高雄高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@108年度訴字第

民國108年10月22日辯論終結

原　　告　勝榮營造有限公司

代　表　人　盧清池

訴訟代理人　吳淑靜　律師

被　　告　交通部觀光局大鵬灣國家風景區管理處

代　表　人　陳煜川

訴訟代理人　周中臣　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2月1日訴字第1070288號申訴審議判斷，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、申訴審議判斷及原處分（含異議處理結果）均撤銷。

二、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

被告代表人原為許主龍，於本件訴訟審理中變更為陳煜川，據其新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

緣原告參與被告所辦理「大鵬灣濱灣公園亮點平台遮體工程」（下稱系爭工程）採購案，於民國106年10月24日經被告決標予原告，兩造於同年11月23日簽訂系爭工程採購契約，原告依被告之通知，於107年3月3日申報開工。嗣被告以原告未依其107年6月11日存證信函通知期限內提送相關送審資料及趕工計畫，爰以107年6月28日觀鵬工字第1070200726號

函知原告終止系爭採購契約，並於同年7月3日以觀鵬工字第1070200727號函知原告有行為時政府採購法第101條第1項第12款之情形，將刊登政府採購公報。原告不服，向被告提出異議，經被告以107年7月27日觀鵬工字第1070200840號函駁回其異議，原告仍不服，向行政院公共工程委員會提起申訴，亦經審議判斷駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

（一）主張要旨：

1、被告核定施工計畫書及施工預定進度網圖，通知原告開工後，卻不交付系爭工程用地，僅指示原告從事文書作業。然依施工預定進度網圖，原告於開工後，「假設工程」為應施作之第1個要徑工程，如第1個要徑工程無法施作，即無法逕行後續要徑工程。依詳細價目表所示，假設工程包含施作「施工圍籬，伸縮拉式大門」、「工程告示牌」、「施工警告標示」、「交通維持」、「臨時設施」、「資料送審文書及竣工圖製作費」等，亦即整體施工程序規劃圖3.2中之「施工及警告告示牌」，自須待被告交付工地後，原告始能進場搭設，此亦涉及工安問題。故被告未交付工地，致原告無法施作測量放樣、施工及警告告示牌，從而無法施作假設工程等要徑工程。被告107年6月15日觀鵬工字第1070200673號函稱：假設工程多數係為配合工程實際工進而持續辦理之工作，非屬施工要徑，亦與工區交付與否無涉云云，顯與被告核定之施工預定進度網圖及工程實務不符。

2、施工計畫書之整體施工程序規劃圖3.2中，部分文件送審固無需到現場測量放樣，如施工計畫書、品質計畫書、安全衛生管理計畫書等；然部分文件送審，則須待被告交付

工地予原告後，原告始得進場測量放樣，以製作相關文書送審，例如兩造主要爭議之空間桁架之結構計算書、各構件尺寸及施工詳圖：

(1)依施工計畫書第三章第三點（二）施工注意事項第1點，及依空間桁架之施工規範（圖說A8-01）第一項規定，原告提出空間桁架之結構計算書、各構件尺寸及施工詳圖等文書送審前，必須先行至現場測量。被告未交付工地，原告自難以進場測量，致無法提出正確的空間桁架之結構計算書、各構件尺寸及施工詳圖等文書送審。

(2)被告雖稱原告早於107年4月3日、107年4月24日提出空間桁架之結構計算書（含各構件尺寸及施工詳圖）送審資料，可見資料送審與工地交付無關，且有證人廖士鋒證述依原設計圖說就可以先計算結構計算書、空間桁架桿件及鋼球節點編號之製作及送審，不用到現場放樣云云。

A.原告於107年4月3日、同年月24日提出空間桁架之結構計算書送審，係參酌原設計圖說，並商請空間桁架之協力廠商幫忙提供之3D檔案含桿件及鋼球節點編號資料，以電腦模擬之方式得出結構計算數據及尺寸，並非依據現場放樣測量後所得出來之資料，此觀原告提出送審之空間桁架結構計算書記載甚明。故原告提出之結構計算書及尺寸大小必然與現場實際之狀況不符。

B.依空間桁架之結構計算書記載，有關螺栓之結構計算，須以螺栓之座標為基準加以計算，而螺栓座標、有無位移，與空間桁架之結構計算書正確性息息相關，原告自須至現場測量始能得知。否則為何被告除提供園泰營造股份有限公司（下稱園泰公司）預埋螺栓放樣成果圖予原告外，同時要求原告於施作前必須先行進行放樣複測點位，俾利提

高後續空間桁架安裝精度。

C.工程實務上，一般設計者繪製設計圖，須由結構技師就設計圖之尺寸做結構計算之簽證，施工者則必須另行繪製施工圖，再由結構技師就施工圖之尺寸做結構計算。因此，設計者與施工者均有各自的結構計算書，有證人廖士鋒證述：「我們會委託原設計的結構技師去審查」等語為憑，可見設計者之設計圖尚須由結構技師作結構計算之簽證，以確保其設計之結構安全無虞。故證人廖士鋒所稱無需到現場測量放樣即可製作結構計算書，顯係基於設計者之角度，與施工者之立場不同。至圖說A3-03所謂供參考之相關資料，除依圖說A3-03第3點所示，設計單位應提供「3D檔案含桿件及鋼球節點編號」供廠商核對結構計算書資料外，尚包含施工計畫書之施工注意事項所載之「須先放樣取得基礎之測量資料」，及圖說A8-01空間桁架施工規範「一、工程說明及需求：實際尺寸以工地現場丈量為準。」等資料，非如證人廖士鋒所稱原告只須依設計圖及3D檔案含桿件及鋼球節點編號，即可製作結構計算書。否則，原設計單位於繪製設計圖時，早已先經結構技師簽證其結構計算書，何必要求廠商另行再製作結構計算書，足見證人廖士鋒上開所證，顯不合理。又系爭工程重新發包後，證人廖士鋒現仍擔任被告現場監造人員，故其立場難免有偏頗之虞，其證述不可盡信。

D.另螺栓之施工實際上會產生位移，角度、方位和弧度都會產生變化，若未進去放樣測量，將有如何訂料等問題。依圖說A8-01空間桁架之施工規範第一點、第四點，可知原告須先行至現場放樣測量，取得現場正確尺寸，才能正確製作空間桁架構件、備料，非如證人廖士鋒所稱可依原設

計圖說先行備料，再到現場調整、修正。證人廖士鋒所述與空間桁架之施工規範不符，亦與施工計畫書之施工注意事項：「鋼棚架（即空間桁架）基礎不屬於本工程範圍內，故須先放樣取得基礎之測量資料，回饋鋼棚架製造商，以利製作基礎底鈑，再提送施工圖，檢討鋼棚架曲線、撓度，並於製造時將各單位編碼，以利工地安裝」不符，是在施工當中的檢測才去測量、放樣云云，顯不可信。況被告當庭自承：「如果是在誤差容許範圍內，那還是要丈量實際尺寸」，可見無論是否超過容許範圍，就空間桁架之各構件尺寸及施工詳圖均需到現場實際丈量尺寸，始得提出送審。

E.空間桁架構件於備料同時，須先經專門工廠施作熱浸鍍鋅，避免鋼鐵構件鏽蝕而影響結構安全，大鵬灣區海風鹽份甚高，防鏽更加重要。是原告於現場施工時，如須依現場尺寸加以修正、切割空間桁架之構件，遭切割之構件，則需重新運回工廠再次施作熱浸鍍鋅，否則恐遭鏽蝕，影響結構安全，將影響施工進度。何況，證人廖士鋒坦承：「（如果我們已經先提出結構計算書等資料，但廠商再去現場丈量時又發現偏移很多，那已經超出容許範圍了，那這種情形是不是需要再重新提出修正後的結構計算書跟各構件尺寸及施工詳圖，然後再重新送審？）對」如此將令原告浪費時間、人力、費用，修正資料重新送審，甚至重新備料，將嚴重影響工程進度，導致原告承擔逾期完工之風險，益徵證人廖士鋒證述不合情理。

F.依證人廖士鋒證稱：「（若原告可以根據已經完成的現況去做一個放樣測量，然後再來製作這些結構計算、編號圖等資料及備料，是不是會比較精準？而不是單純只是憑設

計圖去做單純的計算及節點編號圖，或甚至於備料，這樣是否會比較精準？對於將來施工備料和施工都會比較順利？）如果以剛剛法官說的，已經完成再來製作當然會對原告會比較有利」等語，可見原告於提出空間桁架結構計算書及各構件尺寸、施工詳圖送審及備料之前，須先行至現場測量放樣，始較符合工程慣例。且圖說A8-01既明確規範，原告於進行結構計算及製作各構件尺寸及施工詳圖前，應先行至現場丈量，原告豈能配合被告不交付工地，而任意變更施工順序，並自行承擔風險，顯不合理。

(3)園泰公司進行混凝土澆置施工時，會因振動而影響螺栓預埋精度，此由被告107年5月17日觀鵬工字第10702005502號函附件所示，澆置前、後所測得的螺栓座標，每點均與原設計不符等情可證，原告顯然無法逕依原設計螺栓位置及尺寸，提出空間桁架之結構計算書及施工詳圖送審。被告107年5月17日觀鵬工字第10702005502號函，並未表示園泰公司所測量之螺栓點位已經其複測並無問題，原告可逕行採用等語，原告自無從了解該測量點位是否正確及符合容許範圍，更不可能逕自據以製作空間桁架結構計算書及各構件尺寸、施工詳圖。且被告於該函亦要求原告於施作前必須要先行進行放樣複測確認點位，故原告有必要先行到現場放樣測量，確認螺栓點位為何，否則需自行承擔螺栓點位錯誤所生風險，益徵證人廖士鋒所述不合理。

(4)再依園泰公司107年5月7日公共工程監造報表，園泰公司於同年月7日進行基樁樁頭澆置後，雖就螺栓點位進行測量，並經被告於同年5月17日將預埋螺栓放樣成果圖函送予原告。然依園泰公司107年5月15日至17日公共工程監造報表可知，園泰公司在此期間進行預鑄板吊放，須使用重

機械進行吊放，自有可能產生碰撞而影響螺栓點位。依證人廖士鋒證述：「因為已經澆置一半了，下面已經澆置固定了，上面還有一塊鋼板的圓板進行固定，那個鐵板是全部澆灌後才會拿掉，所以除非去撞到，不然應該不會位移。如果沒有重機械的話，應該不會被撞到。」等語，可見被告於107年5月17日函檢附之預埋螺栓放樣成果圖，顯為園泰公司同年5月7日進行第1層混凝土澆置後不久所測量之螺栓點位，可能因同年5月15至17日進行預鑄板吊放而產生位移。是被告於同年5月17日函檢附之預埋螺栓放樣成果圖，自非真正符合施工現場狀況，原告尚難以據此提出正確的空間桁架之結構計算書及各構件尺寸、施工詳圖送審。

3、被告固稱其於107年5月17日函轉前案廠商完成之預埋螺栓放樣成果圖（澆置後），並請原告先進行放樣複測點位，澆置工作已經都完成，但原告置之不理，亦從未表示要進場施作，當然不發生要設置協議組織問題。

(1)然原告收到上開函文，於107年5月23日至工地現場察看，發現園泰公司尚未完成預埋螺栓之第2層混凝土澆置工作，且現場滿布鋼筋，原告根本難以進場測量放樣。原告於107年5月24日函知被告上情，並請被告於107年5月31日前交付工區並辦理工期展延，有107年5月24日勝工字第1070000070號函可憑，被告卻置若罔聞。被告上開所言顯係顛倒事實，原告並無置之不理之情事。

(2)被告雖以107年6月11日存證信函表示：「目前工區平台及預埋螺栓組均已由前案工程廠商施作完成，已可交由貴公司接續安裝施工」，然原告於107年6月13日至施工現場察看，發現園泰公司於平台螺栓上方蓋滿不織布，進行混凝

土澆置完後之養護工作（即養護混凝土強度），且持續在現場施工，有原告於107年6月13日到施工現場拍攝之照片可稽，及園泰公司107年6月10至13日止之公共工程監造報表、107年6月14至28日公共工程監造報表可憑。因此，原告實難以逕自直接進入現場測量，否則恐有破壞園泰公司之混凝土養護及工地現場之其他施工狀態。原告乃於107年6月14日以存證信函，向被告表示工地遭園泰公司使用而遲未能交付工區等語，並據此而解除系爭契約。故自開工之日起，至原告於107年6月14日解除系爭契約時，被告確實均無法交付工地，致原告無法進場測量、施作警告告示牌及假設工程工作，更無法提出空間桁架之結構計算書（含各構件尺寸及施工詳圖）等部分文件送審。原告解除系爭契約於法有據，而被告終止契約自屬無據，原告自無可歸責之事由，並未構成政府採購法第101條第1項第12款規定之情形。

(3)又園泰公司承攬他案工程之結算驗收證明書，雖記載工程實際竣工日為107年6月28日，惟原告於107年6月29日至系爭工程用地現場察看時，仍未完全竣工，待至107年7月間始完成全部工作，有原告於107年6月29日、同年7月19日拍攝之工地現場照片可稽。因此，在園泰公司完成全部工作前，被告難以交付工地予原告進行測量及施工；且依上述結算驗收證明書記載，該工程係於107年7月26日始經驗收合格，故在尚未驗收合格之前，園泰營造已施作之工程，均有可能不被業主認可而需改善，而影響工地現況，進而影響原告測量螺栓之尺寸及點位精度。故在107年7月26日該工程經業主驗收合格前，原告均難以進入工地現場進行測量正確的實際尺寸及點位精度，無法製作正確的空間

桁架結構計算書及各構件尺寸、施工詳圖。

(4)依系爭契約之附錄1工作安全與衛生第1點、第2點等規定，原告如要求其聘僱之工人至現場測量預埋螺栓之尺寸及精度，等同工人到場施工，將涉及勞工工作場所安全衛生問題，否則原告負責人及工地負責人將有民、刑事相關責任。惟在園泰公司尚在工地現場施工，並架設大門禁止他人任意出入前，原告自難以進入工地現場佈置安全衛生設施。被告自應正式交付工地予原告，使原告得以進入工地設置相關勞工安全衛生之設施，始得命工人到場進行測量。證人廖士鋒證稱被告沒有交付工區，原告也可以施作假設工程，不會影響文件送審云云，顯與工程實務相悖，自不可採。

(5)若被告在園泰公司尚未竣工前，要求原告至現場進行測量時，即等同於令原告與園泰公司同時進行工程，則依系爭契約之附錄1第9點及第10點規定，被告應召集原告及園泰營造公司設置協議組織，並擇定一主要廠商，負責工作場所之全部安全衛生管理責任。尤其系爭工地現場係屬高度危險施工場所，被告更應召開協議組織會議，告知現場工地之狀況及危險因子，以令主要廠商做好安全衛生管理工作。然被告並未召集設置協議組織，更未曾擇定主要廠商負責安全衛生管理責任。原告為維護勞工安全，顯難逕為指派工人現場進行測量，否則將違反勞工安全衛生相關法令，更可能有刑事、民事相關責任。故原告無法進場測量放樣，以致無法提出正確的空間桁架結構計算書及施工詳圖，自非可歸責於原告，而係可歸責於被告所致，被告自不得據此終止契約。

4、依原設計圖說A8-05欄杆詳圖、圖號A3-02屋頂覆材接合透

視圖、圖號A8-02屋頂覆材施工規範，均已明確記載：「依實際尺寸分割」，原告亦須於開工後至工地現場丈量，始得依實際分割尺寸繪製欄杆及屋頂覆材之施工圖送審，可見被告未交付工地，不僅僅影響關於空間桁架之結構計算書及各構件尺寸、施工詳圖之送審，亦影響其他要徑工項之施工圖送審問題。

5、有關文件送審部分，原告最遲應依「材料送審管制總表」或「權責分工表」所載之時程送審：

(1)依權責分工表所示，繪製施工詳圖、工程材料資料送審、工程材料樣品送審，均應於各個相關工項施作前10日內提報，對照施工計畫書之施工程序規劃圖3.2及施工預定進度網圖，有關空間桁架之繪製施工詳圖、工程材料資料送審、工程材料樣品送審，最遲自應於第2個「空間桁架備料」施作前10日提出，逾期則須處以罰金每日新臺幣（下同）2000元；其餘有關屋頂覆材、雜項及欄杆之繪製施工詳圖、工程材料資料送審、工程材料樣品送審，依權責分工表所載，最遲必須於各該要徑工項施作前10日提報送審。被告於開工後第1次施工會議中正式宣達承商應依權責分工表辦理，有開工後第一次施工會議紀錄記載：「本案工程契約及監造計畫均有『公共工程施工階段契約約定權責分工表』，請承商注意分工表內各項作業應提送時程，以免逾期受罰。」等語可證。

(2)原告提出之「材料/設備送審管制總表」記載之各工項資料預定送審日期，僅係原告初步預估提送審查之日期，之後仍須依實際工程進度予以檢討修正，此亦為原告於開工後修正「材料/設備送審管制總表」之緣故。是原告並非必須於被證11「材料/設備送審管制總表」所載之預定送

審日期之前提送不可，此觀權責分工表有逾期罰款之記載，而「材料/設備送審管制總表」並無逾期罰款之記載甚明。系爭申訴審議判斷認為：依原告提送之「材料/設備送審管制總表」，已同意於107年6月10日以前完成全部之材料送審工作，而此等材料送審工作，洵屬施工計畫書所載之「文件送審」工作之範圍，與被告有無履行交付工區之協力義務無涉云云，顯然誤解「材料/設備送審管制總表」及施工計畫書所載文件送審之意義，亦忽略權責分工表及施工預定進度網圖之約定，其遽認被告無交付工區之義務云云，自有率斷之嫌。

(3)證人廖士鋒雖稱：「到了第3次協調會議後，就製作了修改時程的管制總表，當作該次會議的附件。」，然依被告提出之第3次施工協調會議紀錄項次3記載：「討論情形：承商提送總表，考量材料製造時間，以及要作風雨試驗，要求承商107/4/30前將材料全部送完，總表再重新安排，再於下周會議中討論。」可見當時係因被告希望原告可以提前在107年4月30日前將材料全部送完，重新修正材料送審管制總表，並於下次會議中再進行討論，並非如證人廖士鋒所述兩造已達成協商，同意重新修改後的材料送審管制總表所載之時程，並作為第3次會議之附件。嗣後，原告固於第4次施工會議提出修正後之材料送審管制總表，將之調整於107年6月10日前送審完畢，然此係因被告表示快要可交付工地，原告因而加以修正材料送審管制總表。然被告於第4次會議中並未同意原告提送之修正後材料送審管制總表所載時程，仍表示希望原告能儘快提送，有第4次施工會議紀錄項次3記載：「承商原全部送審完成為107年9月底，經調整為6月初全部送審完成。會議上，監造

單位及主辦機關仍希望承商能儘快提送，以便後續加工廠商即作相關風雨試驗。」而後兩造於召開第5至8次會議中仍為相同之陳述，原告事後因被告並未履行其承諾交付工地，不同意正式提送該修正後之材料送審管制總表，被告就修正後材料送審管制總表亦未曾加以核定，此與原告最初提出之材料送審管制總表業經被告核定，明顯不同。何況縱使係經被告最初核定之材料送審管制總表，亦非取代權責分工表之約定，此觀被告第1次施工會議上仍如此宣達即明。可見原告於第4至8次會議中提出修正後之材料送審管制總表，僅止於兩造尚在討論之階段，被告並未真正同意原告提送之修正後材料送審管制總表所載時程，兩造就材料送審管制總表所載提送之時程，並未達成合意。又縱使兩造達成合意，材料送審管制總表亦不能取代權責分工表之約定，故縱認原告未按修正後之材料送審管制總表提送送審資料，被告亦不得認為原告違約並終止契約。

(4)何況，原告大多已依「材料/設備送審管制總表」之預定送審日期，將各資料提報送審，少數未送審部分，例如鋁合金擠型料件、木材、烤漆鋁板維修步道、安全母索固定扣環等，係屬預定進度網圖之第5個要徑工程即「屋頂覆材工程」，上開材料，必須等到空間桁架施作完成後，配合空間桁架尺寸，才可繪圖送審，此有圖說A8-03之注意事項記載：「鋁擠型及固定配件樣式僅供參考，施工承商需重新設計送審監造單位審核，通過後方可施作」可憑。而依權責分工表所示，原告可得於第5個要徑工程開始施作前10日提出送審即可，並未真正影響系爭工程施作及進度，被告自不得僅以少數原告未施作之部分，即對原告終止契約，甚至停權。

(5)再依預定進度網圖所示，系爭工程共有6個主要徑工項，其餘事項均屬次要徑工項，而文件送審部分，自屬次要徑工項，原告本得於6個主要徑工項進行之同時，配合各主要徑工項之進程，最遲在各主要徑工項施作前10日提送即可。故文件送審部分，本可與主要徑工項同時並進，否則被告最初核定材料送審管制總表時，不可能同意核定最後送審完成時間為107年9月間。因此，原告只需在期限內完成送審即可，並不影響系爭工程之進行。此亦屬原告工作之調度指揮權限，而非逕由被告指揮原告只能做文件送審，卻不能施作任何要徑工項。故在被告未交付工地之情形下，原告無法施作任何主要徑工項，則與主要徑工項同時並進之文件送審部分，其浮時顯然相當充裕。原告就文件送審部分雖有少數尚未完成，但並未影響系爭工程之進行，所影響系爭工程之進行者，係被告未交付工地之故，原告並未違約。

(6)至於被告辯稱其未交付工地，至多僅生展延工期問題而已。然被告未交付工地，不僅導致原告無法施作任何要徑工項，亦使原告無法施作施工計畫書所載之測量放樣、施工及警告告示牌及部分文件送審等工作，導致整個工程難以繼續進行。而被告不僅拒絕交付工地，更拒絕原告展延工期，此有被告107年6月15日觀鵬工字第1070200673號函可稽，以致本件工期持續計算，則自107年3月3日開工之日起至原告終止契約之日即107年6月14日止，工期已進行至第104天（工期已超過1/3，全部工期為300天）。然原告完全無法施作任何要徑工項，益徵被告主張其無需交付工地，實甚滑稽可笑。是被告上開所辯，與其107年6月15日函文互相矛盾，顯屬事後推諉之詞，自非可採。

6、被告應交付工地予原告，係屬被告之給付義務或單純之協力義務？

(1)依民法第229條第1項、第254條規定，及參照最高法院100年度台上字第592號判決意旨，可知如契約約定定作人之行為係定作人對承攬人所負之給付義務，自得構成給付遲延，如定作人經限期催告而仍不為時，承攬人自得依民法第254條規定解除契約。本件無論依系爭契約第9條第21項，或依交通部暨所屬各機關（構）辦理工程採購履約爭議應行注意事項第貳條第四項第（六）款約定，被告均應於開工前將系爭工地交付原告，此屬被告對原告之給付義務，非僅屬單純之協力義務。然原告於107年3月3日開工後，因工地遭被告其他承商園泰公司占用直到107年7月間，被告遲遲無法交付工地，導致原告無法進場施作施工預定進度網圖之任何要徑工程及任何工項，已如上述。故被告於開工時無法交付工地予原告，已屬給付遲延，且屢經原告發函催告，被告均置之不理，原告自得依民法第254條規定，向被告解除契約。

(2)退萬步言，縱認被告交付工地並非主要義務，而屬協力義務。依最高法院86年度台上字第2350號判決意旨，可知承攬契約之內容若非數個可獨立施作之工作項目，且非經定作人協力不能完成部分，已影響其他部分工作之進行及完成，而其他非獨立工作之進行及完成，無法達成契約之一部分目的，自應解為承攬人得解除全部契約。本件無論空間桁架結構計算書（含各構件尺寸及施工詳圖）送審，或「材料/設備送審管制總表」之各個工項資料送審，僅屬次要徑工項，均需配合主要徑工項之進行為之，並非獨立之工項，其所占契約總金額僅不到0.1%，其餘多屬於主

要徑工項之部分。是本件主要徑工項之完成，始能真正達成系爭契約之目的，單純完成各工項之資料送審，顯然無法達成契約目的，而被告未交付工地，致原告無法進場施作任何主要徑工項，才是無法達成契約目的之問題所在，是原告資料送審問題，不能作為被告拒絕交付工地之理由。原告既因被告未交付工地而無法達成系爭契約之目的，且屢經催告，被告仍置之不理，原告自得於107年6月14日依系爭契約第21條第12項及民法第507條規定解除系爭採購契約。系爭採購契約已因解除而溯及既往失其效力，已不存在，被告自不得再於同年6月28日向原告終止契約，亦不得對原告停權。

7、本件停權，是否符合因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大？是否符合比例原則？

原告僅未依被告之命提出空間桁架結構計算書及各構件尺寸、施工詳圖，及少數材料送審管制總表所示之文件尚未送審而已（此均未違反契約權責分工表之約定），且原告無法提出正確的結構計算書、各構件尺寸及施工詳圖，實因被告無法交付工地之故。被告違約拒絕交付工地，又拒絕展延工期，顯然被告可歸責之程度較大，原告可歸責程度甚輕。又原告係以總價4600萬元承攬系爭工程，惟被告終止契約後，另以4451萬6688元重新發包予第三人致寶工程有限公司，是被告重新發包後，並未受有任何損害，可見原告違約情節並非重大。是被告至多終止契約即可達成解決兩造爭議之目的，無須以停權方式為之；且被告將原告停權1年，使原告長達1年時間無法承攬公共工程，影響原告公司營運甚鉅，被告停權對原告所造成之損害，與其達成之利益間，顯失均衡，違反比例原則，原處分自應予

以撤銷。

（二）聲明：申訴審議判斷及原處分（含異議處理結果）均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

（一）答辯要旨：

1、原告得否依民法第507條及系爭契約第21條第12項解除系爭採購契約？

(1)交通部暨所屬各機關（構）辦理工程採購履約爭議應行注意事項第貳點四第（六）款及系爭契約第9條第21款所謂「提供土地」，乃協力義務，並非真正義務，若有違反亦非屬債務不履行。參諸最高法院92年台上字第915號判決要旨，必須被告未盡交付土地之協力義務，原告即無工作可施作之情況，才可能依民法第507條規定解約，而系爭契約第21條第12項規定，與民法第507條內容相同，乃有關定作人協力義務規範，自應為相同解釋。系爭工程於107年3月3日核報開工時，其用地因園泰公司還在施工（竣工日期107年6月28日），惟系爭工程尚有與工地交付無關之工作尚待履行，故系爭工程用地尚未交付原告期間，原告並非無工作可作。依系爭施工計畫書之整體施工程序，應同時進行3項彼此獨立之工作，即測量放樣、施工及警告告示牌、文件送審。原告依整體施工程序於107年4月3日、24日提出系爭工程之結構計算書、空間桁架桿件及鋼球節點編號圖，並於107年5月25日提出長條形天井燈、電氣、給水、排水設備送審，但均因有錯誤，遭監造單位退件並限期重新送審，而未完成送審程序。至於「材料/設備送審管制總表」（修正版）所載之各項材料送審，亦多未按總表所載時程送審。因此，原告顯有「無需被告交付

工地」亦可進行之工作可作。原告雖以工地未交付而故不施作，然依上開最高法院92年台上字第915號判決要旨，自無民法第507條及系爭採購契約第21條第12項規定之適用。

(2)原告以被告未交付土地致其未能進場測量放樣，且跳躍施工要徑，主張其無法提出結構計算書、空間桁架桿件及鋼球節點編號圖、及各項材料等之送審云云，顯與事實不符。蓋如上開所述，倘若因此無法提出，原告何以能於107年4月3日提出結構計算書及編號圖，並於107年4月24日提出第2版，只因仍有錯誤而被退件及限期重新送審；而原告主張已送審空間桁架工程材料及協力廠商資料送審、鋁蜂巢複合板及色膜交和熱映化有優白玻璃材料送審資料、長條形天井燈、電氣、給水、排水設備、預拌混凝土廠商送審資料，估不論上開文件之送審有無完成，但已證明文件送審確實不受土地是否交付，有無進場測量放樣、有無跳躍施工要徑之影響，而仍得提出。事實上，在系爭採購契約遭終止前，原告從未向被告表示，因土地未交付，未測量放樣，跳躍施工要徑，而有無法製作送審之困難，足證原告根本無意履行本契約。至於原告其餘所為不能為文件送審之辯詞（如權責劃分表、詳細價目表、施工規範等等），均因原告事實上有就上開文件為送審，僅係因有錯誤，被退件，而未完成送審而已，並無不能送審之問題。原告既尚有與工區交付無關之工作可進行，自無民法第507條及系爭第21條第12項之適用，原告依上開規定解除契約，即無理由。

2、原告有諸多與工區交付無關，應送審而未送審或雖送審，但未修正錯誤，未重新送審等情形，有監造單位與被告歷

次往來書函可佐。被告屢次函催原告將與工區交付無涉之文書送審，包括結構計算書、空間桁架桿件及鋼球節點編號圖，材料設備管制總表所列之各項材料送審資料，及空間桁架工程各構件之訂料、備料工作，及趕工計畫等，惟原告均置之不理，僅一味要求交付工區，足徵原告無心履約。被告爰於107年6月11日以25號存證信函催告原告，於該函到次日起10日內依契約規定履約並提送相關送審資料，逾期將依系爭契約第21條第（一）項第11款規定辦理（該存證信函誤載為第11目），惟原告亦置之不理，被告爰以107年6月28日觀鵬工字第1070200726號函終止系爭採購契約。

3、系爭採購契約因可歸責於原告之事由，業經被告終止，已如上開所述，且其情節重大，茲就情節重大部分，詳述如下：原告明知結構計算書、空間桁架桿件及鋼球節點編號圖，及材料/設備送審管制總表所列材料之送審，無需工地交付亦可製作送審，且實際上亦將結構計算書、編號圖及部分材料送審，已證明無不能送審之情形。且查原告亦從未以未交付工地、未進場測量放樣、且跳躍施工要徑等為由，向被告表示無法製作並提出上開文書送審。然原告卻對其送審之文書有錯誤被退件，並限期重新再為送審之要求，置之不理。且於107年5月17日被告函轉前案工程園泰營造公司之預埋螺栓──澆置後收點之資料後，請其進行放樣複測確認點位時，卻置之不理。加以，原告前曾因「得標後無正當理由而不訂約」、「可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大」，而成為拒絕往來廠商，顯然原告並無意履約，故應可認歸責原因情節重大。原告又無實際補救措施，根本無欲履約，被告亦因其能履約而故

不履約，致必須重新公開招標，造成整體工程之延宕。是以，因可歸責原告之事由致系爭採購契約終止，情節可謂重大。

（二）聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

原告施作系爭工程，有無行為時政府採購法第101條第1項第12款「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約」情節重大，應予刊登政府採購公報之情形？

五、本院的判斷：

（一）前提事實：

如爭訟概要欄的事實，業據兩造分別陳明在卷，復有系爭工程採購契約（本院卷1第29-71頁）、被告107年6月11日存證信函（本院卷1第299-302頁）、同年6月28日觀鵬工字第1070200726號函（本院卷1第97-98頁）、同年7月3日觀鵬工字第1070200727號函（本院卷1第99-100頁）、同年月27日觀鵬工字第1070200840號函（本院卷1第103-104頁）及申訴審議判斷書（本院卷1第149-225頁）等附卷可以證明。

（二）原處分依據行為時政府採購法第101條第1項第12款規定通知原告將刊登政府採購公報，違反比例原則，應屬違法：

1、應適用的法令：

⑴行為時政府採購法第101條第1項第12款：「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：……十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。」

⑵系爭工程採購契約書第21條第1款第8目及第11目約定（本院卷1第65頁）：「廠商履約有下列情形之一者，機關得

以書面通知廠商終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償廠商因此所生之損失：……8.無正當理由而不履行契約者。……11.廠商未依契約規定履約，自接獲機關書面通知次日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正者。」

2、得心證的理由：

⑴按政府採購法第101條之立法理由，可知該條係為杜不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並建立廠商間之良性競爭環境。是得標廠商於採購契約成立後，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（不以全部可歸責為必要），致採購契約被解除或終止，即該當於該條第1項第12款所稱「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約」。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及符合比例原則（最高行政法院103年3月份第2次庭長法官聯席會議決議參照）。（政府採購法於108年5月22日修正時，已就政府採購法第101條第1項第12款之違約情形，增列「情節重大」之要件，其修正後之條文為「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者。」）。

⑵經查，原告參與被告所辦理系爭工程採購案，於106年10月24日經被告決標予原告，兩造於同年11月23日簽訂系爭工程採購契約，原告依被告之通知，於107年3月3日申報開工等情形，此有決標公告（申訴卷第11-14頁）、系爭工程採購契約書（本院卷1第29-71頁）、被告107年2月26日觀鵬工字第1070200183號函（本院卷1第73-74頁）、張瑪龍陳玉霖聯合建築師事務所（下稱監造單位）107年3月5日（亮點遮體）龍字第1070300001號函（本院卷1第75頁

）等附卷足以證明。又系爭工程為「大鵬灣濱灣公園亮點平台遮體工程」，其工程內容主要為空間桁架安裝、屋頂覆材鋪設、欄杆施作及雜項工程等，此有施工預定進度圖（本院卷1第109頁）、詳細價目表（本院卷1第111頁）及整體施工程序流程表（本院卷1第136頁）等附卷可以證明。而其工區主要即在「大鵬灣濱灣公園綜合開發亮點計畫遊憩服務設施平台工程」上（下稱為前案平台工程，詳見被告108年8月20日提出之附件2施工計畫，附於卷外），因此，前案平台工程與本件遮體工程乃具有前後銜接之關係，系爭工程須於平台工程完工驗收合格後，始能進場施工。

⑶按「履約階段，機關應於開工前提供用地，並應督促廠商依契約所訂期限提出施工計畫、開工、按圖施作、如期如質完成。」、「契約使用之土地，由機關於開工前提供，其地界由機關指定。如因機關未及時提供土地，致廠商未能依時履約者，廠商得依第7條第3款規定，申請延長履約期限；因此增加之必要費用，由機關負擔。」交通部暨所屬各機關（構）辦理工程採購履約爭議應行注意事項（本院卷1第105頁）第4點第6款前段及系爭工程採購契約書第9條第21款前段（本院卷1第45頁）分別定有明文。查，前案平台工程為訴外人園泰公司所承攬，於105年9月23日開工，預定竣工日期為106年5月29日，實際竣工日期為107年6月28日，驗收合格日期為107年7月26日，此有被告107年8月23日工程結算驗收證明書（被告108年8月20日提出之附件6，附於卷外）附卷足以證明。足見系爭工程於107年3月3日申報開工時，前案平台工程尚未完工，被告根本不可能交付工地，且該平台工程已處於逾期施工狀態，何

時能完工並不確定，在此情形下（前案平台工程與本件遮體工程具有前後銜接之關係），被告實不宜貿然通知原告開工，且原告於107年3月3日申報開工後旋於同年月5日以被告無法交付工地，為免開工後立即造成進度落後，而衍生兩造爭議為由，向原告陳報自同日起停工；復於同年4月9日再以相同事由，向原告陳報自同年3月3日起停工，惟均遭監造單位否准等情形，此有原告107年3月5日勝工字第107000021號函、同年4月9日勝工字第107000038號函、監造單位107年3月9日（亮點遮體）龍字第1070300005號函及同年4月12日（亮點遮體）龍字第1070400004號函等附卷（本院卷1第77-82頁）足以證明。參以證人即監造單位監造人員廖士鋒亦到庭證稱：前案平台工程完工驗收合格，交付工區後，原告根據已完成的現況去放樣測量，再來製作結構計算書、桁架桿件及鋼球節點編號圖及備料，當然會比較精準比較有利等語（本院卷2第264頁）。則被告既未能交付工地，卻通知原告申報開工，復不准原告以未交付工地為由辦理停工（或展延工期），實屬強人所難，已有不當。

⑷證人即監造單位監造人員廖士鋒雖另證稱：被告未能依約交付工地，原告仍可依照設計圖說製作空間桁架工程結構計算書及材料送審等語（本院卷2第252頁）。查，本件遮體工程在前案平台工程未完工，被告未能依約交付工地之情形下，原告縱使仍得依據系爭工程設計圖說辦理空間桁架工程結構計算書及材料送審，惟依施工預定進度圖（本院卷1第109頁）所示，在空間桁架開始安裝前，雖有假設工程及空間桁架備料等工項，可供原告作業，然假設工程中關於施工圍籬、伸縮拉式大門（本院卷1第111頁詳細價

目表）、工地臨時建築設施（非組立式臨時房屋一層建築，含水電空調等）及臨時廁所（本院卷1第116頁單價分析表）等工項，在前案平台工程仍施工中，被告沒有交付工地之情形下，原告實無法施作上述假設工程。另外，空間桁架備料工項，縱使原告得依據設計圖說辦理空間桁架工程結構計算書及材料送審，但在備料時，就與前案平台工程基樁結合之桁架基座部分，仍須該平台工程完工驗收合格後，始能依據基樁實際之點位高度進行放樣測量後，才能確認此部分之桁架基座的角度、方位、弧度及長度，並進行調整及備料，之後方能進行下一階段之空間桁架安裝工程。故在被告未交付工地前，原告就上述假設工程及備料部分等工項縱有遲延，亦屬不可歸責於原告。

⑸退而言之，姑且不論被告未交付工地，原告就上述假設工程及備料部分等工項無法施作，縱依系爭工程施工預定進度圖（本院卷1第109頁），原告於107年3月3日申報開工，加上假設工程20日，空間桁架備料30日，被告至遲亦應於107年4月22日交付工地，原告始能進行空間桁架安裝，則被告屆期未交付工地，致原告未能施作空間桁架安裝工項，其給付遲延，亦屬不可歸責原告之事由。因此，上述假設工程及空間桁架備料等工項之期程進度，縱使不計算原告已完成之部分（空間桁架工程材料廠商送審、預拌混凝土廠商送審、工程告示牌樣式資料等，詳見本院卷2第97、107、109頁），原告遲延的比例僅為2.02%（被告認定原告實際進度為0.78%，詳見本院卷1第293、299頁，被告107年6月1日函、同年月11日郵局存證信函）。至於被告雖於107年5月17日以觀鵬工字第10702005502號函（本院卷1第427-434頁）通知原告前案平台工程已完成預埋

螺栓放樣成果圖，請原告於施作前先行進行放樣複測確認點位，俾利提高後續空間桁架安裝精度。惟當時只是基樁樁頭澆置固定完成尚未完工，其基樁底部混凝土完工後之實際高度在現場仍無從得知，此有前案平台工程107年5月5日至同年月15日公共工程監造報表（被告108年8月20日提出之公共工程監造報表，附於卷外）、基樁樁頭澆置固定（本院卷2第33-34頁）及完工後（本院卷2第35-36頁）之現場照片附卷可以證明。則被告在前案平台工程尚未完工驗收合格前，即通知原告進場放樣測量基樁點位，實屬不宜（將來工程施工若發生爭議，會有責任不易釐清之虞）。況且，原告縱使依被告通知進場實施放樣測量，因上述基樁底部混凝土尚未澆置完工，亦無法為後續空間桁架安裝，故上述被告函，尚難為被告有利之認定。則原告遲延工期進度的比例不到2.02%，且原告未能施作空間桁架安裝工項，係因被告未交付工地所致，屬不可歸責原告之事由，此部分遲延工期進度的比例，自不應由原告負責，因此，難認原告違約情節重大，被告在前案平台工程竣工日（107年6月28日），尚未驗收合格之情形下，即依行為時政府採購法第101條第1項第12款規定通知原告將刊登政府採購公報，揆諸前揭最高行政法院決議意旨，已違反比例原則，應屬違法，異議處理結果予以維持，及申訴審議判斷未予糾正，均有違誤，應予撤銷。

⑹按民法第507條規定：「（第1項）工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之。（第2項）定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害。」又依民法第507條就「定作人之協力及不

為協力之效果」所為之規定加以觀察，必須該工作需定作人之協力始能完成，且其於承攬人所催告之相當期限內未為協力行為者，承攬人方得解除或終止契約。倘承攬契約之內容係包括數個可獨立施作之項目，而其中需定作人之協力部分，並不影響其他部分工作之進行及完成者，解釋上即不容承攬人任意以契約中之一部分需定作人之協力而未協力致該部分不能施作，率爾就無需定作人為協力仍可完成以達該部分契約目的之工作，坐使其不完成再執為其無可歸責之藉口（最高法院92年度台上字第915號民事判決意旨參照）。被告主張交通部暨所屬各機關（構）辦理工程採購履約爭議應行注意事項第貳點四第（六）款及系爭工程採購契約第9條第21款所謂「提供土地」，乃協力義務，並非真正義務，若有違反亦非屬債務不履行，參諸最高法院92年台上字第915號判決要旨，必須被告未盡交付土地之協力義務，原告即無工作可施作之情況，才可能依民法第507條規定解約，原告既尚有與工區交付無關之工作可進行，自無民法第507條之適用，原告依上述規定解除契約，即無理由等語，縱令屬實，亦屬原告於107年6月4日以郵局存證信函催告被告於文到10日內交付工地，因被告屆期未交付，原告再於同年月14日以郵局存證信函對被告為解除契約之意思表示（本院卷1第87、93-94頁），是否發生效力之問題。對本院上述判決結果認定原告違約情節並非重大，被告依行為時政府採購法第101條第1項第12款規定通知原告將刊登政府採購公報，已違反比例原則，應屬違法，並不生影響。另被告提出原告因他案工程違約被刊登政府採購公報的資料（本院卷1第345-350頁），核與本件無涉，尚難以此資料為原告不利之認定。

（三）本件事證已經明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後認與本件判決結果不生影響，爰不逐一論述，併此敘明。

六、結論：原告之訴為有理由。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　19　　日

高雄高等行政法院第二庭

審判長法官　李　協　明

法官　林　韋　岑

法官　廖　建　彥

以上正本係照原本作成。

一、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）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、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）

三、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
（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　　108　　年　　11　　月　　19　　日

書記官　蔡　玫　芳