臺中高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5L0;@108年度訴字第

）FKT64W1Z1X5L0;@109年5月21日辯

原　　告　中台營造股份有限公司
代　表　人　葉大猷
訴訟代理人　施驊陞　律師
被　　告　彰化縣埤頭鄉公所
代　表　人　杜懿彩
訴訟代理人　許智捷　律師

上列當事人間政府採購法事件，原告不服行政院公共工程委員會中華民國108年8月16日訴0000000號申訴審議判斷決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

按「（第1項）訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。（第2項）被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。（第3項）有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：……二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。三、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明。」行政訴訟法第111條第1項、第2項及第3項第2款、第3款分別定有明文。次按「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復

原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」、「撤銷訴訟進行中，原處分已執行而無回復原狀可能或已消滅者，於原告有即受確認判決之法律上利益時，行政法院得依聲請，確認該行政處分為違法。」行政訴訟法第6條第1項、第196條第2項規定甚明。查被告以民國（下同）107年10月16日碑鄉建字第1070013773號函（下稱原處分）通知原告，將依行為時政府採購法第101條第1項第9款、第10款規定刊登政府採購公報，原告不服乃循序提起行政訴訟。原告於108年10月18日起訴時訴之聲明為：「原處分、異議處理結果及行政院公共工程委員會之申訴審議判斷均撤銷。」（見本院卷1第13頁）。惟因被告於108年10月1日業將原告刊登政府採購公報（公告期間3個月），其刊登期間已屆滿（109年1月1日期滿）而無回復原狀之可能等情，此為被告陳明在卷，原告對此亦不爭執，並有刊登資料影本乙份可稽（見本院卷2第310頁、第313頁）。嗣原告於109年3月4日具變更訴之聲明狀，將其訴之聲明變更為：「確認被告107年10月16日碑鄉建字第1070013773號之原處分違法。」（見本院卷2第403頁），是原處分已執行完畢，而無回復原狀之可能。然原處分如經判決確認違法時，原告尚得以之為其他訴訟（如國家賠償）之先決要件，仍有確認利益。又核其請求之基礎不變，且係因情事變更而以他項聲明代最初之聲明，依首揭規定，其變更自應准許。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

緣原告參與被告辦理「彰化縣碑頭鄉產業觀光主題園區建置工程」採購案，因不服被告依108年5月22日修正公布前政府採購法第101條第1項第9款及第10款規定，以原處分（即107

年10月16日碑鄉建字第1070013773號函）通知將刊登政府採購公報，向被告提出異議，復不服被告以107年10月29日碑鄉建字第1070014376號函所為之異議處理結果，遂向行政院公共工程委員會（下稱工程會）提出申訴，申訴審議判斷（即工程會108年8月16日訴0000000號申訴審議判斷決定）仍維持原處分將申訴駁回，原告不服上開原處分、異議處理結果及工程會之申訴審議判斷，而提起本件訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.原處分之作成，未踐行正當法律程序，且組織亦不合法：

⑴最高行政法院107年度判字第702號判決略謂：「行政法院對行政機關就不確定法律概念所為之判斷，原則上應予審查，惟關於行政機關針對就具有高度屬人性之評定（如國家考試評分、學生之品行考核、學業評量、教師升等前之學術能力評量等）、高度科技性之判斷（如與環保、醫藥、電機有關之風險效率預估或價值取捨）、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地。而於其判斷餘地範圍內，行政法院採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更，其可資審查之情形包括：1.行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。2.行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。3.行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。4.作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。5.行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。6.行政機關之判斷，是否

違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等。」

⑵經查，被告固主張因原告有政府採購法第101條第1項第10款之事由，情節重大，應予刊登政府採購公報云云，然暫且不論原告是否有情節重大而應刊登政府採購公報之事由，依修正後之政府採購法第103條第3項規定，本件被告通知刊登政府採購公報之處分既尚未確定，即應適用第101條第3項、第4項規定，被告機關應成立採購工作及審查小組認定原告是否該當第1項各款情形之一，並應審酌第1項所定情節重大，應考量機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或賠償措施等情形為之，迺被告並未依照修正後政府採購法第101條之規定，成立採購工作及審查小組審查原告所涉情形是否該當「情節重大」，即率爾通知原告將刊登政府採購公報，自未遵守法定之正當程序，組織亦不合法，原行政處分自有違誤，應予撤銷。

2.原告並無驗收後不履行保固責任及延誤履約期限，情節重大之事由，原處分之認定要件事實不符：

⑴政府採購法第101條第1項第9款：驗收後不履行保固責任，情節重大部分，被告係認為系爭採購契約內有諸多設備損壞，且應由原告負擔保固責任，惟原告並未依約履行保固責任，情節重大云云，然：

①依107年10月3日委託臺中市土木技師公會之鑑定報告（含植栽部分）所載：「本次保固權責釐清項目經會勘確認有共計9項，如下：1.風鼓印象：階梯鬆動、美西側柏未依規固定及長度不足、不銹鋼板烤漆退色。2.米之搖籃：竹片毀損及烤漆脫落。3.越野車道：面層土壤夯

實不足肇致土壤流失及不平整。4.休憩步道強化玻璃藝術碑：因底層不平整致重壓後破損。5.牛翹板：座椅上方及側面側柏脫落及頂部螺栓接合斷裂。6.石臼轉軸：仿古車輪木料斷裂故障。7.土墩：側柏固定方式不佳及嵌入長度不足肇致斷裂。8.攤販燈具：不銹鋼板烤漆退色。9.景觀植栽：山櫻花生長不佳……。」鑑定結論與建議則為「1.依據本案會期雙方討論已達共識由承商保固修繕項目分別為風鼓印象爬梯鬆脫、美西側柏圓桿及橫桿膨脹螺拴未確實鎖固、牛翹板美西側柏圓桿脫及石臼轉軸仿古車輪木料斷裂等項目，建議由承商依據原核定之施工圖說施作修繕。2.另休憩步道強化玻璃藝術磚、土墩把手側柏鎖固、6座攤販燈柱之載碳烤漆及景觀植栽保活責任經鑑定評估屬承攬廠商應負之責任，應依契約及圖說規定辦理保固等作業。3.餘風鼓印象氟碳烤漆、米之搖籃竹編及烤漆脫落、越野車道紅磚土、牛翹板軸承螺桿斷裂鬆脫等項目經評估經定非屬承商保固之責。」是依前揭鑑定報告結論，業已多半非屬原告保固責任範圍（參審議判斷書第46頁）。

②而針對上開設備損壞之爭議，因臺中市土木技師公會上開鑑定報告未臻完善，且雙方對之均有爭執，原告另於108年7月10日向臺中市大臺中建築師公會（下稱建築師公會）申請第2次鑑定，依其鑑定結論，損壞項目損壞情形及原因如鈞院卷1第23頁至第33頁所示。

③若依上開建築師公會鑑定報告內容，顯然大部分設備損壞，或係遭人為破壞，或係被告未限制重車出入，或係原始設計不良所造成，均非原告保固責任範圍，被告猶執此空言指摘原告驗收後不履行保固責任，情節重大，

要屬無理由。

⑵政府採購法第101條第1項第10款：延誤履約期限，情節重大部分請詳參原告於審議判斷書內之主張。

⑶因被告提供之土方夾帶大量垃圾，致原告無法施作於105年7月25日始能復工，此部分應再延展工期3天：

查兩造前曾因被告提供之土石方數量不足，原告無法施作，經被告核定自105年4月29日停工，嗣土方陸續進場後，被告於105年7月21日以埤鄉建字第1050009512號函通知原告應於105年7月22日立即復工，然因被告提供之土方夾帶大量垃圾，經原告向被告反應，被告陳稱土方承包商會於105年7月21日前清理完畢，但原告實際至工地現場查看時，發現垃圾仍未清理乾淨，除當場要求土石承包商之清理人員繼續清理，並獲其承諾同意趕在7月25日前清理完竣（上開土方夾帶垃圾未清除之情形，原告已載明於7月22日至7月25日之施工日誌上，參甲證6），原告更立即發函被告請求系爭工程應展延至7月25日復工，但被告停工日期仍只計算至105年7月21日，是土方夾帶之垃圾未清除，致原告無法施作，非可歸責於原告，被告機關少計清理垃圾之停工日數3日。

⑷104年12月31日至105年2月24日止，此期間因雨天無法施工之日數18日，被告應給予延展工期：

①按臺灣高等法院103年度建上易字第36號民事判決略謂：「……是以被上訴人有因辦理變更設計影響而無法施工之情形，應於事故發生或消失後一定日期內以書面檢具事證向上訴人申請展延工期，然系爭工程承攬契約書並未明定逾期提出即生失權之效果，且系爭工程承攬契約第1條第4項前段明載：『契約文件之一切規定得互為

補充，如仍有不明確之處，依公平合理原則解釋之。』就此種工期不可歸責於被上訴人之事由，致實際上無法施工者，若逕認凡逾期為展延工期之一概不應准許，未免過苛，因此縱未經被上訴人於期限內向上訴人申請展延工期，若其逾期申請尚未造成上訴人審查作業上之困難，自無不許之理，始符系爭工程承攬契約所要求之誠信及公平合理，先予敘明。」

②原告前曾在工程會調解時主張在104年12月31日至105年2月24日止，有因地上物未清除，請求被告展延工期56天，此部分請參照工程會調解成立書（即乙證6）第4頁中段之緣由，合先敘明。因系爭工程地點原為甘蔗園，尚未完成整地前，因地勢低窪，只要下雨就淹水、滿地泥濘，根本無法施工。在105年1月份雨天計14天，2月份計4天（甲證7），共計18天無法施工，被告原應依系爭契約第8條第7項第7款給予展延工期，但被告僅因原告逾期申請，即否准原告展延此部分之工期，實屬無理由。又該等日期雖均未達大雨雨量標準，然經被告實際勘查結果，因現地低窪積水，土壤含水量高，確實無法施工，最後准自105年3月9日至16日及18日至25日展延工期16日（甲證8），由此足證，雨量是否達到大雨標準，並非絕對或唯一之審酌因素，是被告此部分之抗辯，仍屬無理由。

③以上合計應再展延工期21天，經展延後，原告落後履約進度即未達百分之20，不構成情節重大：系爭工程期限自104年12月30日開工，實際完工日期106年1月25日總計392天，其中合約工期180日、不計違約天數111日、工程會調解成立展延工期27天、雨天無法施工展延18天

、上方垃圾未清除展延3天，實際逾期天數為53日，落後履約進度約為13% (53/392)，不構成情節重大。

⑸依被告提出之乙證14可知，就植栽養護部分，被告業已於107年2月27日通知終止植栽養護部分契約，然由原告第2次委請之建築師公會於108年7月31日現地會勘，仍發現現場該區域栽植之山櫻花、光臘樹、大花六道木、黃花炮竹紅及草皮均已枯死，主要原因應係惡臭土壤排水不良造成，明顯該區域之植栽枯死，且原告屢屢無法養護，全然係因為被告提供之土壤有問題所致（參甲證4），原鑑定報告、原審議判斷書、工程會調解成立書，均漏未審酌上開事實或調查結果與事實不符，故植栽養護之責任，非可歸責於原告，被告即不得據此主張原告就植栽養護未履行驗收後保固責任。

3.原告就109年2月24日（下稱當日）現場會勘時，對被告所述表示之意見，詳如附件所述，實則，依原行政處分認定設施損壞並通知原告修復者為：

⑴米之搖籃：米之搖籃損壞，當日現場會勘時被告已表示此係自然損壞，同意原告免予修復，故被告原處分執此為理由對原告刊登政府採購公報，自屬不當。

⑵風鼓印象之美西側柏：被告雖主張此部分係因美西側柏圓木棒部分固定長度不足且鋼管螺絲鬆脫，故易斷裂，此節依建築師公會之鑑定意見，係因系爭設備使用之材料美西側柏材質硬度不足、材料太長（直徑約2"）中間無支撐點，民眾於上方活動時，容易踩斷，造成跌落及受傷，猶有進者，遭破壞多次原告均予修復，惟當日現場會勘時，已修復之爬梯底部又遭人為扯裂，上半部其中一根美西側柏嚴重斷裂，被告當場表示「斷裂之圓木側柏原告免予修復

」足證明係該設備原設計未計算承載力、設計使用之材料不當，致該設施極容易受人為損壞或破壞，當非原告之責。

⑶石臼轉軸：此部分被告認屬非人為破壞，仿古木輪斷裂或腐爛，原告應負保固責任，然查，依據建築師公會鑑定意見認為：①轉軸木細棍折斷、轉抽剝離，現場已將轉軸及原木細棍修改為實心不鏽鋼轉軸及不鏽鋼方管。②損壞原因：依據現場勘查及檢視破壞處，係受人為破壞所致。當日現場會勘時，被告表明「對原告修復沒有意見，則原告之修復方式係變更材料及施工方式，被告既表示「沒意見」，顯然係因原設計確有不當，否則被告豈可能認同原告之修復方式？

⑷土磨：此部分被告主張係原告之施工不良致設備損壞，然依建築師公會鑑定：「1.損壞項目：⑴.土磨把手頂端蟲蛀損壞，現場已將土磨把手修復完成。⑵損壞處為土磨旋轉軸及土磨圓柱體接縫處剝離。2.損壞原因：依據現場勘查及檢視相關照片，土磨把手長逾150公分卻無支撐，人一按把手旋轉軸立即翹起與土磨圓柱體接縫剝離，故設備損壞係因原始設計不良所致。」當日現場會勘時，土磨有下垂現象，惟此部分原告早先就修復完成，之所以下垂係因其把手欠缺支撐，現場人為從一側稍加施力就可造成土磨圓柱體接縫剝離，符合建築師公會之鑑定意見。

⑸牛翹板：被告主張係因係施工錯誤造成美西側柏脫落，然依建築師公會鑑定意見，依據當時現場勘查及檢視相關照片，美西側柏顏色不同、尺寸及鋼釘突出，與原施工方式不同，應遭人為破壞所致，自非原告保固範圍。

⑹越野車道：被告指稱此部分非人為破壞，要求原告負保固

責任。惟此部分依目測即知係受履帶車重壓所致，當日現場勘查，仍清晰可見被壓碎的路緣石陶磚，此部分為人為損壞，亦非原告保固責任。

⑺休憩步道鋪面：被告指控鋪面裂痕，係工作不良所致。然案經建築師公會鑑定，此係重車壓損，非施工不良所致。

4.鈞院於109年2月24日現場會勘時，雖仍有部分設備損壞，然此部分由肉眼可知，該設備損壞均係在原告修復後，又遭人為刻意破壞所致，並非因原告本身之施工瑕疵或原告未履行保固責任所致，尚祈鈞院明鑑，切勿以會勘時之現場狀態認定事實。

5.綜上，原處分認定設備損壞，原告應負保固責任部分，共有7項，其中上開項目⑴米之搖籃、⑵石臼轉軸部分，被告均表示對於原告之修復無意見，其餘項目或早已修復完成或非屬原告保固範圍（人為損壞應由被告自行負責）；植栽養護部分，則係被告提供之土壤不佳所致，則原處分執上開7項設施損壞及植栽養護不良，認為原告遲遲未履行保固責任，有修正前政府採購法第101條第1項第9款之情事，即屬無據。且原告過去之各項工程實績卓著（甲證10），業界名聲斐然，今遭被告以各項不當理由刊登為不良廠商（反觀被告過去有數宗弊案纏身），影響原告之名譽甚鉅，是縱原處分執行完畢，猶有繼續進行訴訟之必要等語。

㈡聲明：確認原處分違法。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.政府採購法第103條第3項規定，僅適用於第103條，並不及於第101條之規定：

⑴按政府採購法第103條第3項，既未明定適用前2條，且非

依慣常立法程序，於全法最後規範或施行法另行規定，自僅得適用第103條規定，而未及於第101條之規定，則修法前完成之通知及裁處行為，自無須再另回復成立採購工作及審查小組。

⑵查被告於107年10月16日以碑鄉建字第1070013773號政府採購法第101條第1項第9款、10款函裁處通知原告，原告於同年月18日提出異議，同年月29日被告為異議駁回決定，原告從而提起採購申訴及行政訴訟。則該裁處程序已完成，已無從再回復重新進行採購工作及審查小組之審查認定程序，參照行政院公共工程委員會108年7月12日工程企字第1080100588號函釋，被告107年10月16日所為將刊登政府採購公報通知，應適用修正前之規定，從而原告主張未適用修法後之程序規定於法有違，即無足採。

⑶況縱退步言，被告亦業於108年6月12日召開採購工作及審查小組（乙證2），並依修正後之規定關於是否情節重大，而考量審酌機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或補償措施等要件之審查，並為情節重大之認定。是前開程序亦業已補正，並無違誤之虞。

2.原告履約進度落後百分之20以上，逾期完工且情節重大，該當政府採購法第101條第1項第10款事由：

⑴按政府採購法第101條第1項及政府採購法施行細則第111條所明文。是非巨額之工程採購，履約進度落後百分之20以上，且日數達10日以上者，即延誤履約期限，情節重大。

⑵查系爭「彰化縣埤頭鄉業觀光主題園區建置工程」（下稱系爭工程）之契約金額新臺幣（下同）20,790,000元，非屬巨額工程，合先陳明。是兩造簽訂系爭工程契約書（乙

證3）後，原告於104年12月30日開工，依系爭工程契約第8條第1項之規定，本應於開工之次日起180日內竣工。然經被告數次催促（乙證4），原告於106年1月25日始申報竣工（乙證5）是系爭工程施工期間自104年12月30日開工次日起，迄106年1月25日申報竣工止，合計392天。

⑶前開施工期間，因無土方可供施作停工83天，及因天候因素影響停工28天，合計得扣除111天。嗣因前開逾期違約問題，兩造經工程會之採購申訴審議委員調解，兩造調解成立，展延工期27天後，逾期74天，減少逾期完工違約金（乙證6）。

⑷基上，施工期間392天扣除前開非可歸責於原告之111天及調解後展期27天後，原告仍無故逾期74天（註：392天-〈111天+ 27天〉-180天=74天）。且該逾期74天占180天竣工期比例為63.6%（註：74天/〈180天+111天+7天〉≒23%），履約進度落後已達百分之20以上。依前開政府採購法施行細則第111條之規定，該非屬巨額之工程採購案，履約進度落後百分之20以上，且日數達10日以上者，即屬延誤履約期限情節重大，自該當政府採購法第101條第1項第10款事由。

⑸次查，兩造間關於工期之爭議，業經工程會採購申訴審議委員調解成立，依政府採購法第85條之1第3項規定，其調解效力準用民事訴訟法第416條第1項之規定，與訴訟上和解有確定判決同一之效力。簡言之，關於工程逾期之爭議，兩造既經調解成立逾期74天，即發生確定判決同一之效力，自不得再執其他事由主張。

3.原告驗收後不履行保固責任，且情節重大，該當政府採購法第101條第1項第9款事由：

⑴關於設施（備）損壞部分：

①查系爭工程於106年6月28日驗收合格，系爭工程契約第17條第17項約定，保固期限3年，則保固期至109年6月28日。被告於保固期間依據民眾反應，現地米之搖籃、風鼓印象之美西側柏、石臼轉軸、土礱、牛翹板、越野車道及休憩步道鋪面等設施部分損壞且已不堪使用，有使用安全疑慮，以107年2月6日函限期原告於107年2月28日前修復完成、以107年3月20日函限期於107年4月10日前修復完成、107年7月11日函限期於107年8月1日前確實依圖說無價修復改善完成及107年8月16日函限期於107年8月30日前確實依圖說無價修復改善完成（乙證7)），是原告確實未於期限內修復完成。

②嗣關於前開瑕疵，是否屬人為破壞或非屬保固責任，兩造合意依據工程契約第17條第12款約定，於107年10月3日委託臺中市土木技師公會鑑定。依據鑑定報告（乙證8）之「鑑定結果及分析」所載，以及鑑定結論與建議，足見風鼓印象爬梯鬆脫、美西側柏橫桿及圓桿膨脹螺栓未確實鎖固，牛翹板美西側柏脫及石臼轉軸仿古車輪木料斷裂等項目，及休憩步道強化玻璃藝術磚、土礱把手側柏鎖固、6座攤販燈柱之氟碳烤漆及景觀植栽保活責任，經鑑定評估屬承攬廠商應依契約及圖說規定辦理保固等作業。

③況據此，原告嗣後亦以108年4月30日函表示：「1.土礱推把將比對貴公所修正後尺寸辦理材料訂製期程須3星期。…3.休憩步道強化玻璃藝術磚破損將先行修復處理其產品製作期程須1個月。4.攤販燈具氟碳烤漆，連日潮濕，恐影響施作品質，嗣濕度適宜再行施作。」（乙

證9）益見原告亦坦認前開瑕疵屬其保固之責。

④次查，原告於前開鑑定後，雖另委託臺中市大臺中建築師公會為查勘，然此係其個人行為，未經兩造合意，亦不符契約之約定，且被告自始並未參與，並無從表示意見，建築師亦未曾提供表明其身分、經歷，更違論具結擔保其正。是該查勘之書面結論，僅得視為私文書，並不具鑑定或契約效力，被告亦否認該私文書之真正，自不得據此，無端空言指摘經兩造依契約合意委託之臺中市土木技師公會鑑定報告之效力。

⑤前開屬原告保固責任之設施損壞部分，依據驗收後修正結算書所示，設施損壞項目費用共為5,741,417元，占產業觀光主題園區設施總金額為11,836,798元逾半（乙證10）；且自107年2月6日通知施工廠商修復迄今逾1年，施工廠商皆未於期限內修復完成，業已嚴重影響民眾使用之安全與觀感，其情節即難謂不重大。

⑵關於植栽養護部分：

①查系爭工程於106年6月28日驗收合格，依前揭工程契約約定，植栽養護期2年（即至108年6月28日）。被告於106年10月18日辦理第1次植栽養護查驗，查驗不合格（乙證11）。遂以106年10月23日函限期原告於查驗次日起15日內提出說明或改善完成；其後復以106年11月7日函通知原告改善期限為106年11月17日、106年11月27日函通知原告改善期限為106年12月4日。原告就第2次通知限期改善，遲至106年11月21日提送缺失改善資料，惟經審查後，被告以106年12月1日函請原告確實依審查意見於106年12月8日前補正資料；後被告因原告陳稱其已現地改善完成，乃以107年1月11日函通知原告107年1

月19日辦理複查，請其派員。然複查當日原告並未派員出席，且現地植栽仍未改善完成（乙證12）。被告始於107年2月27日函以原告植栽養護複查不合格次數累計達4次（乙證13），就植栽養護部分有政府採購法第101條第1項第9款之情事（乙證14）。

②至原告主張因被告後期進場之土方夾帶大量垃圾及惡臭為不乾淨土壤，帶有細菌及不適合植物生長之物質，以致植栽仍難以存活云云：然查，原告於105年7月1日反應土方夾帶垃圾，供土機關彰化縣政府於同年月14日即辦理會勘，並責令廠商清除；且被告主張園區使用相同來源之土方所種植之喬木生長情形良好。因此，原告主張係因土壤問題致使植物不易生存，即非無疑。

③次查，依被告107年1月19日於現地複查植栽養護結果，喬、灌木及草皮已枯萎無存活數量，分別為光臘樹2株、台灣欒樹1株、山櫻花6株、大花六道木720株（枯萎數量約6成）、黃花炮竹紅約258株（枯萎數量約3成）、地毯草約855平方公尺（枯萎數量約3成）（參照乙證11），枯萎無存活之植栽費用共計328,413元（乙證15），占契約植栽總金額3,115,388元約1成。且原告第1次養護查驗不合格後，經被告3次函請限期限改善，原告仍未改善完成，而107年1月19日第4次複查時，仍不合格，以致被告於107年2月27日通知終止植栽養護部分契約，其情節實難謂輕微。

4.確認之訴欠缺即受確認判決之法律上利益，應予駁回：

⑴按行政訴訟法第6條第1項規定，是確認已執行而無回復原狀可能之行政處分為違法之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。

㈡被告業於行政院公共工程委員會之申訴審議判斷後，依前開處分，於108年10月1日首次刊登公告，公告期間3個月，是迄109年1月1日止，業已公告期滿，此有拒絕往來廠商管理新增作業上傳至正式區成功之查詢頁可稽。是原處分已行為完畢，不論行政訴訟是否有理，均已無法回復業完成之原處分及效果。原告雖變更聲明為確認之訴，然僅空言有即受確認判決之法律上利益，並未舉證以闡明係何法律上利益，自難認原告起訴確有即受確認判決之法律上利益，應予以駁回等語。

㈡聲明：駁回原告之訴。

四、爭點：

㈠政府採購法第103條第3項規定，是否僅及於第103條而不及於101條？即本件有無修正後政府採購法第101條規定適用？適用結果有無影響原處分之合法性？

㈡原告有無政府採購法第101條第1項第9款及第10款之驗收後不履行保固責任，及延誤履約期限且情節重大之事由？

五、本院的判斷：

㈠前提事實：

本件爭訟概要欄所載事實，業經兩造陳明在卷，並有系爭契約書影本（本院卷2第137頁至第178頁）、原處分（本院卷1第109頁至第111頁）、異議處理結果（本院卷1第113頁至第115頁）、申訴審議判斷書（本院卷1第117頁至第168頁）等資料附卷可稽（本件判決相關證據之編號詳附表），此部分事實堪以認定。

㈡應適用的法令：

1.行為時政府採購法第101條（108年5月22日修正前）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：一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。二、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件參加投標、訂約或履約者。三、擅自減省工料情節重大者。四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件者。五、受停業處分期間仍參加投標者。六、犯第87條至第92條之罪，經第一審為有罪判決者。七、得標後無正當理由而不訂約者。八、查驗或驗收不合格，情節重大者。九、驗收後不履行保固責任者。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條規定轉包者。十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。十四、歧視婦女、原住民或弱勢團體人士，情節重大者。廠商之履約連帶保證廠商經機關通知履行連帶保證責任者，適用前項之規定。」、現行政府採購法第101條規定：「（第1項）機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由及依第103條第1項所定期間通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。二、借用或冒用他人名義或證件投標者。三、擅自減省工料，情節重大者。四、以虛偽不實之文件投標、訂約或履約，情節重大者。五、受停業處分期間仍參加投標者。六、犯第87條至第92條之罪，經第一審為有罪判決者。七、得標後無正當理由而不訂約者。八、查驗或驗收不合格，情節重大者。九、驗收後不履行保固責任，情節重大者。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條規定轉包者。十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者。十三、破產程序中之廠商。十四、歧視性別、原住民、身心障礙或弱勢團體人士，情節重大者。十

五、對採購有關人員行求、期約或交付不正利益者。（第2項）廠商之履約連帶保證廠商經機關通知履行連帶保證責任者，適用前項規定。（第3項）機關為第1項通知前，應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會，機關並應成立採購工作及審查小組認定廠商是否該當第1項各款情形之一。（第4項）機關審酌第1項所定情節重大，應考量機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或賠償措施等情形。」、現行政府採購法第103條第1項規定：「依前條第3項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商：一、有第101條第1項第1款至第5款、第15款情形或第6款判處有期徒刑者，自刊登之次日起3年。但經判決撤銷原處分或無罪確定者，應註銷之。二、有第101條第1項第13款、第14款情形或第6款判處拘役、罰金或緩刑者，自刊登之次日起1年。但經判決撤銷原處分或無罪確定者，應註銷之。三、有第101條第1項第7款至第12款情形者，於通知日起前5年內未被任一機關刊登者，自刊登之次日起3個月；已被任一機關刊登一次者，自刊登之次日起6個月；已被任一機關刊登累計2次以上者，自刊登之次日起1年。但經判決撤銷原處分者，應註銷之。」、第3項（108年5月22日增訂）規定：「本法中華民國108年4月30日修正之條文施行前，已依第101條第1項規定通知，但處分尚未確定者，適用修正後之規定。」

2.行為時政府採購法施行細則第111條（108年11月8日已刪除）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。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。」

㈡按政府採購法第103條第3項規定：「本法中華民國108年4月30日修正之條文施行前，已依第101條第1項規定通知，但處分尚未確定者，適用修正後之規定。」於法條文義上解釋，其未明文規定應適用第101條，應解為僅就同條第1項所規定之第101條第1項幾款情形作規定；又依常用立法技術上，該項規定既係接續規定在同條第1、2項之後，並未另立一條予以規範，應具有將該項規定特別限制適用於同條規定之意旨，而尚未及於其他條文，且自其立法理由：「增訂第3項，為兼顧法安定性及廠商權益，定明本次修正條文施行前，已依現行條文第101條第1項規定通知，但處分尚未確定者，適用修正後之規定。」亦無從看出其有欲適用於第101條之意旨，故其應僅適用於同條規定甚明。而工程會就有關政府採購法第103條第3項規定之適用原則於108年07月12日以工程企字第1080100588號函釋：「說明：一、採購法第101條至第103條之立法架構，第101條為刊登政府採購公報構成要件及裁處程序，第102條為救濟及刊登程序，第103條為刊登效果，先予敘明。二、總統於108年5月22日公布採購法部分修正條文，其中第103條增訂第3項，明定『本法中華民國108年4月30日修正之條文施行前，已依第101條第1項規定通知

，但處分尚未確定者，適用修正後之規定。』上開條項所稱『適用修正後之規定』，未定明適用前二條，爰僅適用第103條規定，而未及於第101條及第102條規定，依其修法理由，係為兼顧法安定性。三、此外，採購法修法後第101條增訂『陳述意見』、『成立採購工作及審查小組』等係裁處程序之規定，縱依程序從新原則，係指該事件刻正進行該程序或尚未經該程序階段，始適用之，非就已經過之程序重新進行；若裁處（通知）程序已完成，則既無從進行該程序，爰亦無程序從新之適用。」（見本院卷2第129頁至第130頁該函），查被告係於107年10月16日以碑鄉建字第1070013773號政府採購法第101條第1項第9款、10款函裁處通知原告，原告於同年月18日提出異議，同年月29日被告為異議駁回決定，原告仍不服提起採購申訴及行政訴訟。則該裁處程序已完成，已無從再回復重新進行採購工作及審查小組之審查認定程序，參照行政院公共工程委員會108年7月12日工程企字第1080100588號函釋，被告107年10月16日所為將刊登政府採購公報通知，應適用修正前之規定，原告主張被告未適用修法後之程序規定於法有違，並非可採。況本件被告業已於108年6月12日召開採購工作及審查小組，並依修正後之規定關於是否情節重大，而考量審酌機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或補償措施等要件之審查，並為情節重大之認定（見本院卷2第131頁至第136頁），核與原處分結果無影響。

㈣再按當事人就鑑定人之人選、鑑定結果及鑑定對於事實認定之效力等事項，固得於起訴前或訴訟中合意以證據契約為約定。然如僅合意鑑定機關，但未就有關訴訟標的權利義務關係內容存在與否之事實之確定方法，加以合意而成立證據契

約，法院對於鑑定結果自可依調查證據之結果定其取捨，而不受鑑定報告之拘束（最高法院106年度台上字第2884號判決參照）。又按行政訴訟法第176條準用民事訴訟法第326條第2項規定：「法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見；其經當事人合意指定鑑定人者，應從其合意選任之。但法院認其人選顯不適當時，不在此限。」未經當事人合意選任之鑑定人，其所為之鑑定報告僅得作為一般私文書，非為鑑定證據，法院應依行政訴訟法第176條準用民事訴訟法第357條規定，由舉證人證其真正以決定是否採信。查本件原告另委託臺中市大臺中建築師公會為第2次再鑑定部分（見甲證4，本院卷1第169頁至第193頁），由於該鑑定並未經兩造合意，即依工程契約第17條第12款約定：「為釐清發生瑕疵之原因或其責任歸屬，甲方（按指被告）得委託公正之第3人進行檢驗或調查工作，其結果如證明瑕疵係因可歸責於乙方之事由所致，乙方（按指原告）應負擔檢驗或調查工作所需之費用。」被告於107年10月31日以埤鄉建字第1070014664號函通知原告已委託財團法人臺中市土木技師公會辦理鑑定事宜，並定於107年11月2日下午13時30分前往現地辦理會勘，原告於107年10月31日以中台字第1071031001號函同意由財團法人臺中市土木技師公會鑑定，而財團法人臺中市土木技師公會於108年4月10日提出鑑定報告（見本院卷1第453頁至第470頁、本院卷2第81頁至第98頁、第207頁至第222頁），載明：「依據107年11月2日現場會勘兩造說法及會勘紀錄說明針對本次保固權責釐清項目經會勘確認共計9項，如下：『1.風鼓印象：階梯鬆動、美西側柏未依規固定及長度不足、不銹鋼板烤漆退色。2.米之搖籃：竹片毀損及烤漆脫落。3.越野車道：面層土壤夯實不足肇致土壤流失及不平整。

4.休憩步道強化玻璃藝術碑：因底層不平整致重壓後破損。5.牛翹板：座椅上方及側面側柏脫落及頂部螺栓接合斷裂。6.石臼轉軸：仿古車輪木料斷裂故障。7.土墩：側柏固定方式不佳及嵌入長度不足肇致斷裂。8.攤販燈具：不銹鋼板烤漆退色。9.景觀植栽：山櫻花生長不佳……。』鑑定結論與建議：『1.依據本案會期雙方討論已達共識由承商保固修繕項目分別為風鼓印象爬梯鬆脫、美西側柏圓桿及橫桿膨脹螺拴未確實鎖固、牛翹板美西側柏圓桿脫及石臼轉軸仿古車輪木料斷裂等項目，建議由承商依據原核定之施工圖說施作修繕。2.另休憩步道強化玻璃藝術磚、土墩把手側柏鎖固、6座攤販燈柱之戴碳烤漆及景觀植栽保活責任經鑑定評估屬承攬廠商應負之責任，應依契約及圖說規定辦理保固等作業。3.餘風鼓印象氟碳烤漆、米之搖籃竹編及烤漆脫落、越野車道紅磚土、牛翹板軸承螺桿斷裂鬆脫等項目經評估經定非屬承商保固之責。』」是被告既依約委託公證之第3人進行會勘及查驗，其鑑定結論，自得予以審酌參據，而原告無逕自委託他人鑑定之權限。原告另委託臺中市大臺中建築師公會所為查勘鑑定，係原告單獨為之，並未經兩造合意，再觀其第2次鑑定並未會同被告並使其有出具意見之機會，該鑑定報告皆僅由原告片面提出意見而作成，自難作為審核之依據。

㈤原告確有驗收後不履行保固責任及延誤履約期限，情節重大之事由，違反政府採購法第101條第1項第9款及第10款之規定：

1.關於行為時政府採購法第101條第1項第9款規定「驗收後不履行保固責任」部分：

⑴有關植栽養護部分

①按系爭契約第17條第6款規定：「植栽撫育工作：撫育時間，乙方需經常巡視或派員依實際養護需要灌溉施肥、整枝扶正、清除雜草、病蟲害防治、保護支架設施、修剪不良枝葉、養護及修剪草皮並清除植栽綠覆範圍內垃圾，植栽枯萎折損，應即依原規格無償補植並依植栽施工說明書規定執行。」第17款規定：「工程保固期限依工程類別規定如下，本工程適用第2、7目規定（由業務單位於招標時載明。……(七)植栽養護2年。」、第21條第1款第9目規定：「查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理者。」

②查本件植栽養護部分之保固期間，係自驗收合格日起算2年，而本件驗收完畢/驗收合格日期為108年6月28日（乙證5，見本院卷2第183頁及第184頁之工程結算驗收證明書），即自106年6月28日起至108年6月28日止，為原告應負擔之保固期間。原告主張植栽部分之植物無法存活係因被告後期進場之土方夾帶大量垃圾及惡臭為不乾淨土壤，帶有細菌及不適合植物生長之物質，使得部分植栽枯死云云，然查被告於106年10月18日辦理第1次植栽養護查驗，查驗不合格（見乙證11查驗紀錄）。遂以106年10月23日埤鄉建字第10600134245號函限期原告於查驗次日起15日內提出說明或改善完成；其後復以106年11月7日埤鄉建字第1060014846號函通知原告改善期限為106年11月17日、106年11月27日埤鄉建字第1060015615號函通知原告改善期限為106年12月4日。原告就第2次通知限期改善，遲至106年11月21日提送缺失改善資料，惟經審查後，被告以106年12月1日埤鄉建字第1060016060號函請原告確實依審查意見於106年12月8日前補

正資料；後被告因原告陳稱其已現地改善完成，乃以107年1月11日埤鄉建字第1060017406號函通知原告107年1月19日辦理複查，請其派員。然複查當日原告並未派員出席，且現地植栽仍未改善完成（見乙證12、乙證13，本院卷第233頁至第248頁）。被告始於至第4次複查時（107年1月19日），仍有2株光臘樹、1株臺灣欒樹、部分大花六道木、黃花炮竹紅及地毯草無法存活（見本院卷1第193頁），仍不合格，以致被告依系爭契約第21條第1款第9目規定，於107年2月27日埤鄉建字第1070002230號通知終止植栽養護部分契約。然就該次複驗結果以觀，仍有適用相同土方種植之部分植物存活，若植物無法存活之原因係如原告所稱之土方不乾淨而有細菌即不適合植物生長之物質，則應就相同類型之植物（例如本件之光臘樹，只有兩株無存活現象，其餘15株皆存活），在使用相同土方之前提下，應該全數枯死，實難想像仍有部分存活，原告此部分張並無可取，亦無確切事證得以證明原告所稱該土方確有挾帶細菌或不適合植物生長之物質。又同園區內其他工程土方之植栽區回填亦使用相同來源之土方，該他區植栽生長狀況亦為良好（見本院卷1第513頁至第515頁，被告所提他案工程植栽養護現地照片），可見原告之植栽養護問題與被告提供之土方並無關聯。再原告所提出建築師公會鑑定報告中，亦非由相關專業之人員為鑑定（鑑定人為建築專業之建築師），故其鑑定報告之結果，認定植栽使用之土壤呈暗黑色、惡臭、夾帶大量廢棄塑膠垃圾，植栽枯死係土壤排水不良，屬土壤提供者責任，可信度應較低。且即使土方確有夾帶垃圾，亦已於105年7月16日、17日由被

告責令廠商清除（見本院卷1第499頁至第506頁），原告主張其委請之建築師公會於108年7月31日（已與被告終止該部分契約後）現地會勘，仍發現現場該區域栽植之山櫻花、光臘樹、大花六道木、黃花炮竹紅及草皮均已枯死，全然係因為被告提供之土壤有問題所致等云，亦無可採。

⑵有關設施(備)部分：

按系爭工程契約第17條第10款規定：「在保固期間內，倘工程一部或全部走動、裂損、坍塌或發生其他損壞時經查明係由工作不良、材料不佳所致者，應由乙方照圖說負責於期限內無價(按：應為償字)修復，如延不照辦，甲方得動用保固保證金代為辦理，有不足，甲方得追償之。上述工程設施按兩造之政府採購工程契約第17條第12款約定（見乙證3，本院卷2第167頁），於107年10月3日合意委託臺中市土木技師公會鑑定，依其鑑定結果（補證1，本院卷1第453頁至第470頁）指稱：「1.依據本案會勘雙方討論已遠共識由承商保固修繕項目分別為風骨（按應為鼓字，下同）印象爬梯鬆脫、美西側柏圓桿及橫桿膨脹螺栓未確實鎖固、牛翹板美西側柏脫及石臼轉軸仿古車輪木料斷裂等項目，建議由承商依據原核定之施工圖說施做修繕。2.另休憩步道強化玻璃藝術磚、土墾把手側柏鎖固、6座攤販燈柱之氟碳烤漆及景觀植栽保活責任經鑑定評估屬承攬廠商應負之責任，應依契約及圖說規定辦理保固等作業。3.餘風骨印象氟碳烤漆、米之搖籃竹編及烤漆脫落、越野車道紅磚土、牛翹板軸承螺桿斷裂鬆脫等項目經評估鑑定非屬承商保固之責。」是以原告僅就風鼓印象氟碳烤漆、米之搖籃竹編及烤漆脫落、越野車道紅磚土、牛翹板軸

承螺桿斷裂鬆脫等項目非屬承商保固之責，其餘項目仍須由原告依契約及圖說辦理修繕等相關保固作業，綜合上開鑑定報告，原告確實多處工項須依約保固。

①美西側柏圓桿斷裂部分：

原告主張風鼓印象之美西側柏爬梯之美西側柏圓桿斷裂係因該材料之硬度不足、長度太長等而容易遭民眾踩斷，其係人為破壞而非屬原告之責任部分，與臺中市土木技師公會鑑定結果係因其螺絲未確實鎖固所造成不同。而本院於109年2月24日會同兩造至現場勘驗，此有勘驗筆錄及現場照片可稽（見本院卷2第345頁至第401頁），發現該圓桿固定之長度不足，且其基座亦未確實鎖固（見本院卷2第355頁至第359頁，照片2-5)，故原告不得以其斷裂全然因其材料不當及人為破壞問題而主張無可歸責。

②石臼轉軸部分：

原告主張其原本作為轉軸之木細棍遭折斷、且轉軸剝離等係因人為壞所致，查該石臼轉軸本來設計即是得以由民眾手推轉動，其隨著時間而有磨損或缺壞應在所難免，自106年6月28日驗收合格後至第1次被告通知原告毀損情事及限期修補時（即107年2月6日，見本院卷1第317頁），為7個月又8天尚未滿1年，時間短暫而有嚴重毀損（見本院卷1第320頁照片3），非屬自然磨損，石臼轉軸仿古車輪木料斷裂部分財團法人臺中市土木技師公會亦建議由承包商依原核定之施工圖說施作修繕，而原告主張石臼轉軸係遭他人蓄意破壞，未能提出遭人破壞之證據而非可歸責於原告事證，原告此部分之主張亦難採取。

③土罏部分：

原告主張土罏把手長逾150公分卻無支撐，有人一按把手旋轉軸立即翹起與土罏圓柱體接縫剝離，故設備損壞係因原始設計不良所致云云，按本院現場勘驗結果，發現該土罏不鏽鋼管確實有接合不穩固而有向下傾斜之情形（見本院卷2第387頁、第389頁照片第33-36)，且不鏽鋼管接合部分僅有下方上鎖住，此為原告所不爭執，而上方部分原告表示其為防止下雨侵蝕而未上鎖，又原本係以圓管為之，原告自行改以四方管接合（見本院卷2第383頁、第385頁、第387頁照片30-33)，顯見原告未依圖說施作，其產生不穩固及傾斜之情況應屬可歸責於原告，原告此部分之主張並非可採。

④牛翹板部分：

原告主張依建築師公會鑑定意見，依據當時現場勘查及檢視相關照片，美西側柏顏色不同、尺寸及鋼釘突出，與原施工方式不同，應係遭人為破壞所致，自非原告保固範圍等云，按原告及被告雙方合意於107年10月3日所申請之財團法人臺中市土木技師公會鑑定之報告現況調查紀錄照片（見本院卷2第327頁、第329頁照片13-16)，可知牛翹板原本確有美西側柏脫落情形，而於本院勘驗時，其脫落情形確已修補完成（見本院卷2第377頁、第379頁照片23、26)，然於勘驗現場亦發現，該牛翹板原本設計僅能上下移動，現卻亦能左右移動，原告表示其螺絲被拿走，意即連較不易接觸之牛翹板中心軸上之螺栓亦遭破壞，由此可見原告施作時應有螺絲鎖固不牢之問題，方使得該設施螺栓未能穩固，連帶使螺絲能夠輕易遭取走，此部分原告亦難以僅稱係遭人為破壞，即

無可歸責。

⑤越野車道部分：

查財圖法人臺中市土木技師公會鑑定報告中，既已就此部分認定係因天候因素及狀況而易流失紅磚土，非屬原告保固責任，是原告自毋庸再就此部分為爭執。

⑥休憩步道強化玻璃藝術磚部分：

原告主張被告指稱鋪面裂痕，係工作不良所致。然案經建築師公會鑑定，此係重車壓損，非施工不良所致云云，查財團法人臺中市土木技師公會鑑定報告中，亦指出該設施破裂原因係遭重車輾壓，然其確有底部施工不平整之情況（見本院卷2第325頁照片12），無論是否因此導致其無法承受其本來試體所測試之抗壓能力25,000kgf而破損，原告於施工上確有不良，故此部分亦應屬原告之責任。

⑦攤販燈具立柱部分：

本院於現場勘驗時，發現原告係直接噴漆，而未以氟碳烤漆施作，此亦為原告所不否認，因而導致顏色不均勻，10座攤販燈具立柱於驗收階段已有4座烤漆褪色，與他家廠商以氟碳烤漆施作而顏色均勻顯然不同（見本院卷2第391頁至第395頁照片38-42)。原告主張依建築師公會鑑定報告，其褪色原因為不明或受氣候紫外線影響，且原告施工前提報之試驗報告為白色系之塗料，亦提供相關色卡供被告選色，但被告另行選用其他22種非試驗報告之色系塗料等云，查於工程會107年2月9日調0000000號調解成立書上載明，兩造及監造單位均出席之105年10月6日工程會議結論「有關不鏽鋼氟碳烤漆選色乙事，於本次會議中擇定確認顏色」，顯見顏色之確認係

經申請人（按即原告）同意等語（見本院卷1第273頁），是原告既已於選色乙事上與被告達成共識，且於他家廠商以氟碳烤漆施作相同色調上亦無發生顏色不均勻之情事，又其褪色於驗收階段即已發生，距工程竣工不到2個月，亦非如原告所稱係經氣候或紫外線影響日久而正常褪色，顯見此部分原告之施工確有未按規定施工缺失。

⑶綜上所述，原告就財團法人臺中市土木技師公會鑑定結果中關於其保固責任項目上，除石臼轉輪部分未依原核定之施工圖說施作修繕外，其餘部分設施損壞應仍由原告負責。又損壞項目費用5,741,417元，占產業觀光主題園區設施總金額11,836,798元已逾半（見乙證10之設施損壞量統計表及結算總表、結算明細表，本院卷2第225頁至第230頁），且為被告分別以107年2月6日埤鄉建字第1070001813號、107年3月20日埤鄉建字第1070003582號、107年7月11日埤鄉建字第1070009379號、107年8月16日埤鄉建字第1070010660號函通知原告改善未果（見乙證7，本院卷2第197頁至第206頁）；就植栽部分，則植栽枯萎無存活費用共328,413元，占契約植栽總金額3,115,388元約1成（見乙證15，本院卷2第251頁至第254頁），且為被告分別以106年10月23日埤鄉建字第1060014245號、106年11月7日埤鄉建字第1060014846號、106年11月27日埤鄉建字第1060015615號函通知原告改善未果，（見乙證12，本院卷2第233頁至第246頁），被告方於107年2月27日埤鄉建字第1070002230號函以原告植栽養護複查不合格次數累計達4次（乙證13），有符合行為時政府採購法第101條第1項第9款規定之「驗收後不履行保固責任者」要件，通知原告終止植栽養

護部分契約。是被告依上開規定作成原處分，於法並無不合。

2.關於行為時政府採購法第101條第1項第10款規定「因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者」部分：

按「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。」、「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……」行為時政府採購法第101條第1項第10款、行為時政府採購法施行細則第111條（108年11月8日修正時已刪除）定有明文。本件工程契約開工日期為104年12月30日，履約期限為180日曆天，即預訂竣工日期為105年6月27日，然原告實際竣工日為106年1月25日，此有工程結算證明書可稽（見乙證5，本院卷2第183頁至第184頁），即施工期間為392天，扣除無土方可供施作83天及因天候因素影響停工28天，合計得扣除111天，復經兩造調解成立展延工期27天（見乙證6，本院卷2第191頁），此部分為兩造所不爭執。惟扣除上開不可歸責原告部分期間，原告仍有74天無故逾期，占原預期竣工期間比例約為23%【74/ (180+27+111)】，履約落後進度實已以達百分之20以上，並經被告以105年10月19日埤鄉建字第1050014121號函通知原告（見乙證4，本院卷2第182頁），而本件非屬巨額採購案（工程採購金額未達2億元），自該當行為時政府採購法第101條第1項第10款、行為時政府採購法施行細則第111條規定之延誤履約期限情節重大情形。至

原告主張被告停工日期仍只計算至105年7月21日，是土方夾帶之垃圾未清除，致原告無法施作，非可歸責於原告，被告少計清理垃圾之停工日數3日以及在105年1月份雨天計14天，2月份計4天（甲證7），共計18天無法施工，被告原應依系爭契約第8條第7項第7給予展延工期，但被告僅因原告逾期申請，即否准原告展延此部分之工期，實屬無理由等云，然按政府採購法第85條之3第1項規定：「調解經當事人合意而成立；當事人不能合意者，調解不成立。」、第85條之1第3項規定：「採購申訴審議委員會辦理調解之程序及其效力，除本法有特別規定者外，準用民事訴訟法有關調解之規定。」故依政府採購法調解成立之效力，與民事訴訟法上之和解有同一效力，亦即與確定判決有同一效力，上開原告主張係就已調解成立事件重行爭執，自無理由。況原告亦自承未依約提出申請及於調解成立後再為主張，其主張尚非可採。

㈥綜上所述，原告上開主張，均無足採。從而，原告因有驗收後不履行保固責任以及延誤履約期限並為可歸責之情形，被告以107年10月16日碑鄉建字第1070013773號函（即原處分）通知原告，將依行為時政府採購法第101條第1項第9款、第10款規定刊登政府採購公報，並於108年10月1日業將原告刊登政府採購公報（見本院卷2第313頁）且已執行期滿，是原處分核無違誤，訴願決定亦無不合，原告訴請確認原處分違法，為無理由，應予駁回。

㈦本件判決基礎已經明確，兩造其餘的攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無一一論述的必要，併此敘明。

六、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第195條

第1項後段、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　年　　6　　月　　11　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法　官　莊　金　昌

法　官　陳　文　燦

法　官　楊　嵎　琇

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
（一）符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。

（二）非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　109　年　　6　　月　　11　　日

書記官　蔡　逸　媚

附表、證據編號對照表

證據編號	證據名稱	所附卷宗	頁碼
甲證1	原處分書	本院卷1	109-111
甲證2	原異議處理結果	本院卷1	113-115
甲證3	原審議判斷	本院卷1	117-168

（續上頁）

	書		
甲證4	臺中市大臺中建築師公會鑑定報告(第2次鑑定報告)	本院卷1	169-193
甲證5	被告機關105年月21日函文	本院卷2	291
甲證6	施工日誌	本院卷2	293-299
甲證7	雨量統計表	本院卷2	301-303
甲證8	被告機關105年4月26日函文	本院卷2	305-307
甲證9	系爭設備設施之修復紀錄及照片	本院卷2	421-432
甲證10	原告過去之各項工程實績照片	本院卷2	433-447

（續上頁）

乙證1	行政院公共工程委員會函釋影本	本院卷2	129-130
乙證2	採購工作及審查小組會議紀錄影本	本院卷2	131-136
乙證3	工程契約書影本	本院卷2	137-178
乙證4	被告通知原告已逾履約期限函影本	本院卷2	179-182
乙證5	工程驗收結算證明書影本	本院卷2	183-184
乙證6	調解成立書影本	本院卷2	185-196
乙證7	被告通知原告限期履行保固責任函影本	本院卷2	197-206

（續上頁）

乙證8	台中市土木技師公會鑑定(第1次鑑定報告書)影本	本院卷2	207-222
乙證9	原告請求雨天延後工程日期函影本	本院卷2	223
乙證10	設施損壞數量統計表及結算總表、結算明細表影本	本院卷2	225-230
乙證11	查驗紀錄影本(第1次)	本院卷2	231
乙證12	被告通知原告植栽養護查驗不合格函影本	本院卷2	233-245
乙證13	植栽養護查驗不合格改	本院卷2	247-248

（續上頁）

	善情形統計表		
乙證14	被告通知原告終止植栽養護部分契約函影本	本院卷2	249-250
乙證15	植栽不合格統計表及契約詳細價目表(部分)影本	本院卷2	251-254
乙證16	106.10.18查驗紀錄影本(第1次)及查驗照片	本院卷1	363-367
乙證17	被告通知原告植栽養護查驗不合格函影本暨紀錄照片(106.12.1埤鄉建字第1060016060號函	本院卷1	185-196

（續上頁）

	）		
乙證18	107.1.19查驗紀錄-第1次複驗暨附圖	本院卷1	389-393
乙證19	被告通知原告限期履行保固責任函影本暨照片(107.9.10埤鄉建字第0000000000號函)	本院卷1	401-406
乙證20	不銹鋼材料工程材料送審資料	本院卷1	407-411
乙證21	被告通知原告限期履行保固責任函影本暨照片(107.2.6埤鄉建字第10000000000號	本院卷1	417-425

（續上頁）

	函）		
乙證22	契約詳細價目表(全部)影本	本院卷1	495-498
乙證23	彰化縣政府105.7.14會勘紀錄暨照片	本院卷1	499-506
乙證24	分層夯實試驗統計表及位置圖	本院卷1	507-509
乙證25	彰化縣政府提供土方函文及現地他案工程植栽養護照片	本院卷1	511-516
乙證26	契約施工規範-種植及移植一般規定	本院卷1	517-529
乙證27	單價分析表	本院卷1	531-532

（續上頁）

	-喬木、灌木、草皮養護費		
乙證28	被告通知原告徑依採購法第101條第1項第9款規定辦理函影本	本院卷1	533
乙證29	山櫻花苗木現況照片	本院卷1	547
乙證30	原告向被告反映土方夾帶垃圾函影本	本院卷1	551-553
乙證31	原告願意配合技師鑑定結果辦理函影本	本院卷1	555
乙證32	被告通知原告限期履行保固責任函	本院卷1	557-560

（續上頁）

	影本(108.4.23埤鄉建字第1080005135號函)		
乙證33	被告通知原告限期履行保固責任函影本暨照片(108.5.14埤鄉建字第0000000000號函)	本院卷1	561-567
乙證34	原告工程車行駛鋪面照片	本院卷1	569
乙證35	原告氟碳烤漆缺失改善說明及現場施作照片	本院卷1	573-577
乙證36	施工前協調會議紀錄	本院卷1	592-594
乙證37	105.2.2工	本院卷1	596

（續上頁）

	程會勘紀錄		
乙證38	三大計畫書送審時程統計表	本院卷1	598
乙證39	施工計畫書歷次審查意見與承包商回覆情況對照表	本院卷1	599-601
乙證40	監造單位提送監造計畫函文影本	本院卷1	606
乙證41	被告核定監造計畫函文影本	本院卷1	607
乙證42	施工日誌(105.2.22-105.3.7)	本院卷1	612-626
乙證43	契約植栽施工說明	本院卷1	627-628

（續上頁）

乙證44	植栽養護照片	本院卷1	633-638
乙證45	被告通知原告限期履行保固責任函影本(108.5.27埤鄉建字第1080006948號函)	本院卷1	655-657
丁證1	土石標售契約書	訴願卷1	31-32
丁證2	標單	訴願卷1	33
丁證3	施工要徑圖	訴願卷1	34
丁證4	被告通知原告於105.7.22復工(105.7.21埤鄉建字第1050009512號函)	訴願卷1	35-36
丁證5	原告函請被	訴願卷1	41

（續上頁）

	告變更不銹鋼材料		
丁證6	被告函原告說明工程材料不鏽鋼規範引用舊有規範	訴願卷1	42-43
丁證7	被告通知原告不鏽鋼規範問題不影響施工期程(105.9.30埤鄉建字第0000000000號函)	訴願卷1	45-46
丁證8	工程契約第8條	訴願卷1	47
丁證9	工程結算總表	訴願卷1	48-51
丁證10	議價紀錄	訴願卷1	52
丁證11	原告函送工	訴願卷1	55-56

（續上頁）

	程報告書及竣工圖		
丁證12	工程結算驗收證明書	訴願卷1	57-58
丁證13	原告函送工程養護紀錄照片	訴願卷1	59
丁證14	金鼎顧問有限公司函原告植栽養護查驗	訴願卷1	60
丁證15	被告通知原告第1期植栽養護查驗不合格(106.10.23埤鄉建字第1050014245號函)	訴願卷1	61-62
丁證16	原告函送工程養護紀錄照片-第2次	訴願卷1	63-72

(續上頁)

丁證17	勞務採購契約	訴願卷1	74
丁證18	養護期間除草照片	訴願卷1	75-76
丁證19	原告通知被告進場土石方夾帶大量垃圾函	訴願卷1	77
丁證20	被告通知原告植栽養護不合格(106.12.20埤鄉建字第1060016695號函)	訴願卷1	80
丁證21	工程保固切結書	訴願卷1	81
丁證22	原告函請被告同意由專業團體鑑定	訴願卷1	82

（續上頁）

丁證23	系爭工程照片1	訴願卷1	85-90
丁證24	工程聯絡單	訴願卷1	91
丁證25	原告函請被告支付維修費5800元	訴願卷1	92-97
丁證26	原告檢送被告修補後照片	訴願卷1	98-109
丁證27	原告補申訴意見及附件	訴願卷1	182-189
丁證28	原告函土木技師公會鑑定報告異議明細	訴願卷1	200-201
丁證29	工程施工查核改善對策及結果表	訴願卷1	202
丁證30	工程相關照片	訴願卷1	260-266

（續上頁）

丁證31	原告通知被告復工時間將延後至7月25日(105.7.21中台字第105270224號函)	訴願卷1	354
丁證32	被告函復原告依期復工(105.7.29埤鄉建字第0000000000號函)	訴願卷1	355
丁證33	被告通知原告委託公正第三人就深櫻花生長不佳部分鑑定(108.5.28埤鄉建字第0000000000號函)	訴願卷1	356
丁證34	社團法人中	訴願卷1	357-376

（續上頁）

	華民國人力安全衛生協會鑑定報告		
捕陳證(五)5	設施損壞尚未完成改善照片(108.7.12、15)	本院卷2	107-111
補陳證(三)1	工程契約第8條第7款規定	本院卷2	15-16
補陳證(三)2	被告通知原告復工函影本	本院卷2	20-21
補陳證(三)3	被告通知原告委託第3人進行山櫻花生長不佳鑑定工作函影本	本院卷2	22-28
補陳證(三)4	被告108.5.27暨108.6.10同意設施	本院卷2	29-32

（續上頁）

	修復展延函影本		
補陳證(三)5	設施損壞尚未改善照片	本院卷2	33-36
補陳證(三)6	契約圖說L3-7	本院卷2	37
補陳證(三)7	契約圖說L3-9	本院卷2	38-39
補陳證(四)4	被告通知原告限期履行保固責任函影本	本院卷2	103-105