高雄高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@108年度訴字第

民國109年12月24日辯論終結

原　　告　石在實業有限公司

代　表　人　鄭俏展

被　　告　行政院農業委員會林務局嘉義林區管理處

代　表　人　張岱

訴訟代理人　黃厚誠　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30日訴字第1080161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：

按「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。」「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。」分別為行政訴訟法第111條第3項第2款、第3款及第196條第2項規定。次按「審議判斷，視同訴願決定。」則為政府採購法第83條規定。查，原告起訴聲明原為：「原處分及申訴審議判斷（按：原告誤繕為訴願決定）均撤銷。」（本院卷1第11頁）嗣因原處分係刊登政府採購公報至民國109年3月20日止（本院卷2第119頁筆錄），於撤

銷訴訟程序進行中，原處分已執行完畢而無回復原狀可能，已無撤銷之實益。原告爰於109年8月3日具狀變更聲明為：「確認原處分及申訴審議判斷（關於刊登政府採購公報部分）違法。」（本院卷2第151-152頁）然申訴審議判斷依政府採購法第83條規定視同訴願決定，非屬行政訴訟法第6條確認原處分違法之訴訟標的，故原告變更聲明訴請「確認申訴審議判斷（關於刊登政府採購公報部分）違法」部分，與法不合，自不應允許。此外，針對原告變更聲明訴請「確認原處分違法」部分，因原告前後變更聲明請求之基礎均屬同一，且核屬因情事變更而以他項聲明代最初之聲明，無礙於被告防禦權之行使，所為訴之變更，本院亦認為適當，揆諸首揭規定，原告所為上開訴之變更，爰予准許。又原告起訴時聲明的範圍以關於行為時（91年2月6日公布施行，下同）政府採購法第101條第1項第8款、第12款規定刊登政府採購公報部分為限，故原告變更後訴之聲明確認原處分違法部分亦以此為限，合先敘明。

貳、實體方面：

一、爭訟概要：

原告得標被告所辦理之「106年度國有林造林及林產產銷計畫預定案記碼第國47號造林工作（ze106-17標）」採購案（下稱系爭採購案）。因原告執行系爭採購案之造林成活株數不足約定，且第9次刈草切蔓驗收不合格，被告遂依嘉義林區管理處國有林造林及林產產銷計畫承包造林工作勞務採購契約（ze106-17標）（下稱系爭契約）第12條第8項第丙款第2目⑶D.約定：「成活株數未達規定成活株數之50%時，以造林不成功論，除工資不予發放外，其減少株數扣罰栽植費4倍，終止其契約。機關如有損失並向廠商追賠，另依政府

採購法第101條至第103條規定辦理。」即分別以108年3月20日嘉觸字第1075501192號函追賠相關款項及終止契約、108年3月27日嘉作字第1085102681號函(下稱原處分)通知原告將依政府採購法第101條第1項第8款及第12款規定刊登政府採購公報。原告不服，提出異議，經被告以108年4月22日嘉作字第1085103441號函復異議處理結果，仍維持罰扣及刊登政府採購公報決定。原告仍未甘服，向行政院公共工程委員會（下稱工程會）提起申訴，遭申訴審議判斷關於請求撤銷刊登政府採購公報部分（即原處分），申訴駁回；其餘撤銷終止契約與罰款之決定、給付工資賠償及返還罰款等部分，認屬履約爭議事項，非屬申訴審議範圍，予以申訴不受理決定。原告乃就關於依政府採購法第101條第1項第8款及第12款刊登政府採購公報部分，提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.申訴審議判斷理由：「五、依系爭施工規範…㈡苗木培育地點及數量：『…2.補植：107、108年度各補植1次，補植數量分為新植之20%、10%…。』…。」等語，惟系爭採購案並未實行補植，且被告於預審會議及書面資料多次強調造林第3年後不得補植，則申訴審議判斷誤植系爭契約條文，且未確認林務一般程序，有認定事實錯誤之疑義。

2.申訴審議判斷理由：「五、…經查：㈠…廠商於等標期間，均可前往系爭造林區域勘查，以詳實估算其履約之風險及成本…。」惟投標前廠商雖可現勘，但系爭採購案招標前最後一次（第5次）刈草時間約為105年10月至11月，離招標期106年4月已近半年未除草，雜草高度近1人高，難以了解樹苗成活概況；且系爭採購案面積廣達11.47公頃

，共10塊地分散於3個林班地內，至少需2至3天才能走訪造林地完畢，招標期間被告現場監工也難以配合辦理。縱依被告所述系爭採購案前1期（103至105年）最後一次（第5次）刈草驗收成活率尚有1,048株/公頃，但此與原告得標後首次（第6次）刈草驗收成活率902株/公頃相較，已有146株差異，降幅高達14%，此非申訴審議判斷所謂「尚難謂有明顯差距」。

3. 申訴審議判斷認定兩次履約期間成活株之數量並無明顯增減之結論，需建立在「如被告驗收調查之成活率為真」之前提下：即便在成活率疑義未獲釐清，原告仍依約如期施作系爭採購案第7次刈草切蔓工作。其中，當原告於第6次刈草完工(106年7月20日)後，即以106年8月4日石在字第106080401號函（下稱原告106年8月4日函）陳情系爭採購案「部分造林地樹苗較少且低矮，特此請示釋疑。」卻未見被告函復；至第7次刈草完工(106年11月20日)後1個月，於106年12月22日才得知裁罰結果，惟被告仍未就原告之陳情有所回復。後續電洽被告承辦人員趙賢玉技正僅說明為立地差異，日後會再配撥苗木等語，原告因此未再函文反應，惟事後才知陳情公文並未向上呈報，已被吃案。

4. 申訴審議判斷未詳查原告舉證資料，亦未要求被告提出驗收流程說明：原告自系爭採購案之始，即提供空拍照片供被告參考，並檢附A3尺寸大空拍圖及原告承攬花蓮林區管理處同一時期（106）、同樣條件之林地空拍照片以供比對。如交付土地之始樹苗密度為960株/公頃以上，代表成活率至少為新植的80%，種植苗木之植列應該非常清楚，但從原告舉證之空拍照片連植列都看不到，斷不可能有如系爭契約所載之植株密度。如被告真有依照系爭契約所訂

方法調查樣區，即「逢機取樣、均勻分布」於造林地內，自會發現系爭採購案立地環境極差，不同區域林木成活率差異極大，且絕大部分區域未達規定成活率標準。既然實際情況已非系爭契約所載調查方法假設「苗木均勻分布於林地」的情況，合理作法應該區分惡地範圍，進行分層取樣，以求得較接近真實之成活率數據。又如被告主張成活率降低之主因為原告誤砍傷苗木所致，即被告所稱第5次刈草成活率1,048株/公頃為真，至第9次全面清點成活率333/株公頃，減少高達715株/公頃，代表10棵中有7棵被砍傷致死，總數高達8千2百株以上，則被告更應詳細、具體舉證，非僅檢附數張不明時間、地點之相片；況若有如此嚴重情況，被告現場監工豈可能不函報裁罰原告？顯見有關砍傷致成活率下降之討論均為爭議發生後所追加。

5.申訴審議判斷認為：「招標機關舉證系爭造林地附近之其他造林地，其平均成活株數均仍有1,071株/公頃及1,228株/公頃」云云。惟依被告提出之「造林記碼106國47號附近造林地之存活率」包含兩筆造林案，與系爭採購案前一期（000-000）施作情況比較可知，被告所提「105-國18」3年期間刈草9次、「107-國3」1年期間刈草3次，合乎行政院農業委員會林務局(下稱林務局)92年9月修訂一般地區「造林育苗功程表」(下稱92年功程表)規定，刈草工作1年生造林地，年施行刈草2-3次；2年生造林地年施行刈草4次；3年生造林地年施行刈草3-4次，累計3年施行刈草9-11次規定。但系爭採購案雖編列為第1至3年撫育工作（000-000），但第1年（103）根本無新植樹苗，實際僅為2年撫育工作，刈草次數也僅有5次；加計原告第4至6年（000-000）5次刈草，總共為10次，僅達一般3年撫育工

作之標準，累計施行刈草9-11次範圍。按刈草次數代表撫育樹苗之強度，具體規範、要求一定次數，實有樹苗生長、成活率之考量；從林務局規定與被告提供鄰近造林地實行刈草次數，對照系爭採購案編定刈草次數，被告僅用3年刈草次數，就想達成妥善照顧樹苗6年，維持規定成活率之任務，相當不合理。另105年12月至106年3月為系爭採購案所在區域關子嶺地區之旱季，長達4個月期間幾乎無降雨。即便被告認為鄰近其他地區月降水量為「0-4.5公厘」比關子嶺區域更少，但根據中央氣象局104年氣候資料年報，嘉義測站測得月平均蒸發量約為60-170公厘，即降雨量遠低於蒸發量，系爭採購案所在地一帶均處於極端乾旱情況下。另依被告提出系爭採購案第2次刈草切蔓標準地調查表，亦有標準地內枯死2至36株樹苗之調查結果；9林班E2取樣點，更出現枯死比成活株數更多之情況（成活20株、枯死36株），顯示樹苗因乾旱而枯死，早有紀錄。

6.申訴審議判斷理由六：「…招標機關依據苗木全面清點之結果，認定申訴廠商履約結果為驗收不合格情節重大，自屬有據。」部分：

⑴系爭採購案之爭議為交付標案「成活率」是否為真，原告所提主張是否合理。依92年功程表所提，造林案多編列6年撫育工作，第1期（1-3年）由於新植苗木低矮，易被雜草掩蓋、甚至藤蔓纏繞致死，因此刈草切蔓頻率要高，3年達9-11次；第2期（4-6年）樹苗已成長至一定高度，通常高度達1.5公尺以上，改為每半年刈草1次，年施行2次。如第1期撫育期間不足，刈草次數過少，苗木尚未長大便拉長刈草間隔，將導致樹苗生長遲緩，

甚至死亡，此即為系爭標案成活率降低因素之一。林地撫育經費表則是依照刈草面積，每公頃編列工數（1位工人工作8小時），另由於林務局規定工人工資過低1,300元/日，與市場行情2,000/日差距甚多，另編列有23%其他費用，以合理反映費用。系爭契約第18條（10）訂有施作各項工作如遇不可抗力情事，廠商可報請機關處置之規定，即非要求廠商負起無條件保固之責任。而廠商所能影響苗木成活率之行為僅有誤損傷一項，契約內訂有罰則，除此之外，均非廠商所能掌控。

⑵被告以通訊軟體截圖，指稱原告有刈斷、刈傷苗木之情形，實為事後辯解，倘若106年底第7次刈草誤損傷情況如此嚴重，怎會無罰款紀錄？事實上，原告除解約前最後一次(第9次)刈草驗收有誤損傷苗木罰款外，被告驗收報告均未提到誤損傷苗木罰款，顯見原告工作有一定品質；且被告所稱誤損傷苗木105株，僅憑驗收人員隨意記數，並無照片故不可信。反之前一期103年國追29號（下稱前標案）第2次刈草切蔓，被告驗收紀錄中，驗收人意見載明「…造林地內發現苗木枯死或工人誤刈之情形造成部分林本較少…。」足見前一期之履約品質堪慮。

7.造林撫育為延續性分為新植造林（訴外人榮陽商行，下稱前廠商），以及後續刈草兩階段。前廠商於履約過程多處不符合契約規定，故被告有督導不周在先：

⑴依前標案規定，前廠商應於104年3月新植樹苗，惟其遲至104年7月8日完成新植，導致樹苗種下後至前標案契約結束前，撫育照顧時間僅1年半，不足3年。且前廠商應於104年第1次補植樹苗（20%)、105年第2次補植樹苗

（10%)，但實際兩次補植均於前契約最後一年105年才執行，與林務局規定新植後隔年施行第1次補植、次年施行第2次補植規定不符。

⑵被告辯稱前標案為前3年撫育工作（000-000年），故前廠商僅需以第2、3年刈草次數共6次作為履約標準云云（實際刈草5次），嚴重曲解92年功程表原意。實則，前標案於104年7月完成新植，103年連樹苗都沒種，何來1年生？因而造成原告承攬系爭採購案編訂之刈草次數嚴重不足。原告承攬之（000-000年）撫育工作，實際上應該是3年生至5年生造林地，依92年功程表，年刈草次數應該至少是3、2、2合計7次，非被告所編定之5次。

8.被告主張歷次驗收輪由不同驗收人員（主驗人員不與前次相同）點選進行抽樣，每次抽取10樣區，皆採不同座標區域取樣云云，顯有意混淆視聽：

⑴此之驗收方法並非系爭契約明定「逢機抽樣」之調查方法；每次抽取10樣區，也僅為符合系爭契約第12條驗收⑻乙2.b規定：「造林地倘不相連接者，每筆造林地至少應取一個樣區」，與驗收方法是否確採「逢機抽樣」無關。

⑵造林地以公頃計，大面積的造林地要一棵棵逐一計算所有林木並不實際，因此林業科學透過抽樣調查(sampling)方法，以抽樣區域成活樹苗數量，反推整體造林地概況，以期達到兼顧成本效益，縮小誤差，取得相對可信結果之目的，此為系爭契約規定驗收應採「逢機抽樣均勻分布於造林地」之原因。依林務局委託研究報告，所謂「逢機抽樣」（random sampling)「是指每一個可能

的逢機樣本，均需予以相同被抽出之機率。」逢機法可以徹底除去抽樣者之主觀，而獲得足以代表族群之樣本。「逢機抽樣」調查，會利用造林地航照圖，將所欲調查區域，劃分為不同矩形網格並予以編號，再使用逢機數字表或逢機數生產器決定調查位置，且在調查前封緘，取樣人員事先並不知情，如此取樣點才有可能是「逢機」，且非任由取樣人員自行決定。以系爭契約大埔事業區第6林班1.73公頃造林地為例，可依航照圖上既有之XY標，細化網格後編號，再從編號中逢機挑選抽樣區，抽樣區呈現均勻分布於造林地各處之趨勢，但對照被告提供之「106國47造林地歷次驗收位置圖第6、7、9林班地」會發現，圖面右上半部突出區域未有抽樣區分布，與系爭契約規定應「逢機抽樣均勻分布於造林地」不符。

⑶依照第1次至第9次刈草標準地調查表，原告據此製作之「大埔事業區第6、7、9林班歷次驗收點示意圖」可發現，人為恣意決定抽樣點情況非常嚴重，錯誤樣態包含：

A.抽樣區多位於林地作業步道旁(如大埔事業區第9林班1.45、2.93公頃、3.03公頃造林地），似僅為驗收人員之便利起見而作。

B.同一塊林地之歷次抽樣區過度集中特定區域（如大埔事業區第9林班0.66公頃、0.55公頃、1.45公頃造林地），顯非系爭契約所定的均勻分布。

C.抽樣區座標（第3次刈草，X：201275，Y：0000000)位於造林地範圍外等離譜情形，可見所謂10次取樣，根本不符合系爭契約之要求。

D.抽樣區面積重疊率極高，以大埔事業區第9林班0.66公頃造林地第1至9次成活率調查抽樣區為例，面積重疊率可達5至7成，亦即驗收人員重複取樣，毫無逢機或均勻分布可言。

㈣104年審計部教育農林審計處，針對林務局「林政及造林相關業務執行情形：造林地驗收點位分布情形」進行查核，比較花蓮林區管理處「96年度劣化地復育計畫預定案第1號、2號、5號、6號」等4件採購案，於96-102年間進行16次查驗抽樣點，發現抽測樣區面積重疊比率分別為42.33%、38.28%、29.41%、25.45%。審計部因此認為：「花蓮林區管理處實際辦理上揭各案造林驗收作業存有上述各項缺失態樣，如樣區面積重疊比率偏高、驗收點位過度集中特定區域、前後2次驗收點位完全相同等驗收點位抽樣作業缺失，均係因人為選點因素介入所導致之結果，亟待改善。」上開指正之缺失樣態，與原告前述所提之缺失極為雷同，可見被告並未確實遵守系爭契約逢機抽樣規定與要求。

9.有關驗收程序，被告亦有別於其他林區管理處以公文通知驗收，被告並無公文提前通知，亦未將標準地調查結果，通知原告；罰款扣罰部分，被告是依系爭契約第12條(8)丙2.(7)「扣罰金額自該次請領費用扣減」，直接從勞務費扣減，原告未曾同意，且形同原告無償勞務，極不合理。

㈡聲明：確認原處分違法。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.系爭契約標的造林地位於國有林大埔事業區第6、7、9林

班（下稱系爭造林地），約定施作面積為11.47公頃，被告為管理機關。而系爭造林地103年至105年造林撫育標案（即前標案），記碼為103-國追29號，由前廠商（榮陽商行）承攬，103年11月下旬整地，104年7月上旬完成新植(每公頃1,200株)及第1次刈草。前標案履約期間共進行5次刈草，平均成活株數均達契約規定之品質(第1、2年規定成活株數每公頃1,056株，第3年以後規定成活株數每公頃960株)。106年至108年，系爭造林地造林撫育標案(即系爭採購案)由原告承攬，系爭採購案記碼106-國47號，約定施作面積11.47公頃，迄實施4次刈草，歷次驗收成活株數為：第6次刈草驗收成活株數902株/公頃。第7次刈草驗收成活株數906株/公頃。第8次刈草驗收成活株數722株/~x5;公頃。第9次刈草驗收成活株數333株/公頃。依被告106年度國有林造林及林產產銷計畫預定案記碼第國47號造林工作施工規範(下稱施工規範)第15條約定，原告須經常保持規定之成活株數應達每公頃960株。惟原告自承攬起屢次驗收均未達標，被告更因此調降標準，至第8次刈草後，成活株數已調降至每公頃722株。至107年12月20、22日第9次刈草，驗收成活株數僅每公頃298株，與前次驗收結果差距過大，為求審慎，被告欲再次複驗，惟因原告對採樣方式存有疑義，故被告於108年2月11日以嘉觸字第1085500585號函與原告訂於108年2月13、14日就系爭造林地進行全面清點，惟原告並未派員參予清點。嗣被告清點結果為3,816株木苗成活，平均每公頃333株(計算式：3,816株/11.47公頃=333株/公頃)，刈斷之苗木共105株，已不符調降後之約定成活株數應達每公頃722株之規定。則原告承攬品質未達系爭契約約定，依系爭契約第12條(8)丙2(3)D

「成活株數未達規定成活株數之50%時，以造林不成功論，除工資不予發放外，其減少株樹罰扣栽植費4倍，終止契約。」規定，被告毋庸催告即得終止契約。

2.原告主張系爭採購案林地地況差異甚大，部分林地林木稀少，則系爭造林地成活株數不足，屬不可歸責於原告之情。惟：

⑴系爭採購案前3年撫育期間實行5次刈草，歷次驗收結果均達規定成活株數，且驗收人員均未提及部分地區林木稀少之問題。依系爭採購案投標須知第54點「其他須知」㈡已明定：「現場勘查：1.引導勘查：請投標人依照規定時間，在指定地點集合，由本處派員引導勘查現場。2.自行勘查：…。」因此，任何投標之人於等標期間，均可前往系爭造林地勘查現場，以詳實估算其履約之風險與成本。招標文件亦已明定，第3年以後規定成活株數每公頃應達960株，廠商應確定可履約再行投標。而本件縱如原告所稱系爭採購案林地前一次(即第5次)刈草時間約為105年10月-11月，離本件招標日期106年4月已近半年未除草，難以了解樹苗成活概況，惟此亦非原告未事先了解系爭採購案林地樹苗生長情形，即草率承攬標案、再稱無法履約之藉口。

⑵系爭採購案林地現場於栽植時，即有考量立地條件，並編列楓香、台灣欒、桃花心木等容易栽植生長之品種，非如原告所言未考量地利條件。且被告考量107年3、4、5月確實有乾旱情形，可能造成苗木枯死，故擬請原告會同被告勘查造林地苗木短少情形，被告將簽陳酌情配撥苗木予以補植，僅補植費用須由原告負擔，惟原告於107年9月12日向被告表示不予補植，被告亦同意原告

之決定，並以107年9月25日嘉作字第1075110342號函（下稱被告107年9月25日函）通知原告，將系爭採購案之約定成活株數降至第8次刈草後之722株/公頃，並請原告依該基準維持造林木成活數，已將約定成活數降至原約定之7成5。詎至第9次刈草驗收時，系爭造林地之成活株數竟僅餘333株/公頃，較前次驗收數目大幅減少，因系爭造林地自103年起至第9次刈草時，已植林近5年之時間，殊難想像已存活5年多之樹木，仍會因為地況差異而死亡，顯見第9次刈草結果，應為人為疏失而可歸責於原告。

3.原告主張本件成活率不足係因降雨量過低所造成云云。依中央氣象局資料，105年底至106年初之乾旱季節，惟系爭採購案林地所在之關子嶺地區並非最為乾旱之地區，甚較附近其他地區有更多之降雨，被告造林記碼約200餘件，而除原告外，並無其他廠商就乾旱情況對被告提出異議。可見原告無法依約達成約定之苗木成活率，顯非自然因素等不可抗力造成。

4.原告辯稱系爭造林地於前標案時，因前廠商承攬時刈草之次數不足，致其無法履約達成存活率標準云云，與事實不符：

⑴依103年1月修訂一般造林地區造林育苗功程表(下稱103年功程表)可悉，第1-3年生造林地僅須年施行8-9次刈草即可；又因系爭造林地於前3年由前廠商決標契約時已至年底，故前廠商僅須以第2、3年刈草次數共6次作為履約標準，並無違反103年功程表之規定。

⑵系爭造林地於前3年(000-000年)由前廠商造林撫育時，期間共實行5次刈草，歷次成活株數最低亦有1,048株。

又被告對於系爭造林地之成活率業將第1、2年規定成活株數每公頃1,056株調降成第3年規定成活株數每公頃960株，可見被告為符合系爭造林地實際撫育管理情形，已調降成活標準，始公開招標後3年(106年-108年)契約。倘依原告所言係前廠商刈草次數不足緣故，則原告豈可能剛接手時之第6次、第7次刈草驗收成活株數均達每公頃900株以上。

⑶自原告第6次刈草後，106年10月26日被告即聯繫原告代表人鄭俏展罰扣原因，原告亦同意被告罰扣；又原告第7次刈草後，106年11月28日被告立即通知原告代表人鄭俏展，系爭造林地有刈斷、刈傷苗木之情形。於原告第8次刈草後，被告亦多次告知原告代表人被告得以酌情配撥苗木予以補植；惟經原告表示不願補植造林，被告遂依系爭契約約定辦理。

⑷原告稱執行第6次刈草後，即向被告行文反應部分造林地樹苗較少且低矮乙節；惟被告斯時有多次以電話向原告聯繫溝通說明，原告亦向被告表示無須回函說明並同意罰扣等語，被告遂依約就原告第6次刈草驗收結果未達契約約定而罰款，原告亦無對此提出異議。

5.原告主張被告未依「逢機取樣」之方法進行，全面清查未能回應原告自106年起提出疑義：

⑴被告前即以107年8月17日嘉觸字第1075503459號函知原告，請其於107年8月27日及28日派員會同現場勘查，以實地確認原告之主張是否屬實。雙方嗣於107年8月27日雖均有派員至被告關子嶺分站，但因原告表示不願付費補植，故雙方最後未實際進行現場勘查，被告就該第8次刈草驗收結果對原告罰款，並同時再次修正變更成活

株數為每公頃722株。

⑵系爭造林地於前廠商履約時均能依約達到成活率標準，未有遭被告罰扣之情形，而被告對前廠商及原告皆以相同之取樣方法作為驗收結果。況原告於第6次、第8次刈草後皆有因驗收結果未達標準而遭被告罰款之情形，原告不僅未對此提出異議，甚至同意被告罰款。

⑶成活率之計算係於全施作範圍平均取樣，本件施作面積11公頃多，取樣數量為10處，採不同座標區域取樣，以反映出全造林區域整體狀態，而非以部分區塊苗木成活較劣者代表全造林區域，非如原告辯稱以前廠商第2次刈草標準地樣區之調查結果反推計算出全造林區域整體態樣。且歷次驗收紀錄取樣點位座標皆不同，可推知係由不同驗收人員於現場點選進行採樣量測，符合系爭契約第12條第8項造林驗收規定之逢機取樣方法，並無驗收者主觀判斷選取之問題。

⑷原告履約之驗收方法，依系爭契約第12條驗收、第8項乙款【樣區標準】約定，以「逢機抽樣」均勻分布於造林地為之。原告施作之4次刈草，驗收時每次取10個座標點，均勻分布於履約地點即系爭造林地。且被告以「逢機抽樣」為驗收方法，於歷次驗收各推輪由不同驗收人員（主驗人員不與前次相同)點選進行抽樣，每次取樣10樣區，皆採不同座標區域取樣，每一樣本均完全獨立且係均勻分布，不受其他因素影響，自得反映出全造林區域整體狀態，並無驗收者主觀判斷選取之問題。倘被告驗收方法有誤，原告豈會同意被告歷次通知未達成系爭契約標準須依約罰扣，而無異議。

6.被告107年9月28日便簽已載明就被告與原告聯絡第1次刈

草驗收成活率未達標須罰扣時，原告不僅同意被告罰扣，甚至向被告表示無需回函說明並同意罰扣，顯見被告收文後有聯繫處理。至被告承辦人員係因以電話聯繫言詞方式處理，未符合行政院「文書流程管理作業規範」作業流程辦理，而遭懲處，故此部分已無調查證據之必要。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

被告作成原處分通知原告以其有政府採購法第101條第1項第8款及第12款所定之情事，將刊登政府採購公報，是否適法？

五、本院之判斷：

㈠原告就系爭契約履行有政府採購法第101條第1項第8款「驗收不合格，情節重大」之事由：

1.兩造約定投標及施工規範之規定：

⑴系爭契約投標須知部分：

被告系爭採購案投標須知第54點其他須知：「㈡現場勘查：1.引導勘查：請投標人依照規定時間，在指定地點集合，由本處派員引導勘查現場。2.自行勘查…。」【申訴審議卷（下稱申卷）第175頁)】

⑵兩造有關系爭造林工作成活株數之約定：

A.兩造簽約時之原約定：

施工規範(本院卷1第374-378頁)：㈠履約標的及工作說明：「1.…造林面積為11.47公頃、每公頃栽植株數為1,200株。」㈡苗木培育地點及數量：「1.新植之苗木為滿2年生，苗高最低不得少於30公分，皆為膠袋苗，苗木依本處各苗圃狀況分配提供。2.補植：107、108年度各補植1次，補植數量分為新植之20%、

10%。…。」㈤整地之標準：「1.以橫坡方式整地造林為原則…。2.造林地內及週遭之原濫植作物等應一併砍除…。5.整地工作完成後即提出由現場監工認可後，進行栽植為原則，若因氣候或特殊情形需要，得提前或申請延後栽植，並報機關核備。」㈦刈草之施工標準：「1.刈草須依照原種植之橫行或縱行，順等高線，水平條割。…6.原造林樹種及凡可撫育成林之天然林木，地徑6公分以上之雜木及樹蕨（不影響造林木生長），應予留存，一併列入撫育及計算成活率。…。」㈨廠商必須經常保持之規定成活株數：「…第3年以後規定成活株數960株…。」

B.被告於106年12月22日以嘉作字第1065231469號函(下稱被告106年12月22日函)將第3年以後成活株數，從960株/公頃變更為902株/公頃(本院卷1第378頁、申卷第153頁)。

C.被告於107年9月25日(即後述第8次刈草後)再以107年9月25日函將成活株數變更為722株/公頃(本院卷1第405-407頁)。

⑶綜合上開兩造簽約時之約定及被告就存活株數之歷次修正可知，關於系爭採購案之成活株數於原告第9次刈草後，應為722株/公頃。再者，系爭造林地經全面清點後（如後所述）其上平均成活株數僅為333株/公頃，未達系爭契約所定成活株數之50%（722株X50%＝361株）。基此事實，爰就原告爭執分述如下。

2.原告主張系爭造林區交付前成活株數明顯降低，並不可採：

⑴原告主張106年7月施作之第6次(即原告得標後第1次)刈

草距前廠商刈草長達8-9個月，且歷經3個月旱季，原造林之成活率已降低。惟按投標須知第54點其他須知㈡之規定可知，就系爭採購案，任何擬參與投標之廠商，於等標期間，均可前往系爭造林地勘查現場，以詳實估算其履約之風險與成本。原告自承投標前並未前往現場勘查(有原告108年5月6日申訴狀，見申卷第12頁)。則其於得標後空言主張被告於交付系爭造林地前，前標案負責造林及刈草之前廠商(前案履約期間為103年11月下旬至105年11月中旬)於標案所在區域關子嶺地區之旱季，成活株數即有明顯降低，系爭契約記載造林後第3年存活株樹為960株係屬不實乙節，已屬無憑。

⑵再者，依據原告履約後第1次刈草（即106-國47號第6次刈草切蔓）驗收紀錄記載，苗木成活株數為902株/公頃(本院卷1第401頁)，雖未達系爭契約原所約定960株/公頃之要求，但與系爭契約所要求之數量尚難謂有明顯之差距。對此，被告就原告因每公頃成活株數不足部分，予以扣款處理並同意調整契約規定變更成活株數為902株/公頃，有被告106年12月22日函附申卷第153頁可參。由是可知，原告延續前標案進行造林工作時，縱有其所主張於第1次刈草後成活株數降低之情事，其數量尚有902株/公頃。

⑶此外，原告第2次刈草（106-國47號第7次刈草切蔓）工作於106年10月9日開工，106年12月6日完成，依該次驗收紀錄所載，成活株數為906株/公頃(本院卷1第403頁)，亦符合修正變更後之要求，依此可見原告第1次履約完成（完工日106年7月20日）至第2次履約完成（完工日106年12月6日）期間，成活株數之數量尚無明顯之增

減(902→906株)。

3.被告就原告106年8月4日陳情函收案縱有瑕疵，不影響系爭造林地存活株數之認定：

⑴原告主張於第1次刈草完工後，發現系爭造林地存活株數不足，即以106年8月4日函陳情系爭採購案「部分造林地樹苗較少且低矮，特此請示釋疑」(原處分卷第286頁)，然被告均未積極函復處理，日後方知該函未向上呈報，已被吃案，致使系爭造林地成活株數之估算失真，歷次之驗收均在不正確之基礎上，則原告就系爭造林地存活株樹降低，有不可歸責之原因云云。

⑵經查，就原告106年8月4日陳情函文，被告所屬觸口工作站（下稱觸口工作站）事後檢討，認「人員就陳情案，未依人民申請案件流程辦理收文，確實疏失」，有觸口工作站之簽呈附卷可參(原處分卷第488頁)。惟就原告106年8月4日陳情函說明二質疑「原每公頃栽種1,200株，第3年以後成活株樹960株」部分，如上所述，既屬原告投標前得以現勘之方式釐清，然原告於投標前未現勘查明再投標，其於得標履約後，再質疑招標文件「原每公頃栽種1,200株，第3年以後成活株樹960株」係屬不實，自無可採。況觸口工作站上開函文受理行為，縱有原告指陳之瑕疵，亦僅係被告是否應就承辦人辦理懲處之問題【嗣經被告檢討認「此部分承辦人員未確實依行政院『文書流程管理作業規範』辦理，移送懲處在案」(見本院卷2第31-33頁，懲處結果公文見本院證物袋)】，就原造林存活株數之認定及被告歷次執行刈草後存活株數之估算，並無影響。是以，原告屢以陳情文收受之瑕疵，認其就造林存活株數降低有不可歸責原因，核

無可採。

4.原告主張系爭造林地第3次刈草（106-國47號第8次刈草切蔓）成活株數因氣候影響(未降雨)而降低，並非有據：

⑴原告第3次刈草工作(107年6月20日)驗收紀錄表，記載系爭造林地成活株數為722株/公頃(本院卷1第404頁)，對此原告雖主張成活株數降低之原因為投標之初成活株數即已不足，故不可歸責於原告云云。惟如前所述，原告此一主張，並不足採。

⑵至原告主張系爭造林地第3次刈草成活株數明顯驟降，可能係乾旱與林地條件不佳（樹苗稀少之惡地）因素所致乙節，被告曾於107年8月17日以嘉觸字第1075503459號函(本院卷2第69頁)通知原告於107年8月27日及28日派員會同至系爭造林地現場勘查，以實地釐清原告之主張。後雙方於107年8月27日雖均有派員至關子嶺分站討論本件細節，且被告表示考量當(107)年3、4、5月份確實乾旱情形嚴重，可能造成苗木枯死，擬由原告會同被告勘查造林地苗木短少情形後，由被告簽陳酌情配撥苗木補植，惟補植費用需由原告自行負擔。然當日因故(天候因素及到場之原告代表人表示須回公司研議被告所提補植一事)，並未會勘現場，且嗣後原告表示不願意補植。被告遂就該次驗收以扣款方式處理，同時再次修正變更成活株數為722株/公頃，有被告107年9月25日函在卷可參(本院卷1第405-407頁)。

⑶綜上，原告主張107年執行系爭林區第3次刈草後，因天候因素（降雨率偏低)造成系爭造林區成活株數降低為722株/公頃之原因云云，已因會勘當日天候及原告之故無法配合，而未實際進行現勘，則原告主張之內容，無

法藉由該次現勘釐清或為相關證據之保全，則此一舉證上之不利益，自應歸由原告承擔。是以，原告主張系爭造林地第3次刈草成活株數因未降雨而降低，因原告未能提出有利證據以為證明，自無可採。

5.原告第4次刈草（106-國47號第9次）成活株數不足部分：

⑴原告第4次刈草工作於107年10月10日開工，107年12月5日完成，依該次驗收紀錄所載，成活株數為298株/公頃(原處分卷第400頁)。原告仍主張系爭造林地之成活率自始即存在疑義，被告遂於108年1月11日以嘉觸字第1085500027號函通知原告，於108年1月16日至17日上午派員至觸口工作站關子嶺分站會同複驗，以維原告之權益(本院卷1第75頁)，但原告並未派員前往。被告再訂於108年2月13日及14日進行全面清點苗木，並以書面通知原告屆時務必派員全程參與，有被告108年2月11日嘉觸字第1085500585號函在卷可參(申卷第203頁)。原告雖以108年2月12日石在字第1080212001號函復被告略以，被告應於原告第1次刈草工作完成後即進行全面清點苗木，且全面清查後即可確知原告所主張「樣區差異」之實況等語(申卷第205-206頁)，仍未派員參與被告108年2月13日及14日所進行之苗木全面清點。嗣後經被告「全面清點」之結果，成活株數僅有3,816株(申卷第211-217頁)，平均成活株數為333株/公頃。

⑵綜上，原告就被告全面清點之工作，既未配合參與，嗣後亦未能提出證據證明系爭造林地林木存活率，於第9次刈除後成活株數驟降為298株/公頃之原因，僅主張成活株數低下原因係因前廠商造林期間即有林木存活數不足原因之延續云云，自無可採。

6.被告歷次驗收之樣區之採取合於約定，並未產生點位集中之疑義：

⑴按關於森林植物調查取樣之設計，學理上分成「逢機取樣」「目的取樣」「分層取樣」與「系統取樣」。其中逢機取樣(random sampling)，亦即機率取樣，係指每一個可能的逢機樣本，均需予以相同被抽出之機率(本院卷2第161頁)。而系爭契約書第12條「驗收」第8項「造林驗收規定」乙、樣區標準約定，以「逢機抽樣」均勻分布於造林地為之(見系爭契約書第19頁，本院卷1第360頁)。

⑵經查，有關原告施作之4次刈草，被告驗收時每次取10個座標點，均勻分布於履約地點即系爭造林地，有被告提出之106國47造林地歷次驗收位置圖及第6-9次刈草切蔓標準地調查表在卷可參(本院卷2第143-147頁、第109-115頁)。其中，被告採樣之區位圖點分別以6-1至9-10分別標示，且其取樣分布系爭造林區之各區塊，歷次驗收各推輪由不同驗收人員(第6次為技正林家德、第7次為技正蔡騰奇、第8次為技正詹宜潠，原處分卷第764-769頁)進行點選抽樣。依上開取樣結果觀之，被告每次取樣10樣區，皆採不同座標區域取樣，每一樣本均完全獨立且係均勻分布，不受其他因素影響，自得反映出全造林區域整體狀態，與合約規定之「逢機取樣」並無不合。況原告所稱本件有關取樣過於集中之6-3、7-3標準點(本院卷2第147頁)均係被告於造林範圍內隨機取樣，且相隔距離即如原告所述僅8.54公尺，既為隨機選取，並未重疊，自屬合法。況本件有關驗收「逢機抽樣」之執行，亦未規定應以就造林區航照圖網格後編號，再從

編號中逢機挑選抽樣區方辦理，故原告所述誠屬無據。至原告主張前廠商於第2、3、4、5次刈草後之驗收取樣點距離過近部分，見原告所列表格敘述(本院卷2第155頁)，因與原告是否執行系爭契約驗收不合格事實之認定無關，毋庸討論，併予敘明。

⑶此外，原告第4次刈草驗收後，成活株數僅為298株/公頃，被告為求公平及釐清雙方認知，擬於108年1月16日至17日辦理複驗，因原告並未派員前往，仍由觸口工作站主任會同政風室主任及作業課技正辦理之，經複驗結果為成活株數724株/公頃(原處分卷第686-709頁)，因與被告第9次之驗收結果（成活株數298株/公頃）差異甚大，被告遂指示辦理「全面清點」，並於108年2月13日及14日進行之。經被告全面清點後，系爭造林地平均成活株數為333株/公頃，有106年國47全面清點存活苗木統計表、清查照片、全面清點苗木紀錄單在卷可參(原處分卷第493-514頁)，亦印證系爭造林地於第9次刈草前後，造林苗木存活率大幅滑落之趨勢，足認被告上開歷次之取樣，仍具相當之準確性。

7.原告主張本件造林成活率不足係因降雨量過低所造成亦不可採：

⑴依卷附中央氣象局資料，105年底至106年初固為乾旱季節(申卷第42頁)，惟系爭採購案林地所在之關子嶺地區，並非最為乾旱之地區，甚至較附近其他地區如東原、楠西、玉井、曾文、番路、中埔、馬頭山等地區有更多之降雨(見申卷第219-226頁)，可見原告無法依系爭契約規定達成約定之苗木成活率，顯非自然因素等不可抗力所造成。

㈡再者，如上所述，系爭採購案係於106年4月27日因原告投標並決標予原告，原告於得標後，再以投標前之氣候異常導致林木存活不足，作為其得標後之林木存活率降低之辯解事由，亦屬無據。

8.綜上，依上開原告於系爭造林地執行刈草之歷程可知，在106年間，系爭造林地之成活株數尚有902、906株/公頃，惟107年間之成活株數確實有顯著驟降之情形（先由902、906株/公頃降為722株/公頃，再由722株/公頃降為298株/公頃）。雖然造林之成活率與其生長之自然環境、天候等因素息息相關，惟被告已提出系爭造林地附近之其他造林地之成活株數數據(申卷第320-344頁)，其平均成活株數均有1,071株/公頃（105-國18）及1,228株/公頃（107-國3）。此外，原告投標前未派員現場勘查，履約發生爭議後亦未積極配合派員會同被告進行現場勘查，甚至於被告全面清點苗木時，亦未派員到場具體指明疑點，則原告未試以文字、影像保全證據，以利釐清究責因素；反於申訴階段及本院審理時，空言或提出無從判讀之影像，片面主張其有不可歸責之事由云云，自無可採。從而，被告依據苗木全面清點之結果，認定原告第9次刈草切蔓驗收不合格，且苗木於106年間至少尚有902、906株/公頃，至被告全面清點後成活株數，僅為333株/公頃，不合格之情節自屬重大，均屬有據。

㈢原告就系爭契約履行有政府採購法第101條第1項第12款「因可歸責於廠商之事由致終止契約」事由之認定：

1.系爭契約第12條第8款「丙、驗收不合格之處置」約定：「…2.各項扣罰標準，如下：…⑶造林地成活株數未符合規定者：…D.成活株數未達規定成活株數之50%時，以造

林不成功論，除工資不予發放外，其減少株數扣罰栽植費4倍，終止其契約。…。」

2.查，系爭造林地經全面清點苗木後，其平均成活株數為333株/公頃，已如前述，則原告履約之結果未達系爭契約所定成活株數之50%（722株X50%＝361株），自屬明確。則被告依系爭契約約定，以造林不成功論而終止系爭契約，亦屬有憑。

㈢被告作成原處分通知原告以其有政府採購法第101條第1項第8款、第12款之情事而將刊登政府採購公報，應屬適法：

1.按政府採購法第101條第1項第8款、第12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：…八、查驗或驗收不合格，情節重大者。…十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。」而所謂「查驗或驗收不合格，情節重大」，係指機關對廠商於履約過程或履約結果所為之查驗或驗收，認其履約品質不合格且情節重大者；所謂「查驗」或「驗收」，係指機關依採購契約相關規定，定期或不定期查核廠商工作執行之情形而言；至於情節是否重大，則應綜合考量廠商履約不合格之情形係出於故意或過失、其已完成之工作或項目占合約之比例，該不合格之項目所生之損害大小等因素後，作成判斷。

2.經查，原告於系爭採購案之履約，於第9次驗收不合格且情節重大，已如前述。另第9次刈草後，經被告全面清點苗木後之平均成活株數為333株/公頃，因履約之結果未達系爭契約所定成活株數之50%（722株X50%＝361株），被告以造林不成功論而終止系爭契約，有被告108年4月30日

嘉作字第1085230460號函可稽(原處分卷第788頁)。後被告因認原告符合政府採購法第101條第1項第8款、第12款所定情事，以原處分通知原告將刊登政府採購公報，核無違誤，申訴審議判斷予以維持，亦無不合。原告仍執前詞訴請確認原處分違法，為無理由，應予駁回。

六、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決不生影響，自無逐一論述之必要，附此敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　14　　日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官　吳　永　宋

法官　林　彥　君

法官　黃　堯　讚

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

（續上頁）

（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　　110　　年　　1　　月　　14　　日

書記官　江　如　青