第10款之規定刊登公報，符合比例原則，應屬有據，於法自無不合。上訴意旨指摘原審未審酌系爭違約情形是否重大與是否符合比例原則，且原判決逕以估驗款計價方式做為計算是否逾期之依據，將基礎計算及邏輯推演法則均棄置不論，顯有違背經驗及論理法則之錯誤，復有認事實未憑證據之違法云云，核與原判決所載不符，洵無可取。至農委會106年2月16日工程施工查核小組查核紀錄（見原審卷第272頁）記載：「截至106年2月15日止：1.工程累計進度：預定100%：實際88.03%。」已見上訴人施工確有遲延情事。又原處分係於106年1月16日作成，系爭約定工期亦不過80日曆天，是於經過30日曆天之後，實際進度達88.03%，尚不足反推系爭工程於原處分作成時，進度落後達32.77%之認定係有違誤。原判決謂：農委會查核日期係在原處分作成日後1個月，亦無從據而推翻先前原處分之事實認定乙節，核無違經驗、論理法則，亦無認定事實未憑證據之違法

。上訴人為此指摘，無可憑採。

㈥、綜上所述，原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，將申訴審議判斷、異議處理結果及原處分均予維持，駁回上訴人之訴，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，難認有理由，應予駁回。

六、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　　12　　月　　31　　日

最高行政法院第四庭

審判長法官　鄭　小　康

法官　劉　介　中

法官　林　文　舟

法官　帥　嘉　寶

法官　林　玫　君

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　6　　日

書記官　張　鈺　帛