最 高 行 政 法 院 判 決

109年度判字第441號

上　訴　人　泓瑋企業工程有限公司
代　表　人　邵鴻明
訴訟代理人　謝佳伯　律師
複代理人　　林詩涵　律師
被 上訴 人　台灣自來水股份有限公司第十二區管理處
代　表　人　邱憲龍
訴訟代理人　蔡甫欣　律師

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國108年6月6日臺北高等行政法院106年度訴字第1000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、本件被上訴人代表人由王士雲變更為邱憲龍，茲據其現任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

二、事實概要：緣上訴人與鎮弘營造有限公司（下稱鎮弘公司）前共同投標承攬被上訴人○○○區○○路大漢橋下西側（環河路-中正路）管線改善工程」（下稱系爭工程）採購案，兩造於民國104年8月24日簽訂共同投標協議書，約定由鎮弘公司負責土木工程部分，上訴人負責自來水工程部分，並於104年8月25日得標共同承攬被上訴人系爭工程。兩造復於104年9月7日簽訂工程契約書（下稱系爭採購契約），契約總價新臺幣（下同）1,366萬元，履約期限自開工之日起45工作天內竣工。嗣被上訴人認系爭工程之工程進度持續落後逾20%，以及有轉包情事，以105年11月4日台水十二工字第1050055328號函（下稱原處分1）及第0000000000號函（下稱原處分2，與原處分1，下合稱原處分）通知依行為時政府採購法(下稱政府採購法)之規定，科以上訴人停權處分。上訴人不服提起異議，被上訴人以異議處理結果復知為無理由，上

訴人遂向行政院公共工程委員會提出申訴，經審議判斷申訴駁回。上訴人仍不服，循序提起行政訴訟，於原審訴訟進行中，因其刊登採購公報處分之執行於107年6月6日已執行完畢，而訴請確認原處分違法、被上訴人應給付上訴人3萬元，及自108年4月26日起迄清償日止，按年利率百分之五計算之利息。經原判決駁回其訴後，提起本件上訴。

三、上訴人起訴主張及被上訴人於原審之答辯，均引用原判決之記載。

四、原判決駁回上訴人之訴，係略以：

（一）、上訴人與鎮弘公司固然各有獨立法人格，然兩公司之負責人、營業所均為同一，鎮弘公司將系爭契約之主要部分轉包由星宇公司承做，上訴人已難諉為不知。何況星宇公司依約所應施作之項目，尚包括與上訴人所應負責之自來水工程相關部分。故縱與星宇公司簽訂契約之名義上當事人係為鎮弘公司，上訴人依系爭契約所應履行之主要部分已經轉包予星宇公司，仍可認定。則系爭工程決標後，與上訴人負連帶履行責任之鎮弘公司另與星宇公司簽訂工程合約書，將系爭工程之主要部分轉包予星宇公司，事證已屬明確。並為違反系爭契約第9條【施工管理】第14項【轉包及分包】第1款約定「廠商不得將契約轉包」，以及違反政府採購法第65條第1項規定之行為。

（二）、本件以105年6月28日施工起日，加計約定之45工作天工期，另扣除因氣候因素無法施工、及例假日與國定假日等不計工期，系爭工程原應於105年9月21日完工。然上訴人實際施作進度僅為進行試挖工程，對照上訴人所提出之工程預定進度，其已完成之施工進度僅為15%，則系爭工程有所延誤，乃甚明確。

（三）、系爭工程之設計圖上共有7個節點，其中節點1與節點7既已取得路證而可進行施工，技術上且非必待其他部分工程完工後始能施作，顯見系爭契約第7條第1項第2款

之「全部工作無法施工」要件實未該當。又節點7電動操作機外站儀表控制箱之安裝並非僅涉土木工程，上訴人亦無主張該部分僅屬鎮弘公司施做範圍之餘地。且被上訴人亦於105年8月22日以台水十二工字第1050052564號函（下稱被上訴人105年8月22日函）通知鎮弘公司，明白要求上訴人與鎮弘公司就已取得路證之可施作部分進場施工，乃上訴人未予遵行，自可認為有歸責事由。

（四）、系爭工程應於105年9月21日完工，然實際施作者僅為試挖工程，施工進度僅為15%。被上訴人且以上訴人延誤履約，先於105年7月22日以台水十二工字第1050051240號函（下稱被上訴人105年7月22日函）限期於同年8月9日達成預定進度，後又以105年8月22日函告以進度落後已逾20%之情。惟上訴人既未依限完成，落後已超過20%，延誤履約日數復達10日以上。是以被上訴人認上訴人延誤履約期限情節重大，尚無不合。

（五）、政府採購如為廠商共同投標者，廠商是否涉有政府採購法第101條第1項各款之情形，應就共同投標廠商個別認定判斷。然上訴人對於系爭工程所涉違約轉包、履約遲延等，均為原審認定係可歸責如上。上訴人主張共同投標廠商應區分判斷，縱屬有據，仍無解其有政府採購法第101條第1項第10款延誤履約期限情節重大之成立等由為據。

五、上訴意旨略以：

（一）、原判決一方面肯定與星宇公司簽定契約者為與上訴人為不同法人格之鎮弘公司，另一方面又矛盾地認定係上訴人將系爭工程之主要部分轉包予星宇公司，有判決理由不備及理由矛盾等違背法令事由：

1、原審僅就「鎮弘公司違法轉包」進行論證說理，實未就「上訴人違法轉包」部分進行說明。而「上訴人與鎮弘公司固然各有獨立法人格」，對鎮弘公司行為之評價自不得適用於非屬同一法人格之上訴人。惟原判決顯未就

如何判定「上訴人違法轉包」一事進行說理，自屬判決不備理由。

2、退步言之，縱認原審係以「與上訴人負連帶履行責任之鎮弘公司另與星宇公司簽訂工程合約書」為由，認定「上訴人違法轉包」，惟「廠商是否涉有政府採購法第101條第1項各款之情形，應就共同投標廠商個別認定判斷」，此節亦為原判決所肯定。則原審如此認定，即非以「上訴人」自身，而係以「鎮弘公司」此「共同投標廠商」之行為認定上訴人之行政責任，核與法規意旨不符，亦屬判決理由矛盾。

3、又本件上訴人之代表人係以鎮弘公司代表人名義與星宇公司簽約，其代為或代受意思表示之法律效果自然僅歸屬於鎮弘公司，要與上訴人無關。且縱認上訴人之代表人於鎮弘公司與星宇公司簽約時在場，可視為上訴人已知悉之憑證，上開契約亦僅成立於鎮弘公司與星宇公司之間，上訴人並無任何法律行為。縱認原審係以上訴人與鎮弘公司代表人同一為由，認定上訴人已「知悉」鎮弘公司所為，復據此得出上訴人有「知悉」即等同於「轉包」之結論，其論理核與代表(代理)之法理不符，自有判決違背法令。

4、況與星宇公司簽署契約者為鎮弘公司。則縱認上訴人依系爭契約所應履行之主要部分已經轉包予星宇公司，此與何人施工無涉，轉包之行為人仍係鎮弘公司，並非上訴人。原審將鎮弘公司之行政責任歸屬於上訴人，核與本院104年度判字第565號判決意旨相左，自屬判決違背法令。

（二）、原判決一方面肯定鎮弘公司與上訴人之遲延責任應個別認定，另一方面又以「鎮弘公司與上訴人」合併之工期計算上訴人遲延程度，且未援引卷證說明何以認定上訴人尚有可施作之工程而未施作致履約嚴重遲延，顯有判決理由矛盾及不備等違背法令事由：

1、「廠商是否涉有政府採購法第101條第1項各款之情形，應就共同投標廠商個別認定判斷」為原判決所肯定。本件依共同投標協議書第2條約定，係由鎮弘公司進行土木工程，上訴人進行自來水工程。則本件行政機關欲以有可歸責於上訴人事由致履約遲延對上訴人為停權處分，自應以「有可歸責於上訴人事由致自來水工程部分履約遲延」，且「自來水工程履約進度已落後百分之二十以上」為準。對此行政機關從未舉證說明，依行政訴訟法第136條準用民事訴訟法第277條，依法即應認定並無可歸責於上訴人事由致自來水工程部分履約遲延。原判決無異於強命上訴人就鎮弘公司履約遲延之部分一併負責，核與法定舉證責任分配法則不符，有判決理由不備及判決理由矛盾等違背法令事由。

2、又為何「前述電動操作機外站儀表控制箱之安裝並非僅涉土木工程」此節，並未見原審援引卷證說明，顯屬判決理由不備。本件依被上訴人核定之施工預定進度表，上訴人仍須等待鎮弘公司施做完土木工程部分後方能施作自來水工程項目。故從「存在上訴人應施作範圍」，並無法直接推論到「上訴人已可進行施作」，更無法推論到「上訴人履約遲延可歸責」。原審未見於此，直接從「存在上訴人應施作範圍」推論到「上訴人履約遲延可歸責」，推論顯屬速斷，乃判決理由不備。

3、鎮弘公司與上訴人有各自獨立之法人格，此亦為原判決所肯認。則縱認鎮弘公司「技術上且非必待其他部分工程完工後始能施作」，此亦不代表上訴人「已可施作而未進行施作」。故原審以鎮弘公司已可進行施作為由認定上訴人履約遲延可歸責，與原審亦肯定之「廠商是否涉有政府採購法第101條第1項各款之情形，應就共同投標廠商個別認定判斷」一節相左，顯有判決理由矛盾。況上訴人所負責之自來水工程履約進度有無落後達20%，未見原審援引卷證加以說明，亦屬判決理由不備。

六、本院查：

(一)、「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。十一、違反第65條之規定轉包者。」政府採購法第101條第1項第10款、第11款分別定有明文、「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，且日數達十日以上。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，機關應先通知廠商限期改善。屆期未改善者，如機關訂有履約進度計算方式，其通知限期改善當日及期限末日之履約進度落後百分比，分別以各該日實際進度與機關核定之預定進度百分比之差值計算；如機關未訂有履約進度計算方式，依逾期日數計算之。二、屬已完成履約而逾履約期限，或逾最後履約期限尚未完成履約者，依逾期日數計算之。」亦為行為時政府採購法施行細則第111條所明定。

(二)、查上訴人與鎮弘公司固然各有獨立法人格，然兩公司之負責人、營業所均為同一，鎮弘公司將系爭契約之主要部分轉包由星宇公司承做，上訴人已難諉為不知。又星宇公司依約所應施作之項目，除試挖、吊運、挖土機、施工區鋼板鋪設、廢土運氣（含跟拍）、回填、CLSM 施工含材料及預拌混擬土等與土木工程相關者外，尚包括自來水用金屬管材埋設、洗管及試水、制水閥、制水閥盒按裝等與上訴人所應負責之自來水工程相關部分，縱與星宇公司簽訂契約之名義上當事人係為鎮弘公司，上訴人依系爭契約所應履行之主要部分（即自來水管及另件埋設或安裝）已經轉包予星宇公司，仍可認定。系爭工程決標後，與上訴人負連帶履行責任之鎮弘公司另與星宇公司簽訂工程合約書

，將系爭工程之主要部分轉包予星宇公司，事證明確，並違反系爭契約第9條【施工管理】第14項【轉包及分包】第1款約定「廠商不得將契約轉包」、及違反政府採購法第65條第1項規定之行為。系爭工程從105年6月28日起算，應於9月21日完工，然實際施作者僅為試挖工程，施工進度僅為15%，被上訴人且以上訴人延誤履約，先以105年7月22日函限期於同年8月9日達成預定進度；後以8月22日函告以進度落後已逾20%之情，惟上訴人既未依限完成，上訴人延誤履約日數復達10日以上等情，為原審依法確定之事實(原判決第12頁第10行至第18頁第18行)，核與卷內資料相符，亦無違經驗或論理法則。

(三)、依上所述，原審已說明上訴人與鎮弘公司雖各有獨立法人格，但兩公司之負責人、營業所均為同一，鎮弘公司將系爭契約之主要部分轉包由星宇公司承做，上訴人已難諉為不知。又星宇公司依約所應施作之項目，包括自來水用金屬管材埋設、洗管及試水、制水閥、制水閥盒按裝等與上訴人所應負責之自來水工程相關部分，縱與星宇公司簽訂契約之名義上當事人係為鎮弘公司，上訴人依系爭契約所應履行之主要部分（即自來水管及另件埋設或安裝）已經轉包予星宇公司，仍可認定等情明確，核無不合。上訴人主張原判決一方面肯定與星宇公司簽定契約者為與上訴人為不同法人格之鎮弘公司，另一方面又矛盾地認定係上訴人將系爭工程之主要部分轉包予星宇公司，有判決理由不備及理由矛盾等違背法令事由等等，尚無可採。

(四)、原判決已說明依據系爭契約第7條第1項第2款第1目「因用地取得、挖路許可取得、拆遷管線、交通管制，致全部工程無法施工（可施工部份已全部施工完成）者」係屬不可歸責廠商之事由，不計工作天，然該條款所列舉包括用地取得、挖路許可取得等事項須致「全部工程無法施工」（或可施工部份已全部施工完成）始得不計入工期，文義甚為明確。而系爭工程之設計圖上共有7個節點，其中節點1

（安裝蝶閥電動操作機外站儀表控制箱）與節點7（安裝電動操作機外站儀表控制箱）均位於臺北市政府捷運工程局北工處於105年6月23日核發之路證範圍內，該路證許可期間為同月28日至7月12日，嗣再許可展延至8月9日，則該2節點既已取得路證而可進行施工，技術上且非必待其他部分工程完工後始能施作，則就節點1、7之施作既無法令或技術上障礙，顯見系爭契約第7條第1項第2款之「全部工作無法施工」要件並未該當。另前述電動操作機外站儀表控制箱之安裝並非僅涉土木工程，上訴人亦無主張該部分僅屬鎮弘公司施做範圍。且被上訴人業以105年8月22日函通知鎮弘公司「…目前現場仍有可施工之工程項目，與貴公司文中所述須停工之理由（指管路障礙問題）甚無相關…本處不准予辦理停工請依規定儘速進場施作，以免耽誤工進」，明白要求上訴人與鎮弘公司就已取得路證之可施作部分進場施工，上訴人未予遵行，自可認為有歸責事由。原判決另已論明，政府採購如為廠商共同投標者，廠商是否涉有政府採購法第101條第1項各款之情形，應就共同投標廠商個別認定判斷。但上訴人對於系爭工程所涉違約轉包、履約遲延等係可歸責，上訴人主張共同投標廠商應區分判斷，縱屬有據，仍無解其有政府採購法第101條第1項第10款延誤履約期限情節重大之成立等情詳明。原判決並已援引申訴審議判斷案卷，可閱部分卷一，第554頁、申訴審議判斷案卷，可閱部分卷二，第676頁、第667頁、系爭契約第7條第1項第2款、被上訴人105年7月22日函、同年8月22日函等為據，經核亦無不合。上訴人主張原判決一方面肯定鎮弘公司與上訴人之遲延責任應個別認定，另一方面又以「鎮弘公司與上訴人」合併之工期計算上訴人遲延程度，且未援引卷證說明何以認定上訴人尚有可施作之工程而未施作致履約嚴重遲延，顯有判決理由矛盾及不備等違背法令事由等等，非屬有據。

（五）、從而被上訴人以上訴人有因可歸責事由延誤履約期限情節

重大、違約轉包等情，分別以原處分1、2解除系爭契約，並依據政府採購法第101條第1項第11款、第10款規定，通知刊登政府採購公報，為無違誤，異議處理結果及申訴審議判斷遞予維持，亦無不合，而駁回上訴人請求確認原處分違法及請求被上訴人賠償上訴人所支付之申訴審議費用3萬元及其法定利息之訴，依上說明，應屬合法。上訴意旨指摘原判決違法，求予廢棄改判，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　109　年　8　月　20　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　侯　東　昇

法官　王　碧　芳

法官　蘇　嫊　娟

法官　鍾　啟　煌

法官　陳　國　成

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　華　民　國　109　年　8　月　21　日

書記官　蔡　宜　婷