臺北高等行政法院判決

108年度訴字第1125號

）FKT64W1Z1X5L0;@109年4月30日辯

原　　告　寶騰營造有限公司
代　表　人　呂晟懋（董事）
訴訟代理人　林秀蓉　律師
被　　告　經濟部水利署第十河川局
代　表　人　曾鈞敏（局長）
訴訟代理人　楊政雄　律師
複 代理 人　陳美華　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4月19日訴0000000號申訴審議判斷，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：

（一）本件訴訟進行中，原告代表人由張洪淼變更為呂晟懋，並具狀聲明承受訴訟，應予准許。

（二）行政訴訟法第111條第1項、第2項規定：「（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。」查原告起訴時，訴之聲明求為判決「申訴審議判斷、異議處理結果及原處分均撤銷。」嗣原告於訴狀向被告送達後，因原處分已依政府採購法（下稱「政採

法」）第102條第3項規定，將原告名稱及相關情形刊登政府採購公報，至民國108年8月16日業已執行完畢，而無回復原狀可能（見本院卷第427頁），故其變更訴之聲明為「確認原處分為違法」，被告雖表明其不同意訴之變更（本院卷第481頁），但此等撤銷訴訟依法起訴後，原處分才執行完畢而無回復原狀可能者，應有即受確認判決之法律上利益，參酌行政訴訟法第196條第2項規定，原告訴之變更，應予准許，合先敘明。

貳、實體方面：

一、爭訟概要：

被告於107年2月27日公告辦理「107年度新店溪中安橋至安坑橋段疏濬工程（下稱「系爭工程」）併辦土石標售」（下稱「系爭採購案」）之公開招標，同年3月13日開標並決標予原告，雙方於107年3月23日及4月2日分別簽訂系爭採購案之工程契約（下稱「系爭工程契約」）及土石標售契約書（下稱「系爭土石標售契約」），契約金額分別為新臺幣（下同）1,078萬元及3,400萬元。系爭工程之開工日為107年4月2日，預定竣工日即工程履約期限為同年11月27日。之後原告因認開挖土石方多屬列管廢土，非屬有價料，拒絕繼續進行疏濬工程，遭被告以原告系爭工程進度落後逾20%已持續1個月以上且未有實質趕工之作為，構成政採法第101條第1項第10款事由，而以107年12月3日水十管字第10702077340號函（下稱「原處分」），通知原告該當政採法第101條第1項第10款規定之情事，將依同法第102條第3項規定，將原告名稱及相關情形刊登政府採購公報。原告不服，向被告提出異議，經被告以107年12月27日水十管字第10750129900號函異議處理結果（下稱「異議處理結果」）維持原處分。原告

仍不服，提起申訴，案經行政院公共工程委員會（下稱「工程會」）以108年4月19日訴0000000號申訴審議判斷（下稱「申訴審議判斷」）駁回申訴。原告對原處分猶有不服，於是提起本件行政訴訟，惟原處分業於108年5月16日刊登至政府採購公報，其停權規制效力至起訴後之108年8月16日執行完畢而無回復原狀可能。

二、原告主張要旨及聲明：

（一）廠商是否有政採法第101條第1項第10款事由，應由被告負客觀舉證責任。本件系爭採購契約，經被告估算疏濬後可再利用而標售予得標廠商之土方數量為40萬公噸，且內政部營建署營建剩餘土石方處理方案規定，工程主辦機關有責任估算可再利用物料處理之成本及價值，列入競標之工程項目，並明定於預算及納入工程契約書。原告等投標廠商，雖曾至現場勘查，但現場是河川高灘地之管制區域，未經允許無法進入，更無從實地試挖或鑽探採樣，只能遠處目測並信賴主辦機關對疏濬土石有價料數量及價值的估算。又系爭工程，因疏濬（標售）河川土石數量之不確定，原告於得標後與被告所簽訂之契約，關於履約工程內容，開宗明義於系爭工程契約第2條關於履約內容即定明：「……詳細價目表所列數量為估計數，不應視為廠商完成履約所需供應或施作之實際數量，工程結算金額按照機關核准之工程書圖及實做工程數量計算之。」第3條關於契約價金給付，也約明依實際施作或供應之項目及數量結算，實作數量較契約所定數量達30％增減時，可變更合理調整實作數量部分以計算契約價金。另系爭土石標售契約第1條也稱標售之土石指併辦工程標廠商依工程契約圖說作業產生之土石；同契約第11條第4項也約定非可歸責於廠

商事由致無法完成履約數量時，得依實際作業數量辦理結算；同條第5項約明招標文件如另有提供廠商估價基準或計價條件資料，而與實際不符時，得依實際辦理調整。是故，系爭採購案投標須知固然規定土石標售數量以工程作業圖說為準，契約約定效力應優先於投標須知，仍應視實際可施作數量調整。原告施工期間全面試挖後發現，現場幾乎都屬列管廢土，能轉售再利用之有價料數量僅16萬公噸，與原估算數量差距高達60%，此風險遠逾越當事人訂約時所認知，導致原告無法繼續以有價料土石標售方式繼續履約，期間原告也多次於107年8月27日、11月12日、12月20日發函向被告反應，契約也約定應依實際可施作數量計價，並應適用情事變更原則之公平理念，調整履約期限，被告自己未依債務本旨為完全給付，卻反認可歸責於原告而延誤履約期限，將實際地質與原工程估算書圖不符的風險全歸由原告承擔，以原處分將原告刊登政府採購公報停權，顯失公平。

（二）至於原告向被告提出異議後，之所以未會同第三方前往現場鑑定土石狀況，是申請鑑定費用過高，原告無法負擔，才未於約定會勘日期到場。況就原告可施作之有價料土石數量而言，於107年10月間即已完成100%，即所開挖之土石方16萬公噸，沒有逾越履約期限之情形，被告之後也就實際施作數量辦理結算驗收金額484萬8,900元，並載明履約逾期總天數為0天、應計違約金天數亦為0天。顯見原告並無履約逾期問題。

（三）聲明：確認原處分為違法。

三、被告答辯要旨及聲明：

（一）原告自107年10月2日起即有進度落後20.07%之情事，累

積到同年月8日已落後23.57%，被告於同年11月5日發文請原告於同年月8日改善，該文於107年11月5日即已送達原告，但自107年10月8日至同年11月27日止，原告均無實質履約作為，可證原告符合行為時政採法施行細則第111條第2項第1款情形，足以認定該當政採法第101條第1項第10款之延誤履約期限情節重大。

（二）原告雖主張是因被告無法依土石標售契約債務本旨提供原告有價料之開挖，才致工程無法繼續履約，且雙方結算並未有延誤履約情事等語。但：

1.判斷原告是否有政採法第101條第1項第10款之延誤履約期限，是依系爭採購案之採購須知及系爭工程契約，依系爭工程契約約定，不論疏濬地點土石是否屬有價料，原告均有義務疏濬完畢；且依投標須知規定，廠商於投標前應詳閱招標文件，參照土石標售範圍圖說自行前往勘查，詳細研判土石分布，如有疑問，得在招標文件規定之期限前以書面向機關請求釋疑，且應依作業圖說設計斷面概括承受，得標後不得以任何理由要求變更或減價。原告投標前並未請求釋疑，得標簽約後自應受投標須知之拘束。況原告若對現場土方有爭議，應循系爭工程契約第21條爭議處理程序處理，雙方於107年9月10日施工檢討會議協調也有結論，請原告洽詢第三公證單位鑑定，由被告會同取樣，並非可由原告單方自行認定，但原告並未依其申請鑑定之新北市土木技師公會指定日期到場會勘鑑定，其主張現場有價料數量僅16公噸，與原估算數量差距過高，應調整施作數量及履約期限，均難認屬真實。

2.本件是因原告違約而經被告提前中止契約，依系爭工程契約約定，即使原告違約而提前終止契約，也應就已施作完

成部分辦理結算驗收，系爭工程之履約期限（預定竣工日期）仍為107年12月7日，被告於預定履約期限前，即於107年12月3日提前通知終止契約，且驗收證明上「違約金天數」是在規範「逾期竣工」情形，不適用於「提前終止」情形，故在結算時，就履約逾期天數、違約金天數均記載為0天，原告不能據此按實際施工辦理結算情節，反稱其就系爭疏濬工程並無遲延。

（三）聲明：原告之訴駁回。

四、前提事實：

如爭訟概要欄所載之事實，有系爭採購案公開招標公告（見本院卷第227-231頁）、開決標紀錄（見同卷第55頁）、決標公告（見同卷第219-225頁）、系爭工程契約（見同卷第113-175頁）、系爭土石標售契約書（見同卷第35-53頁）、原處分（見同卷第21-22頁）、原告異議函（見同卷第65頁）、異議處理結果（見同卷第75-77頁）、原告申訴書（見審議可閱覽卷第18-20頁）、申訴審議判斷（見本院卷第25-33頁）、拒絕往來廠商刊登資料（見同卷第427頁）等附卷可供查證屬實。

五、爭點：

（一）原告是否因可歸責於己之事由，而延誤履行系爭契約期限？

（二）如一為肯定，則原告延誤履約期限之情形，是否已達情節重大之程度？

六、本院的判斷：

（一）應適用的法令及法理的說明：

1.行為時政採法第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。」第2條規定：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」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、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：……十、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。……」第102條規定：「（第1項）廠商對於機關依前條所為之通知，認為違反本法或不實者，得於接獲通知之次日起20日內，以書面向該機關提出異議。（第2項）廠商對前項異議之處理結果不服，或機關逾收受異議之次日起15日內不為處理者，無論該案件是否逾公告金額，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起15日內，以書面向該管採購申訴審議委員會申訴。（第3項）機關依前條通知廠商後，廠商未於規定期限內提出異議或申訴，或經提出申訴結果不予受理或審議結果指明不違反本法或並無不實者，機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報。（第4項）第1項及第2項關於異議及申訴之處理，準用第6章之規定。」108年5月22日修正公布，自同年月24日起施行之第103條第1項第3款前段、第3項則規定：「（第1項）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：……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……。（第3項）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。」上開自108年5月24日起修正施行之政採法第103條第3項規定，就修正施行

前已通知刊登政府採購公報並停權處分而尚未確定者，就其停權之期間，適用修正後之規定，是就停權處分規制效力未終止前，關於停權規制效力之存續，改依新修正之政採法第103條第1項規定而定，屬停權法律關係存續期間發生法律規範變動而逕自適用新法之情形，屬法律事實之回溯連結，並非新法規之溯及適用，無涉禁止法律溯及既往原則（司法院釋字第620、717、781至783號解釋理由參照），合先敘明。

2.綜合前述規定可知，政府採購乃國家機關為滿足公共任務所必須之物質或人力需要，而進行工程定作、財物買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等採購交易之行政輔助行為。此等國家機關從事私法形式交易之國庫行為，本於民主法治國原則，國家行為應受憲法基本權利之直接拘束，縱使國家係以國庫地位從事之政府採購，亦有別於純私人之採購交易，僅受公平交易法等維護自由公平市場競爭秩序之規範，在憲法第7條平等權之直接羈束下，關於採購交易對象之擇定，即不容恣意、不合理之差別待遇，且政府採購既以國家財務預算為其支出之本，採購品質良窳亦關乎國家任務之表現，政府採購之程序與採購事務之履行，即應講求效能與品質管理，避免國家財政資源浪費或採購品質影響國家任務之遂行。故為建立公平、公開之政府採購程序，並以健全之履約管理、驗收，及有效制裁不法之罰則機制，提升採購效率與功能，確保採購品質，立法機關才特制定政採法（同法第1條立法目的參照）。其中，廠商有行為時政採法第101條第1項各款所列情形者，依該條項規定，採購機關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，且依同法第10

2條第3項規定，機關通知廠商後，廠商未於規定期限內提出異議或申訴，或經提出申訴結果不予受理或申訴審議結果指明不違反政府採購法或並無不實者，機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報，並依同法第103條第1項規定，發生一定期間內不得參加投標或作為決標對象或分包廠商之停權效果。就行為時政採法第101條第1項此等附帶不利法律效果之行政處分，其中第1款至第12款及第14款等事由，均以確認廠商有此等違反行政法上義務之違法行為，並予通知將刊登政府採購公報而依法發生停權效果之裁罰性行政處分，固屬行政罰（最高行政法院前101年度6月份第1次庭長法官聯席會議決議參照）。但此行政罰之制裁，連同同條項第13款破產程序中之廠商也應通知並刊登政府採購公報，既均足發生同法第103條第1項之停權效果等，即除制裁當事廠商以資警惕外，亦寓有藉刊登公報發生之停權效果，排除違法不良廠商或顯無履約能力之廠商，在一定期間繼續參與政府採購之意旨，以達成維護採購效能、確保採購品質之立法目的。因此，關於行為時政採法第101條第1項各該構成行政處罰要件事由之解釋，即應參酌此等立法目的，在處罰法定原則羈束下，即政採法規範對象事前可預見之行為準則範圍內，為適當之合目的性解釋。

3.機關辦理採購，發現廠商有因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者，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。此為行為時政採法第101條第1項第10款所定明。而關於廠商參與政府採購，因可歸責於己之事由，致延誤履約期限，是否屬情節重大，政採法雖未予定明，行為時施行細則第111條

對之則有進一步具體化闡釋性規定，作為此不確定法律概念之判斷準則，該條規定第1項、第2項第1款規定：「（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十以上；於其他採購，指履約進度落後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，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。」經核上開施行細則之規定，既有母法即政採法之授權，且此乃就不確定法律概念之判斷，為細節、技術性之規範，該判斷基準與履約延誤本屬遲延履行契約義務而違反誠實信用原則之行為，遲延越久、落後原定履約進度比例越大，不僅對招標機關採購契約權益侵害越大，也越傷害整體採購制度之效率、品質與功能，在此遲延可歸責履約廠商之情形下，將此廠商不良履約行跡藉由刊登政府採購公報警示予其他政府機關，對前述政採法第1條規定立法目的之達成，自有助益。故此施行細則關於情節重大之判斷準則規定，與母法政採法第101條第1項第10款規範意旨甚為相符，不論就法律保留原則或法律優越原則而言，均無所違背，當得為執法機關所適用。再者，政採法第101條第1項第10款、第102條、第103條等規定，有關通知廠商刊登政府採購公報，發生停權效果之處分，既屬行政罰而應嚴守處罰法定原則，且有藉停權處分排除不良廠

商一定期間繼續參與政府採購的意旨，以維護採購效能、確保採購品質，則政採法第101條第1項第10款所謂「機關辦理採購，發現……因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限」，當指廠商因可歸責於己之事由，延誤政府採購契約，即延誤工程定作、財物買受、定製、承租或勞務之委任或僱傭等契約（見前述政採法第2條對「採購」之定義）之履約期限而言。

（二）本件系爭疏濬工程之採購，因可歸責於原告之事由，而延誤履約期限且情節重大：

1.綜合卷附該兩份契約（見本院卷第113-175、35-53頁）、招標公告（見同卷第227-231頁）及系爭採購案之投標須知等招標文件（見同卷第237-289頁）可知：

(1)系爭採購案是藉由採購投標廠商在新店溪中安橋至安坑橋段河道（下稱「系爭河道」）從事淤積河道土石開挖、清運之工程勞務，以達疏濬該段河道之公共目的。因此，被告政府機關所採購者，是得標廠商即原告將系爭河道土石開挖、清運之疏濬工程勞務。至於該採購案併辦土石標售事宜，則是將上開河段內原屬公產之土石，作價售予得標廠商，供其任意處分。系爭採購案將系爭河道疏濬工程之勞務採購，與工程開挖後所應清運土石之販售，兩者合併辦理，參考系爭採購案招標文件所檢附「經濟部水利署辦理工程標與土石標售標採共同投標之開決標作業注意事項」第3點有關「決標原則」之規定，乃以工程標標價減土石標售標價其差值最小或土石標售標價減工程標標價其差值最大者得標為原則（見本院卷第287頁），當可推知其用意，一方面藉由兩事項之合併辦理，以單一得標廠商作為兩筆交易之交易相對

人，簡化其程序，方便交易金額之結算，另方面更透過上開決標原則，使機關得以在支付工程費與獲取標售土石報償兩者間，選擇能使交易獲益極大化之廠商作為交易對象，提升整體採購之效率。然而，單純就土石標售部分而言，被告政府機關仍只是出賣原屬公產之土石，並未採購財物，買受土石之得標廠商即原告，才是單純標售土石交易之採購人，故此部分交易與政府採購事項有間，廠商是否有延誤履約期限之情事，應由系爭採購案被告採購原告疏濬工程之勞務在履行上是否有延誤為判斷，並非由被告標售土石是否有未依債之本旨提出土石為判斷。

(2)系爭土石標售契約第1條定明：「本契約所稱標售之土石係指與本契約併辦之工程標廠商依據工程契約圖說作業產生之土石」（見本院卷第37頁），亦即被告依土石標售契約債之本旨所應提出供標售之給付標的，是以併辦疏濬工程（即系爭採購事項）之得標廠商即原告依工程契約作業產生之土石為其範圍。除此之外，系爭土石標售契約並未約定被告所販售之土石，須以內政部營建署「營建剩餘土石方處理方案」規定而得轉售或其他有償方式處理之再利用物料者為限。土石屬於「有價料」與否，實際上只涉及投標廠商得否再以清運之土石另作其他有償交易而進一步賺取利潤的經濟計算，因此或可能影響廠商投標之意願與所投標價之決定，但參酌招標文件中所檢附「經濟部水利署暨所屬機關辦理（河道治理、河道疏濬、水庫疏濬）土石標售投標須知及附件」（下稱「系爭投標須知」）第2點，已規定：「本標案不舉行工地說明，投標廠商應詳細閱覽招標文件，參照

土石標售範圍作業圖說自行前往勘查，詳細研判土石分布，如有疑問，得在招標文件規定之期限前以書面向機關請求釋疑。土石標售數量以作業圖說為準，倘因天然或人為因素產生變化，除契約書或補充說明書另有規定外，廠商應依作業圖說設計斷面概括承受，得標後廠商不得以任何理由要求變更或減價。」等語（見同卷第267頁），另政採法第41條第1項也定明：「廠商對招標文件內容有疑義者，應於招標文件規定之日期前，以書面向招標機關請求釋疑。」換言之，原告作為投標廠商，若對系爭採購案所販售土石，亦即其將來得標後所應開挖、清運之土方，是否符合「有價料」標準得供其買受後另謀營利，並足以影響其投標意願與內容之決定者，自應於招標文件規定之期限前，以書面向被告請求釋疑。尤其如原告所述，系爭工程施工範圍在系爭河道區段內，若屬高灘地難以實地估量其開挖、清運與買受後，轉為有償交易之價值，此若屬足以影響其投標決定與交易風險之重大因素，更應依上述系爭投標須知第2點與政採法第41條第1項規定，於招標階段即請招標機關即被告釋疑，以便其合理分配參與投標交易之風險，決定是否與如何投標。投標廠商捨此不為，事後得標實際履約才以採購標的不符合其交易合理風險計算，進而拒絕履約者，自屬可歸責於廠商事由而違約（最高行政法院95年度判字第1410號判決採類同見解，認廠商關於採購標的測試標準有疑問，應依政採法第41條第1項規定，向招標機關請求釋疑，否則事後以採購標的標準不合理而違約，即屬可歸責於投標廠商）。況且，系爭土石標售契約第11條「計價標準與數量調整」第1項更約定：

「土石標售之區段範圍及高程，以工程契約圖說規定為準。開工前，雙方應會同檢測核算圖說數量，並依檢算數量調整契約數量。」易言之，系爭採購案所標售者，亦即得標廠商原告所應開挖、清運之土石區段與數量範圍，在實際開工以前，也賦予原告會同被告檢測並得調整契約數量範圍之機會。本件原告在招標階段未於招標文件規定期限內請被告就土石是否均屬「有價料」為相關釋疑，又未於開工前會同被告檢測調整應履行數量者，自仍應以系爭工程契約所定應開挖、清運之土方數量為準，土石「有價料」與否，不得成為原告拒絕履約之正當理由。

(3)至於系爭土石標售契約第11條第4項、第5項固約定：「……（第4項）因不可抗力或非屬砂石物價波動之非可歸責於廠商之事由，致無法完成履約數量時，得依實際作業數量辦理結算。（第5項）招標文件如另有提供廠商估價基準或計價條件資料，而與實際不符時，得依實際辦理調整。」但：

A.得按該條第4項規定依實際作業數量辦理結算者，仍須以廠商無法完成履約數量，是因不可抗力或非可歸責於廠商事由所致。倘若廠商未在招標期間，依政採法第41條第1項、系爭投標須知第2點規定，就其應履約土石是否以「有價料」為限請求被告釋疑變更，也未在開工前，依系爭土石標售契約第11條第1項約定，會同被告檢測核算而調整者，如前所述，原告嗣後以土石非屬「有價料」為由拒絕履約，仍屬可歸責於廠商之事由而違約，亦無從適用系爭土石標售契約第11條第4項約定。

B.系爭採購案得標廠商應施作之土石範圍與數量，既不以「有價料」者為限，關於招標文件所列應施作土石範圍或數量是否與實際狀況相符，自與土石「有價料」與否無關。至於上列系爭土石標售契約第11條第5項約定之適用情形，當指依契約圖說應於系爭河道完成開挖、清運之淤積土方，在該工區內工作完成已無淤積土方可供開挖清運後，已開挖、清運之數量，卻與契約圖說所定之土方數量不符的情形。此由系爭土石標售契約第14條「查驗、檢核」第2項約定：「當工程標經查驗依契約圖說完成開挖或填方作業，而工區內亦無剩餘土石方或無土石方需求時，依所結算之土石載運數量為準，辦理書面驗收……驗收合格後，辦理第4期履約保障金退還手續」等語，即可得證明。

C.綜上，原告以系爭土石標售契約第11條第4項、第5項約定，指稱系爭採購案應履行之土石數量應以「有價料」為限，實際狀況「有價料」不足即有失公平而應調整契約數量等語，容有所誤，並不可採。

(4)關於原告依系爭工程在工程標部分所應該疏濬開挖、清運之土石，參照前開說明，應是系爭河道有待疏濬之淤積土石。具體而言，參照系爭工程契約第2條「履約標的及地點」第1項「履約內容」第2款關於「工程主要內容」約定：「由機關於招標時載明，無填者如詳細價目表」（見同卷第117頁）。而被告於系爭採購案招標文件中所載明事項，首先由招標公告之系爭採購名稱，即可知工程主要內容是如前述，系爭河道有待疏濬之土石，次於該公告「附加說明」欄又載明：「本工程販售土

石40萬公噸，販售底價新臺幣1,760萬元」等語（見同卷第227、229頁）。且原告於投標時所提參與系爭工程標之詳細價目表中（見同卷第179頁），則列明「施工費」、「雜項工程費」、「工程告示牌」、「土木設施及零星設施維護費」、「管制站設備租用及維護管理費」、「地磅主體設施、租用及維護管理費，不含土木設施」、「洗車設備施設維護管理費」等項目，合計金額即系爭工程契約採購原告疏濬工程勞務總金額1,078萬元（見本院卷第177頁所附原告投工程標時提供之計價總表），其中得以顯現系爭工程契約主要工程項目的「施工費」部分，就記載工作項目是數量40萬公噸的「土方工作，挖方」（並含運搬、裝車及加減料），被告應支付之工程費單價以每公噸15.68元計算，共計627萬2,000元等情明確；另原告於系爭土石標售契約投標所提向被告採購系爭土石之詳細價目表（見同卷第477頁），其上土石標售費，也以40萬公噸計算，單價為85元，共計3,400萬元。綜言之，原告依系爭工程契約在系爭河道區段所應開挖、搬運之土石，亦即被告應提供販售予原告買受之土石，就是以40萬公噸計量的土石方。

(5)至於系爭工程契約第2條第1項第1款後段雖約定「……詳細價目表所列數量為估計數，不應視為廠商完成履約所須供應或施作之實際數量」等語，第4條關於「契約價金之調整」第2項雖也約定：「……契約所附供廠商投標用之工程數量清單，其數量為估計數，除另有規定者外，不應視為廠商完成履約所須供應或施作之實際數量。」等語（見本院卷第117、119頁）。然而，參照前開說明，所謂詳細價目表所列數量僅為估計數性質，亦

即廠商完成履約所須施作之實際土石數量，在應施作土石不以「有價料」為限之前提下，應指依契約圖說應於系爭河道完成開挖、清運之淤積土方，在該工區內工作完成已無淤積土方可供開挖清運，且已開挖、清運數量，卻與契約圖說所定40萬公噸土方數量不符，而得依系爭土石標售契約第14條第2項約定，以實際載運土石數量辦理驗收結算，並得退還履約保證金的情形，此與土石是否符合「有價料」標準，兩者間並無關連。同理，系爭工程契約第3條關於「契約價金之給付」第1項、第3項固約定：「（第1項）除契約另有規定外，依實際施作或供應之項目及數量結算，以契約中所列履約標的項目及單價，依完成履約實際供應之項目及數量給付。若有相關項目如廠商管理什費另列一式計價者，應依比例增減之。但契約已訂明不適用比例增減條件，或其性質與比例增減無關者，不在此限。……（第3項）工程之個別項目實作數量較契約所定數量減少達30%以上時，且原契約數量依契約單價計算之複價逾契約總價5%以上者，依原契約單價計算契約價金顯不合理者，經廠商申請者，機關得就顯不合理之部分以契約變更合理調整實作數量部分之契約單價及計算契約價金。」等語，所謂實作數量與契約所定數量之差異與調整，也應指系爭河道區段可供清淤之土石數量與契約預定有異者，與土石是否屬市場上有交易價值之「有價料」無關。原告另以系爭工程契約第2條第1項第1款後段、第3條第1項、第3項、第4條第2項等約定，主張系爭採購案原告所應施作土石範圍以「有價料」為限等語，也不可採。

2.承上所述，以系爭採購案被告採購河道清淤工程勞務而言

，原告依約應施作的工程勞務，應以系爭河道淤積有待清運，並預以40萬公噸計算之土石方數量為範圍，且與該等土石方是否屬「有價料」者無關。然而，就此等原告依約應履行之勞務而言：

(1)系爭採購案之工程開工日為107年4月2日，預定竣工日即工程履約期限為同年11月27日，但原告自107年10月2日起，其實際施工進度即落後預定履約進度達20%以上，累積至107年10月8日落後進度已達23.57%，有原告所填公共工程施工日誌（見申訴可閱覽卷，下稱「申訴卷」第53-66頁）及被告監造報表（見同卷第67-80頁）存卷可供稽核比對可證。另參酌卷附系爭工程現場過磅站自動上傳於「水利署疏濬管理系統」之疏濬清運資料顯示（見同卷第81-83頁），原告自107年10月8日以後至契約預定履約期限107年11月27日為止，其間均未再有實質清運土石方之作為，亦無車輛車次紀錄。由此可證，原告自107年10月8日起，因未再為任何清淤工程之施作，其實際施作進度停留在107年10月8日所記載之39.26%，直至預定履約期限（預定進度100%）為止，落後預定履約進度之差異逐漸擴大，遠超過20%以上，且落後日數超過10日以上。

(2)依卷附原處分顯示（見本院卷第21-22頁），被告於107年12月3日發函之原處分中，除依政採法第101條第1項第10款規定，通知原告有該款規定情事，並將依同法第102條第3項規定刊登政府採購公報外，其說明欄第3點並向原告表明依約終止系爭工程契約，且不發還剩餘履約保證金，請原告於同年月8日前自工區撤場之意旨。另參在卷被告與原告就系爭工程結算驗收證明上，「工

程主要工項內容及實作數量」欄之記載：「疏濬標售土方40萬（公）噸　實際完成16萬（公）噸Ｖ」，可見本件系爭工程最終未由原告履約竣工，而有前述延誤履約期限之情事。

(3)另查被告於107年10月29日與原告召開系爭採購案施工檢討會議時，已當場作成會議結論，向原告表示系爭工程進度落後，自107年10月2日起，進度落後已達20%以上，並依政採法施行細則第111條規定，通知原告於107年11月8日前改善延誤履約期限之情事，有當次檢討會之會議紀錄及出席人員簽名冊在卷可查（見申訴卷第29-30頁），被告嗣於107年11月5日，除以水十管字第10702070630號函檢附上開施工檢討會之會議紀錄送達原告外（見申訴卷第28-30頁），更再以水十管字第10702070631號函（下稱「107年11月5日催告函」），又再次說明系爭工程自107年10月2日起進度落後20%以上，依政採法施行細則第111條規定，限期原告於107年11月8日前改善延誤履約期限情事（見同卷第31頁）。原告於107年11月12日發函回復被告107年11月5日催告函，指稱因現況土方材質不符有價料規定，正與被告協商，無法繼續依約執行之意旨（見同卷第32頁），可見原告確有收受被告107年11月5日催告函，但仍持續拒絕履約，參照前述原告自107年10月8日後未再進入現場施工，實際施工進度落後差距由23.57%持續擴大之說明，顯見被告於107年10月29日、11月5日通知原告限期改善延誤履約期限當時，原告未完成履約而進度落後已達20%以上，且原告經被告發函催告限期改善後，屆期仍未改善，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，均落後超過20%以上，且日數達10日以上，經核已合於政採法施行細則第111條第1項、第2項第1款所定，判斷政採法第101條第1項第10款所稱「延誤履約期限情節重大」之標準。

(4)至原告雖另檢附工程結算驗收證明書（見本院卷第537頁），以其上記載「實際竣工期限107年12月3日」、「履約逾期總天數0天」、「應計違約金天數0天」，並以實際施作數量結算工程款等情為由，主張系爭契約應施作數量就以其實際施作數量為準，並無延誤履約期限情事等語。然查系爭採購案即使因可歸責於原告，未能繼續履約完成者，被告仍得與原告就已實際施工清運部分進行驗收結算，此參系爭土石標售契約第14條第1項第2款及系爭工程契約第20條第3項約定即明（見本院卷第49、165頁）。至於履約逾期天數與違約金計算天數之記載，依系爭工程契約第17條第1項關於逾期違約金與逾期日數計算之約定，是以逾期竣工情形為違約金計付之約定，並不包含廠商遲延履約，在未竣工以前，就經被告提前終止系爭工程契約的情形（見同卷第155頁），此經被告陳明，且有系爭工程契約為本，亦為原告所不爭。就系爭採購案而言，被告因認可歸責於原告延誤履約期限，在未經原告竣工以前，即終止系爭工程契約，並按該契約第20條第3項約定辦理驗收結算，在結算驗收證明書上未記載計算違約金之履約逾期天數，是因系爭工程契約第17條第1項關於違約金特別約定所致，尚不能據以否定前述原告因可歸責於己而延誤契約履行期限的情事。簡言之，原告舉工程結算驗收證明，無從為

其有利之證明。

(5)參照前開說明，系爭採購工程標的應以系爭河道淤積有待清運，並預以40萬公噸計算之土石方數量為範圍，且與該等土方是否為有價料無關。原告於招標期間未申請被告釋疑施工土方是否以「有價料」為限，開工後也未會同被告檢測調整契約數量，嗣後履約才以土方不符「有價料」標準為由，拒絕履約者，應屬可歸責於得標廠商即原告而延誤履約期限無誤。尤其原告在履約階段即使就履約範圍有所爭議，依系爭工程契約第21條也訂有爭議處理程序（見本院卷第167-169頁），原告自承並未遵循該程序處理履約爭議，僅與被告召開協調會反映其爭議（見同卷第483頁），而審諸卷內雙方於107年9月10日召開之系爭工程施工檢討會會議紀錄（見申訴卷第42-43頁），固顯示原告有在會中反映現場土石多屬無法再利用廢土，但雙方會商達成之共識，則是建議原告洽詢第三方公證單位鑑定，由被告會同取樣，再行認定。然而，原告卻自承其因鑑定費用過高，未再洽所委請鑑定單位即新北市土木技師公會到場會勘鑑定（見本院卷第482頁），則其單方自認現場土方有不合「有價料」之履約標準情事，逕而拒絕履約，更堪認定屬可歸責於原告事由而延誤履約期限無誤。

七、綜上說明，原告各主張，經本院審酌後均不可採。被告以原告有行為時政採法第101條第1項第10款之情事，以原處分通知將刊登政府採購公報，不論認定事實或適用法律，都無違誤，原告仍執前面說詞，訴請確認原處分為違法，為無理由，應予駁回。而本件判決基礎已臻明確，兩造其餘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，一併說明。

八、判決結論：本件原告之訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　14　　日

臺北高等行政法院第五庭

審判長法　官　張　國　勳

法　官　楊　坤　樵

法　官　梁　哲　瑋

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示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（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
㈠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。

（續上頁）

㈡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㈠、㈡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㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　14　　日

書記官　林　苑　珍