

裁判字號：高雄高等行政法院 99 年度訴字第 436 號 行政判決

裁判日期：民國 100 年 06 月 22 日

案由摘要：政府採購法

高雄高等行政法院判決

99 年度訴字第 436 號

民國 100 年 6 月 8 日辯論終結

原 告 學志營造有限公司

代 表 人 蔡玉潘

訴訟代理人 洪國欽 律師

蔡秋聰 律師

被 告 經濟部水利署第六河川局

代 表 人 何建旺

訴訟代理人 黃紹文 律師

複代理人 黃溫信 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 99 年 5 月 28 日訴 0990139 號申訴審議判斷，提起行政訴訟
，本院判決如下：

主 文

申訴審議判斷及原處分（含第 2 次異議處理結果即被告 99 年 3 月 1
日水六工字第 09951006330 號函）均撤銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

緣原告參與被告所辦理「菜寮溪無名橋段護岸及疏浚緊急工
程併辦土石標售」（下稱系爭工程）採購案，而於民國 98 年
7 月 29 日簽訂系爭工程採購契約，原告於 98 年 8 月 7 日開工，
工期 180 日曆天，預定於 99 年 2 月 2 日完工。系爭工程開工之
後，被告因認原告施工進度落後，於 98 年 12 月 5 日以水六工
字第 09801031060 號函（下稱被告第 09801031060 號函）知原
告，系爭工程進度至 98 年 12 月 1 日落後超過 21.78%，尚未改
善落後 20%以上達 10 日以上，將依政府採購法第 101 條、第 10
2 條、及同法施行細則第 111 條規定辦理。嗣被告另於 98 年 12
月 15 日以水六工字第 09801031790 號函（下稱被告第 0980103

1790 號函) 知原告，因系爭工程進度落後超過 20% ，限於 99 年 1 月 15 日前改善，否則將依政府採購法第 101 條、第 102 條、及同法施行細則第 111 條規定辦理，因認原告仍未改善，被告遂於 99 年 1 月 22 日以水六工字第 09901002210 號函（下稱被告第 09901002210 號函），以系爭工程至 99 年 1 月 15 日（被告誤載為 98 年 12 月 15 日，此經被告於 99 年 12 月 31 日答辯（4）狀中陳明）之預定進度為 86.0%，實際進度為 24.3%，落後 61.7%（ $86.0\% - 24.3\% = 61.7\%$ ），通知原告，將依政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款規定，刊登政府採購公報。原告不服，先以 99 年 2 月 1 日學志（98）無名橋字第 D039990201A 號函（下稱原告第 D039990201A 號函）申請被告展延工期，並以 99 年 2 月 11 日學志（99）無名橋字第 D47990211A 號函（下稱原告第 D47990211A 號函）對被告第 09901002210 號函提出異議，嗣經被告審議，以 99 年 2 月 11 日水六工字第 09901005430 號函（下稱被告第 09901005430 號函）同意將預定完工日期延至 99 年 2 月 24 日，並以 99 年 2 月 22 日水六工字第 09950020960 號函（下稱被告第 09950020960 號函）知原告「至限定改善期限 99 年 1 月 15 日，系爭工程之預定進度為 60.0%，實際進度為 24.3%，故落後 35.7%（ $60.0\% - 24.3\% = 35.7\%$ ）；但至 99 年 2 月 10 日之預定進度 85.0%，實際進度為 85.4%，超前 0.4%（ $85.4\% - 85.0\% = 0.4\%$ ），故有關政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款之適用情形消失，被告不依政府採購法第 102 條第 3 項辦理」等語在案。被告嗣復以 99 年 3 月 1 日水六工字第 09951006330 號函（下稱被告第 09951006330 號函）知原告：「一、依據經濟部水利署 99 年 2 月 23 日經水工字第 0995335090 號函。二、旨揭採購，貴公司之異議理由為莫拉克颱風降雨影響，對此本局已同意展延 22 日曆天，工程期限至 99 年 2 月 24 日，預定進度調整為 60%，工程實際進度為 24.3%，落後仍逾 20%，此理由本機關礙難同意。三、本機關前文（經濟部水利署第六河川局 99 年 2 月 22 日水六工字第 09950020960 號函）註銷。」等語，原告不服，提出申訴，遭審議判斷駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、本件原告主張：

(一) 自 98 年 12 月 15 日起，原告之實際工程進度是否落後展延後預定進度達 20% 以上？

1. 經查，依系爭工程合約所載，關於施工便橋部分，並未規定須使用何種材質，是以原告於 98 年 9 月 22 日施工便橋施作完成後，被告不予承認，才會導致原告實際施工進度落後達 20% 以上。故被告於 98 年 9 月 11 日就施工便橋之權重比，給予原告 1.2251%，嗣於 99 年 1 月 15 日給予原告 6.316%，是原告以 98 年 9 月 22 日施工便橋完成時為基準，計算被告應給予原告之施工進度〔依被告 99 年 11 月 22 日所提出系爭工程進度表所載實際進度，從 98 年 12 月 15 日起至 99 年 1 月 14 日止，加計 14.565% (即 $15.79\% - 1.2251\% = 14.565\%$)，從 99 年 1 月 15 日起，加計 8.249% (即 $14.565\% - 6.316\% = 8.249\%$)〕。
2. 原告 100 年 2 月 17 日所提修正後之系爭工程進度表內容，原告實際施工進度落後展延後預定進度 20% 以上之日期為 98 年 12 月 29 日，被告卻以被告第 09801031790 號函通知原告限期改善，被告通知原告限期改善之程序於法有違。至被告所提出之工程數量計算表 (丙)，係屬被告之內部文件，並未附於系爭工程契約內，原告並不知悉，是以被告不得事後執此內部文件苛責原告，而要原告自行負擔工程進度落後之風險。
3. 另被告辯稱：「一、本件關於施工便道之部分在契約內雖僅有單價，並未有詳細之材料施工圖，但查該項工程施工便橋預算編列達新臺幣 (下同) 2,990,000 元，原告投標後契約價亦達 1,952,022 元，．．．。上述施作要求被告開工時即告知原告，原告亦知悉此項要求並同意．．．。」等語，足見被告亦自認公告招標採購契約內，並未載明施工便橋之材料施工圖，是原告於 98 年 9 月 22 日施作完成之便橋，被告不予認列，核屬無據。況被告之招標文件，並未載明施工便道之預算金額，原告無從知悉施工便道應用何種材質，否則，原告之投標價格與預算價格相差 1,037,978 元之譜，倘若原告可以預見該便橋之材料施工圖，就不可能以如此低之價格投標。抑且，被告並未於開工時即

告知原告施工便橋之材料施工圖，被告所提 98 年 8 月 14 日水六工字第 09801020260 號函，亦未說明施工便橋須用何種材質，否則，原告何須多浪費時間及金錢趕在 98 年 9 月 22 日完成施工便橋，是被告係故意混淆事實，誤導鈞院，故被告所辯洵無足採。抑且原告於 99 年 1 月 13 日另施作之 H 型鋼便橋，係應被告要求僅供被告拍照報備上級機關所用，而原告實際施工車輛，仍由原先於 98 年 9 月 22 日施作完成之便橋進出。

(二) 如自 98 年 12 月 15 日起，原告之實際工程進度落後展延後預定進度達 20% 以上時，被告是否應再以書面通知原告限期改善？

系爭工程經被告第 1 次以被告第 09901005430 號函復原告，准予展延工期至 99 年 2 月 24 日，已足認定原告並無可歸責之事由而延誤履約期限，從而，被告以原告之實際工程進度落後原定進度達 20% 以上之事實，已發生變更，此時，倘若被告認定原告之實際工程進度落後展延後之預定進度 20% 以上時，仍須再依政府採購法施行細則第 111 條第 2 項第 1 款規定，通知原告限期改善，方符正當法律程序。蓋系爭工程之原預定進度與展延後之預定進度，係二個不同之法律事實，被告必須分別踐行正當法律程序，方屬適法。準此，被告准予原告展延工期後，倘若認定原告施工進度有落後展延後預定之施工進度時，則應再通知原告限期改善，惟被告卻未再通知原告限期改善，主張以原告落後展延後之預定進度達 20% 以上，並依政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款規定處分原告，顯有違誤。

(三) 政府採購法施行細則第 111 條第 2 項第 1 款所謂「屆期未改善者，依逾期日數計算之」等語，如何解釋？

1. 按「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 10 日以上。前項百分比之計算，應符合下列規定：1. 屬尚未完成履約而進度落後已達前項百分比者，機關應先通知廠商限期改善

；屆期未改善者，依逾期日數計算之。2. 屬已完成履約而逾履約期限者，依逾期日數計算之。」政府採購法施行細則第 111 條定有明文。而上揭第 111 條第 2 項第 1 款之規定，係針對工程履約期限屆滿前，工程進度有落後之情形而言。是以，該款規定所謂之「屆期未改善者，依逾期日數計算之」等語，係指廠商經通知限期改善而未改善，依逾限期改善期日起計算 10 日，如此解釋方符法理。蓋工程履約期限既未屆滿，廠商在民事責任上並不須負遲延責任，而行政機關在工程履約期限屆滿前，就要對廠商課以停權之處分，此已係對人民權益造成重大之影響，而政府採購法施行細則第 111 條第 2 項第 1 款係屬法規命令，在無法律明確授權就要對未屆滿履約期限之廠商課以停權之處分情形下，顯有違反法律保留原則。從而，對於有違憲之虞的條款，在未被宣告違憲之情形下，解釋上應從嚴解釋，避免人民之權益被過度侵害。

2. 申言之，系爭工程原定完工日期為 99 年 2 月 2 日，倘若原告逾 99 年 2 月 2 日仍未完工時，則須負遲延責任，反之，倘若原告能夠準時於 99 年 2 月 2 日完工，則不須負遲延責任。而政府採購法第 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。」該規定係謂「延誤履約期限」，亦即有遲延責任之情形發生而言，然同法施行細則第 111 條第 2 項第 1 款卻將履約期限屆滿前之施工進度落後之情形，予以擴大規範處罰，此顯然已逾越母法之授權範圍。因之，廠商只要如期完工，就不可能有「延誤履約期限」之情形發生，故政府採購法施行細則第 111 條第 2 項第 1 款規定，在未被宣告違憲之情形下，解釋上應從嚴解釋，避免人民之權益被過度侵害。

3. 另被告辯稱：「參、．．．。三、又依兩造契約書第 37 條第 1 項第 9 款，於『因可歸責於廠商之事由，致進度較契約進度落後百分之二十以上者，於巨額工程進度較契約進度落後百分之十以上者』，．．．可見有上開事由即得依第 101 條第 10 款之規定刊登公報，且並不以進度落後達 10 日以上為要件。此一要件內涵既在契約中已有明定，自可不

適用政府採購法施行細則第 111 條於『未載明』時之補充規定，故自無依前開細則規定催告之必要．．．，故本件應無逾催告期限 10 日始得刊登公報之問題。」等語，被告顯係誤解系爭工程契約規定。蓋系爭工程契約第 37 條第 1 項第 9 款規定：「廠商有下列情形之一，機關得以書面通知廠商終止或解除契約，且不補償廠商因此所生之損失，併依政府採購法第 101 條至第 103 條規定處理：．．．。9. 因可歸責於廠商之事由，致進度較契約進度落後百分之二十以上者；於巨額工程進度較契約進度落後百分之十以上者。」等語，而該條款對於何謂進度落後百分之二十以上，並未說明，亦未載明被告得不經催告通知原告限期改善，僅規定被告得以書面通知原告終止或解除契約。從而，對於該條款所規定之進度落後百分之二十以上之解釋適用，自應依照政府採購法施行細則第 111 條規定。況政府採購法施行細則第 111 條規定，係對人民權利最低限度之保障，被告不得以契約加以排除，否則，被告可於系爭工程契約中規定只要進度落後百分之五，就可通知原告終止或解除契約，為何系爭工程契約未如此規定？足見系爭工程契約之規定，仍須受政府採購法施行細則第 111 條之規範，才會於系爭工程契約中規定「進度較契約進度落後百分之二十以上者」等語，此與政府採購法施行細則第 111 條規定相符。準此，被告上開辯稱，尚非有據，委無足採。準此，本件被告以第 09801031790 號函通知原告，限期於 99 年 1 月 15 日前改善，旋即以第 09901002210 號函知原告，有政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款情形，足見自 99 年 1 月 15 日起算，尚未逾期 10 日，原處分顯然違法甚明。

(四) 如原告實際工程進度落後原預定進度達 20% 以上時，是否具有可歸責之事由，而達情節重大？

1. 觀諸系爭工程第 1 次申請展延工期分析表所載：「．．．。三、申請展延工期理由說明與天數分析：（依據『經濟部水利署辦理工程工期核算注意事項』分析計算）1. 影響工期理由：『本工程 98 年 8 月 7 日開工，8 月 6 日發布颱風警報，因遭逢莫拉克颱風侵襲，連續豪雨水位暴漲，致無法

施工。』分析計算：『．．．三、實際影響工作天數．．．
．2日工作天。』可展延天數：『2天（工作天）。』2. 影響工期理由：『本工程降雨後工地泥濘，施工機具無法進場施工。』分析計算：『本工程原工期內因豪雨後工地泥濘，施工機具無法進場施工之日期8月11日、8月13日、8月14日、8月15日、8月18日、9月1日、9月11日、9月28日、10月1日、10月2日、10月6日、12月17日，共12日工作天。』可展延天數：『12天（工作天）。』3. 影響工期理由：『可展延期間（99年2月3日至99年2月24日）不計工作天之預估降雨日及休息日數。』分析計算：『．．．可自：99年2月3日展延至99年2月24日．．．。』可展延天數：『8天（降雨日、休息日）。』合計可展延天數22天．．．。六、審查意見：經核展延工期理由屬實，且申請展延日數22天依規定核算，擬同意展延工期至99年2月24日報竣。．．．。」等語，足見系爭工程於98年12月15日前，就有13天（工作天）不可歸責於原告致無法進場施工，而被告亦於99年2月11日認定原告99年1月22日前之工程進度落後，係不可歸責原告之事由，而准予展延工期至99年2月24日。準此，被告既准予系爭工程展延工期至99年2月24日，足證原告工程進度落後原預定進度，係屬不可歸責之事由，是被告及行政院公共工程委員會（下稱工程會）仍以調整後之工程進度，計算原告實際工程是否落後達20%，即失所依據。故而，原告並無政府採購法第101條第1項第10款所規定之事由存在，甚為明確。

2. 系爭工程受88水災之故，工地積水泥濘，施工機具及人員無法進場施作，原告清除工地之淤泥及漂流木，就花了近1個月時間，然被告卻僅准原告展延9工作天（即8月7日、8月10日、8月11日、8月13日、8月14日、8月15日、8月18日、9月1日、9月11日），此觀被告因系爭工程豪雨後工地泥濘，施工機具無法進場施工，而准予原告展延之天數，即知其不合理之處，蓋被告准予展延之天數包括8月11日、8月13日、8月14日、8月15日、8月18日，施工機具無法進場施工，則8月12日、8月16日、8月17日施工機具當

然亦無法進場施工，但被告卻不准原告展延，而施工預定進度持續進行，才會導致原告實際施工進度落後之原因，此皆非可歸責於原告之事由，亦未達情節重大之情形。

(五) 關於減作私人土地部分，是否會影響工期？

依兩造所簽訂之系爭工程合約中所附施工補充說明書內所載：「．．．。貳、一般規定：．．．。二、本工程之工程用地由業主提供，其用地之徵收及地上物之補償費由業主負責辦理。．．．。」是以，被告對於工程用地如屬私人所有，則負有徵收或補償之義務。系爭工程 B 工區，臺南市山上區石子崎段 253-1、253-2 地號之土地所有權人為陳黃玉等人，同段 254、255、256、257 地號之土地所有權人為林源芳等人；C 工區，臺南市山上區石子崎段 266 地號之土地所有權人為林源芳等人、同段 267 地號之土地所有權人為陳燕柔，同段 268 地號之土地所有權人為黃宗烈、同段 271-3、271-4 地號之土地所有權人為林源芳等人、同段 274 地號之土地所有權人為蔡慶見等人；D 工區，臺南市左鎮區菜寮段 85、85-1、85-2、86、86-1 地號之土地所有權人為林春堂等人、山上區牛稠埔段 358-15 地號之土地所有權人為蘇蔡玉美，牛稠埔段 358-32、358-33 地號之土地所有權人為黃偉祺；E 工區，臺南市山上區牛稠埔段 90 地號之土地所有權人為張富昭。再系爭工程共分為 5 個工區（即 A 工區、B 工區、C 工區、D 工區、E 工區），其中 B 工區及 D 工區為土方標售區，而 B 工區、C 工區、D 工區及 E 工區內皆有私人所有之土地在其內，惟被告卻將其一併公告招標採購，但公告內沒有說明該工區有私人土地存在，迨至原告得標後要至 B 工區、C 工區、D 工區及 E 工區施工時，私有地之地主才出面阻擋，造成原告無法進場施工，斯時被告要求原告出面與私有地之地主進行溝通協調補償事宜，而原告也花了將近 1 個多月時間溝通無效後，被告才同意變更設計系爭工程，並取消該私有地部分之挖除工程，此觀被告工程變更設計會勘紀錄略載：「壹、會勘情形：．．．。3. 本工程 B 工區為土方標售區，．．．部份為私有地，地主不同意挖除，如挖除公有地

，將造成孤島情形，建議取消該段標售。貳、結論：．．．
．．．3. 本工程B工區為土方標售區，．．．部份因涉私有地，地主不同意挖除，擬同意取消該段標售。．．．。局長9月30日簽准。」「壹、會勘情形：．．．。3. 本工程D工區為土方標售區，．．．部份為私有地，地主不同意挖除，如挖除公有地，將造成孤島情形，建議取消該段標售。貳、結論：．．．。3. 本工程D工區為土方標售區，．．．部份因涉私有地，地主不同意挖除，擬同意取消該段標售。．．．。局長11月3日簽准。」等語。據此，原告因私有地之地主阻擋，又與私有地之地主溝通協調補償事宜，造成原告無法進場施工長達1個多月，似此情形皆屬不可歸責原告之事由，然被告卻不准原告展延該工期，仍按施工預定進度進行，才會導致原告實際施工進度落後之原因。從而，B、C、D、E等4個工區，皆有私人土地在內，且範圍廣大，被告皆未事先與私人土地之地主協調溝通土地徵收或補償事宜，就逕行劃入施工用地而辦理公開招標，事後又要原告與私人土地之地主協調溝通，而又不准原告就此等無法施工之時間辦理展延。足見被告違法將私人土地辦理公開招標在先，又要原告彌補被告違法行為在後，證明原告並無可歸責之情事甚明。準此，系爭工程每個工區間之施工，彼此間是相關連，被告雖曾口頭指示原告就B工區及D工區不要進去挖除私人土地，但原告仍須等到被告會勘確定行文原告，並辦理減作後，系爭工程契約才算變生效，況B工區於98年9月30日被告才簽准減作，而D工區於98年11月3日被告才簽准減作，二者就相差了1個多月，難謂於工期無影響。

(六) 關於被告以被告第09951006330號函撤銷被告第09950020960號函，是否違法？

1. 按行政處分如不能再以通常之救濟途徑（訴願及行政訴訟），加以變更或撤銷者，該處分即具有形式之存續力，又其內容對相對人、關係人及原處分機關發生拘束之效力，而發生實質存續力，因此，於負擔處分如無違法情形，行政機關不得逕依職權予以撤銷，最高行政法院95年度判字

第 01551 號判決意旨足參。本件被告以被告第 09950020960 號函復原告略謂：「．．．。說明：．．．二、．．．故有關政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款情形已消失。三、綜上，本機關不依政府採購法第 102 條第 3 項辦理，．．．。」等語，此係對原告有利之異議處理結果，而原告當然不得對之再提起申訴及行政訴訟。準此，該異議處理結果已具有形式及實質之存續力，原告及被告均應受其拘束，被告更不能依職權逕行撤銷該異議處理結果。惟被告嗣後以被告第 09951006330 號函撤銷被告第 09950020960 號函，違反行政程序法第 117 條規定。蓋被告第 09950020960 號函並無違法，被告卻予以撤銷，故被告第 09951006330 號函，顯然於法有違。

2. 再者，縱令被告第 09950020960 號函係屬違法，然被告予以撤銷亦違反行政程序法第 117 條第 2 款規定，蓋原告並無行政程序法第 119 條所規定信賴不值得保護之情形存在。抑且，系爭工程皆已如期完工，被告亦未終止或解除契約，更未對原告處以逾期罰款，足見原告對系爭工程已按契約如期投入人力、財力及時間，原告之履約能力亦無庸置疑，否則何以會在 99 年 1 月 22 日落後預定進度 20% 起，至 99 年 2 月 10 日超前預定進度（99 年 2 月 10 日工程預定進度 85%，工程實際進度 85.4%），在不到 1 個月的時間內，原告之實際施工進度已超越預定進度，從而，被告於 100 年 2 月 17 日準備程序陳稱：「（法官：99 年 1 月 22 日之前落後 20%，前面落後有無造成被告之具體損害？）依政府採購法目的並不一定有具體損害，本件並無具體財產上損害，僅是廠商是否具有優良履行能力之廠商，我們認為廠商履約能力有問題，無法再給他們承攬公共工程。」等語，被告主張原告履約能力有問題，顯屬無據，洵無足採。據此，被告以被告第 09951006330 號函撤銷被告第 09950020960 號函，係屬違法，申訴審議判斷予以維持，亦非適法，皆應予以撤銷。

- (七) 被告依政府採購法第 101 條規定，將原告刊登政府採購公報，是否違反比例原則？

1. 按政府採購法第 101 條立法理由所略以：「明定對於廠商有違法或重大違約情形時，機關應將其情形通知廠商，並經異議及申訴之處理程序後，視其結果刊登於政府採購公報，以作為各機關辦理其他採購案時，於招標文件規定該等廠商不得參加投標、作為決標對象或分包廠商之依據，以杜不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境。．．．。」故對於不良廠商刊登公報之要件應考慮者，除違法外，在違約行為部分，尚須有重大違約之情形（例如故意或重大過失之違約行為），且應考量行政程序法之比例原則規定，故廠商有違約情事，不考量行政程序法上原則，即一律予以刊登公報，當然與政府採購法之立法目的不符（參照台北高等行政法院 99 年度訴字第 858 號判決要旨）。
2. 原告不服被告第 2 次異議處理之結果，向工程會提起申訴，案經工程會通知雙方於 99 年 4 月 20 日開預審會議，會議當中雙方達成協議，只要原告於 99 年 5 月 4 日前完成待辦事項，被告將不依政府採購法第 101 條、第 102 條及同法施行細則第 111 條之規定辦理，工程會亦同意比照辦理。是以，兩造旋於 99 年 4 月 21 日就系爭工程待辦事項進度進行檢討，並作成會議紀錄，被告再以 99 年 4 月 29 日水六工字第 09901012170 號函檢附系爭工程待辦事項進度檢討會議紀錄影本予原告，而原告亦遵期於 99 年 5 月 4 日前完成上開系爭工程待辦事項，並以 99 年 5 月 4 日學志（99）無名橋字第 D061990504A 號函復被告知悉，被告並以 99 年 5 月 12 日水六工字第 09901013830 號函復原告所提待辦事項完成案備查在案。則本件原告業已履約完成而經被告驗收合格，且無逾期而遭被告罰款，亦未遭被告解除或終止契約。此皆證明本件工程進度落後並非可歸責於原告，亦無違約情形發生，揆諸台北高等行政法院 99 年度訴字第 858 號判決見解，倘若被告仍對原告刊登公報，並予以停權處分，顯然有違比例原則。抑且，原告於 99 年 3 月 1 日申報完工，被告卻於同日發文註銷被告第 09950020960 號函（即第 1 次異議處理結果），被告行為違反行政程序法第 8 條誠信原則之規定

。

3. 關於菜寮溪之汛期為何？如果馬上重新招標是否會影響到汛期？

關於菜寮溪之汛期為每年7月至9月間。縱令菜寮溪之防汛期為每年5月1日至11月30日，倘若被告於99年1月22日終止或解除契約，而再重新辦理招標，並不會影響到防汛期。蓋原告在99年1月22日落後預定進度20%起，至99年2月10日超前預定進度（99年2月10日工程預定進度85%，工程實際進度85.4%），在不到1個月的時間內，原告之實際施工進度已超越預定進度。抑且，系爭工程於99年3月1日申報完工。準此，原告從99年1月22日落後預定進度20%起，至99年3月1日申報完工止，共計37個日曆天（含春節9天假日及4天休假日），足見原告尚未完成之工程可以在24個工作天（即37個日曆天－13天假日＝24個工作天）完成。從而，倘若被告於99年1月22日終止或解除契約，而再重新辦理招標，距離5月1日防汛期尚有3個多月，故不會影響到汛期等情，並聲明求為判決申訴審議判斷及原處分（含第2次異議處理結果）均撤銷。

三、被告則以：

- （一）按因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者，應將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，政府採購法第101條第1項第10款定有明文。又依系爭工程契約第37條第1項第9款規定：「因可歸責於廠商之事由，致進度較契約進度落後百分之二十以上者，於巨額工程進度較契約進度落後百分之十以上者，機關得以書面通知廠商終止或解除契約，且不補償廠商因此所生之損失，併依政府採購法第101條至第103條之規定處理。」系爭工程係非屬巨額工程，依兩造契約約定，如工程遲延達20%以上者，顯已構成情節重大之事由，被告自得依政府採購法及契約之規定，通知廠商依政府採購法第101條第1項處理。系爭工程位置在台南縣左鎮鄉，工程期限為180日曆天，契約金額為2,031萬元，工程內容為護岸工程1,140m，開工日期為98年8月7日，預定完工日期為

99年2月2日。本工程開工日期為99年8月7日，雖遇八八風災，但風災經過數日後原告卻不積極施工，經被告多次催促，原告仍無作為，遲至99年1月8日工程材料石籠網、土石籠網才第1次檢驗合格，主要工程石籠護岸、土石籠護岸99年1月10日才開始施作，故本件之工程落後，並非因八八風災之故，原告主張因風災造成無法施工有不可歸責事由乃片面之詞。本工程開工後，原告不積極施工，98年10月底工程進度開始落後時，被告立即發函告知，並催促趕工。被告所屬工務所一再定期召開施工進度檢討會，由被告主管人員主持並做成紀錄發函要求趕工，但原告雖口頭承諾卻無實際行動。被告甚且由副局長親自主持趕工會議，但工程進度仍無改善，查其原因係原告公司組織不健全，人員更換頻繁，造成工作銜接不順，為影響進度重要因素，現場人員對公司高層頗有怨言，對工作必不用心投入，且施作人員經驗不足，經被告所屬工務所告知如何改善仍無具體對應措施，乃造成進度長期落後，乃有本件之爭議。

(二) 98年12月15日起，原告實際工程進度是否落後預定進度達20%以上？

1. 依98年12月15日至99年1月22日之監工日報表影本，原告於98年12月15日之施工進度已落後40.2%，至99年1月15日落後之進度則達61%，顯已違反系爭工程契約第37條第1項第9款之規定，得依政府採購法第101條之規定辦理，被告於98年12月5日及12月15日即分別以函文通知原告進度落後達10日以上，並要求改善，原告於當時對上開進度落後之事實均未有所爭執。依第2次展延工期之工程網狀圖及修正後之進度表，98年12月15日修訂後預定進度為 $29\% + 10/15 \times 6 = 33\%$ ，但原告實際進度僅達6.71%，又99年1月15日修訂後之預定進度為 $54\% + 15/15 \times 6 = 60\%$ ，但原告實際進度為24.3%，故該期間原告工程進度顯大幅落後達20%以上，故依修正後之進度表，原告於98年12月15日至99年1月15日之期間，始終落後進度達20%，並未有所變更。
2. 又關於已完成工程進度部分，原告抗辯於98年9月22日即

已施作施工便橋，該項工程進度比重佔 15.79%（此應為修正後之比重），但為何當時僅列計工程進度 0.1。但查系爭工程施工便橋費預算編列達 299 萬元，廠商投標後契約價亦達 1,952,022 元，編列如此高之費用，是設計者考量土石載運施工如經當地橋樑易生危險，會有居民抗爭之情事，故編列施設 H 型鋼便橋，且當地土質鬆軟，如施設廠商所設簡易跨河構造物，易遭沖毀而影響工程進度。本件工程係於 98 年 8 月 7 日開工，嗣原告提出開工案，被告於 98 年 8 月 14 日之通知備查函，即已表明「本工程編有施工便橋設施費，請依規定施設便橋，如未施設將扣除該項費用」，由於原告均未依要求施設，被告即多次通知辦理，原告均同意辦理，此除有 98 年 11 月 6 日之會議紀錄外，另有 98 年 11 月 12 日、98 年 11 月 20 日、98 年 12 月 2 日之施工進度檢討會議紀錄結論可按，廠商均同意施設，並會同工務所查驗，原告自有施設之義務，原告稱並無施設之義務，且稱該便橋僅供拍照之用，不影響進度之認列，並非事實。原告於 99 年 1 月 15 日完成部分之施工便橋時（約 30 幾公尺），被告即於當日以 40% 列計其施工進度，連同在 98 年 12 月 15 日之前已核給之 10% 進度，已認列進度達 50%。依上述部分施工便橋既係於 99 年 1 月 15 日始部分完工並完成查驗，被告於當日列計 40% 之進度，此係因該項屬雜項工程，進度需與主要工項配合，該項設置仍需主要工項完工後始可拆除，期間仍需維護整理，故認列完成 50%，並無不當。且依被告於所提出之進度表，即令 99 年 1 月 15 日再增給 50%（即 7.90）之施工進度，其實際完成進度亦僅達 32.21，而預計進度為 60，原告進度仍落後 20% 以上，自構成違約之重大事由。且即便全部認定完成，99 年 1 月 22 日實際進度增加 0.5×15.79 （進度權重）= 7.90，完工進度變為 42.29%，展延後預定進度為 67%，仍落後達 20% 以上，故原告主張係因施工便道未列入完工進度，致影響落後進度之計算尚非有據。且依原告提出之 98 年 9 月 11 日之監工日報表，原告當時之主要工程進度為零，前一日之全部工程累計進度為 0.55%，原告卻主張當日應再加計 14.565% 之便橋工

程進度，顯無所據，亦不合理。又原告於爭點狀所提出之進度表，係原告在本件爭訟中自行片面估算，自不得據以為認定完工進度之依據。

(三) 如自 98 年 12 月 15 日起，原告實際工程進度是否落後預定進度達 20% 以上時，被告是否應再以書面通知限期改善？

1. 本件爭訟之原處分係被告第 09901002210 號函，在此之前，被告已於 98 年 12 月 5 日及 15 日、12 月 23 日分別以函知原告自 98 年 12 月 1 日起已有重大遲延應予改善，改善之期限為 99 年 1 月 15 日，原告並未改善，故乃做成被告第 09901002210 號函，在程序上並無不符。雖在做成處分之後，本案有 2 次准予展延工期之情形，但依展延後之修正預定進度表，原告在上開處分所指之期間內仍有進度落後達預定進度達 20% 以上，且日數達 10 日以上之情形，其違約情形並未有所變更，自無再行以書面通知改善之必要。
2. 又依系爭工程契約書第 37 條第 1 項第 9 款之規定，於「因可歸責於廠商之事由，致進度較契約進度落後百分之二十以上者，於巨額工程進度較契約進度落後百分之十以上者」，即得解除契約，並依政府採購法第 101 條規定辦理，可見有上開事由即得依第 101 條第 10 款之規定刊登公報，且並不以進度落後達 10 日以上為要件。此一要件內涵既在契約中已有明定，自可不適用政府採購法施行細則第 111 條於「未載明」時之補充規定，自無依前開細則規定催告之必要。被告於被告第 09901002210 號函於說明欄業已載明一，依合約第 37 條及政府採購法辦理，於說明欄二，則具體說明自 98 年 12 月 5 日已通知改善，但進度落後仍持續擴大，工程實際進度已較預定進度落後 61.7%（算至 98 年 12 月 15 日止，此部分應為 99 年 1 月 15 日之誤載），有政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款之情形，故本件應無逾催告期限 10 日始得刊登公報之問題。如前述政府採購法第 101 條並未有應書面通知改善之規定，依兩造契約第 37 條第 9 款亦未有要求要書面通知限期改善之要件，被告以書面通知原告改善，已給予原告補正之機會，原告逾期未改善，且其進度落後之情節重大，被告依政府採購法第 101 條第 1 項及

契約規定辦理，自無違誤。又政府採購法施行細則之規定，既僅係具有「補充」採購契約之性質，於契約既有約定，基於契約自由之原則，且於招標訂約當時原告對採購契約內容均未提出異議，乃又主張契約約定對於廠商保障之程度低於施行細則之補充規定，應屬無效，自不足採。

- (四) 關於政府採購法施行細則第 111 條第 2 項第 1 款所謂「屆期未改善者，依逾期日數計算之」等語，如何解釋之爭議：原告主張被告通知於 99 年 1 月 15 日改善，所謂之 10 日，應於逾限期改善之日起計算 10 日，故本件應算至 99 年 1 月 25 日仍有上開情事始得處分，本件被告係於 99 年 1 月 22 日即作成通知處分函，故不符合要件。但被告認為只要有進度落後 20%，且連續達 10 天即符合契約約定之要件。且政府採購法施行細則第 111 條第 2 項係規定：「前項百分比之計算應符合下列規定：1. 屬尚未完成履約而進度落後已達前項百分比者，機關應先通知廠商限期改善，屆期未改善者，依逾期日數計算之。」故此一「依逾期日數計算之」之規定，係針對落後百分比之計算而來，故第 2 項之前段即明白揭示「前項百分比之計算」，顯非係在解釋 10 日之起算點，原告之主張自不足採。

- (五) 如本件原告之實際工程進度落後原預定工程進度達 20% 以上時，是否具有可歸責之事由，且情節重大？依政府採購法第 101 條第 1 項及契約之規定，只要有延誤履約期限之情事，其情節重大者，均可依政府採購法之規定辦理，縱之後廠商追趕進度如期完工，仍不影響違反政府採購法第 101 條第 1 項規定之事實。原告向工程會提出採購申訴，當時工程雖已完工，但不影響其延誤已違反政府採購法第 101 條第 1 項規定之事實。又於 99 年 4 月 20 日在工程會申訴預審會議中，兩造並未曾達成原告於 99 年 5 月 4 日前辦理完成待辦事項，被告即承諾將不依政府採購法第 101 條、第 102 條及同法施行細則第 111 條規定辦理之協議，對於原告完成應辦事項後是否仍依政府採購法之規定辦理，為基於立法之目的保留自行裁量之決定權。系爭工程雖已完工，但於履約施作之過程中，原告之履約態度及工作能

力實均有予檢討責難之處，在此期間，被告甚且因此工程差一點為上級之經濟部懲處（本件為經濟部列管之振興經濟方案工程），直接上級主管機關經濟部水利署亦明示本件應依政府採購法之相關規定辦理，衡其情節被告依政府採購法第 101 條、第 102 條規定辦理，自難認有違法可言。原告雖主張之所以履約會有遲延之情事，係因風災降雨致場地泥濘之情事，故有不可歸責之情事，但查依第 1 次展延工期申請影本，展延至 99 年 2 月 24 日竣工之理由，主要係因 98 年 8 月、9 月、10 月、12 月間有下雨致工地泥濘，依第 2 次展延工期申請書影本：展延至 99 年 3 月 1 日竣工之理由，主要係因 99 年 3 月 1 日之後，有 3 日因下雨致工地泥濘，原告係主張本件工程因天氣及工地環境因素，被告同意准予展延工期至 99 年 2 月 24 日，故可見系爭工程進度落後原告並無可歸責之事由。又本件原告之履行契約及管理能力的確有嚴重之問題，除本件工程在工期中有嚴重落後之情形外，原告承攬 98 年度「菜寮溪九空橋下游段護岸及疏浚緊急工程併辦土石標售」一案，亦有進度落後 20% 以上之情形，被告亦曾發函督促改進，可見原告辯稱係不可歸責並無理由。又被告雖已准予展延工期，但依展延後之施工預定進度表，原告確仍有嚴重進度落後之情形，可見工程之遲延與氣候因素無關，原告是否有在完工日期前完工，與原告在履約中是否有進度落後情節重大之情形是兩回事，原告履約中施工不力，人員經驗不足，致工程進度落後，自屬可歸責於原告。

（六）關於減作之部分，是否影響工期？

原告雖主張本件工程因有減作數量，且遲至 98 年 11 月 5 日會勘確定始能繼續施工，故截至 99 年 1 月 15 日止，原告之實際進度為 53.039%。但查 99 年 1 月 15 日會勘前，系爭工程之 A 工區 98 年 12 月份施作部分，係不符規定之材料，被告前已函告改善，需拆除重做，故不列入工程進度，又其餘工區則係零星施作，此有 99 年 1 月 15 日現場施工照片可按，工程進度係依實做數量列計，進度僅達 24.3%，亦有該日之監工日報可按，原告所主張者與事實有所不符。又本

件工程雖有減作變更，但減作之部分僅有一部分，並不會影響其他未變更部分之施作，減作變更並不影響 99 年 1 月 15 日前應完成之工程施作進度，且施作減少工期應縮短而非延長，故原告所為之主張亦無理由。另原告主張本件工區內因另有私人土地，於施作時因地主阻擋，造成無法施作，乃係本件工程履行遲延之原因，故不可歸責於原告，對此被告否認之。本件之施工遲延係因原告施作緩慢怠惰所致，且本件工程有不同之工區可分頭施作，在本件訴訟之前，原告亦從不曾向被告主張有上開情事，且在 2 次之展延中，原告所提出之申請展延工程分析表，亦均未將上開事項列入造成施工遲延請求展延之事項，原告之主張自不足採。又依系爭工程契約之施工補充說明書參、一般施工規定第 13 條規定：「本工程若有編列（臨時道路費）之項目，除契另有規定外，該項目之工作範圍包括：道路闢築、租地及維護等費在內。廠商應於竣工時負責修復完整或復原等。」第 14 條規定：「本工程若有編列（施工道路維護費）項目，除契另有規定外，該項目之工作範圍包括：施工道路之維護及損壞之整修等。」可見施工經費中已包含使用他人土地之費用在內，施工時要與地主取得協調通行，本即為其可預見之事等語。

（七）被告以被告第 099510063330 號函撤銷被告第 09950020960 號函，是否有違法？

1. 本件依經濟部水利署 99 年 2 月 23 日經水工字第 09953035090 號函，已明確指示被告依契約及相關規定辦理，被告自應依上級機關之指示辦理。又本件原告對於被告之處分雖曾提出異議，被告並於被告第 09950020960 號函告知：至 99 年 2 月 10 日止，原告實際進度已無較預定進度落後之情形，故表示不依政府採購法第 102 條第 3 項辦理，但因本件原告於履約中確有重大遲延情事，應予管制，故實不宜以事後業已將進度趕上而不予刊登採購公報，故被告再以被告第 099510063330 號函告知不同意原告之異議，並註銷前函，原告並未對被告第 099510063330 號函關於註銷前函之部分提出法律救濟程序，故此部分應已確定，本件之爭訟對

象應係刊登公報之原處分及駁回異議之決定。又被告以被告第 099510063330 號函註銷被告第 09950020960 號函，乃係就異議之結果為通知，核屬行政機關基於職責所回復之事項，因原告違反契約之約定致履約中有重大遲延，是否應予刊登公報被告自應依契約及法定條件予以審查認定，被告雖於原告提出異議後曾表示過不依政府採購法第 102 條第 3 項辦理，但旋基於上級主管機關指出違誤，作成駁回其異議之終局決定並即通知原告，故被告第 09950020960 號函僅係就原告行政爭議程序申請事項之結果復知，並未係一般申請案件之授益處分，被告第 099510063330 號函則係更正前開復知結果，就異議處理結果為終局決定之告知，而並非係在撤銷之前之違法授益處分，此部分自無涉及違法授益行政處分撤銷後之信賴保護問題，況本件原告亦無因信賴而產生財產受損之情形（原告稱因信賴而趕工，但趕工本為契約應履行事項），自不得據此主張被告第 099510063330 號函之異議處理通知有何違法之處。另行政機關對其已為行政處分發覺有違誤之處，於不違反信賴保護原則下，自動更正或撤銷者，非法所不許，最高行政法院 90 年度判字第 1620 號著有判決，被告以被告第 099510063330 號函註銷變更 99 年 2 月 22 日之函文自難認違法。

2. 又依系爭工程契約之約定，「機關得以書面通知廠商終止或解除契約，且不補償廠商因此所生之損失，併依政府採購法第 101 條至第 103 條之規定處理」，其法律效果為「終止契約」或「解除契約」「依政府採購法第 101 條至第 103 條之規定處理」，均屬被告得主張之權利，雖契約條文係載明「得併依政府採購法第 101 條至第 103 條之規定處理」，但此係在強調在原告有違反契約第 37 條時，得「終止契約」或「解除契約」，並得「併」依政府採購法第 101 條至第 103 條之規定處理，在文義上顯難解釋為被告「應」「終止契約或解除契約」，方得「併」依政府採購法第 101 條至第 103 條之規定處理，此方符合雙方契約之真意，原告稱被告未終止或解除契約故不得依政府採購法第 101 條至第 103 條之規定處理，自無理由。又依系爭工程契約第 3

7 條之規定，賦與被告契約行使權利應為「終止契約」、「解除契約」、「依政府採購法第 101 條至第 103 條之規定處理」，此觀契約文義甚明，併此敘明。

3. 又原告既有違約之事實，被告自應依契約行使權利，方係保障被告權益之正途，尤其被告為公務機關，得行使權利而不行使權利，承辦人員有違背忠實執行職務之虞，故關於契約權利之行使及廠商異議時已趕上進度是否同意不依政府採購法第 101 條至第 103 條之規定處理，固或有裁量之空間，但既已認定有違約之事實，且符合刊登公報之要件，縱異議之時業已改善，應仍不影響已違約事實，故被告第 09950020960 號函同意不依政府採購法第 102 條第 3 項處理，應屬不當之處理舉措，於公務員本身亦有違反忠實執行業務之違法之虞，故被告之上級主管機關才會於 99 年 2 月 23 日以函文通知被告應依政府採購法第 102 條第 3 項處理，故被告於接獲上級機關之指示後，再以被告第 09951006330 號函註銷被告第 09950020960 號函，此乃行政機關於行政程序中，對已為之異議不當處置結果予以更正撤銷之處分，此為行政機關自我審查之權責，並無不法可言。
4. 本件原告提起行政訴訟之訴之對象雖包含申訴審議判斷及原處分（含異議處理結果），但該異議處理結果雖係被告第 09951006330 號函，但該函分 2 部分，第 1 部分係該函說明二部分，即明白告知不接受其異議理由（即駁回其異議），第 2 部分係該函說明三部分，即註銷被告第 09950020960 號函，二者有所不同，應為二獨立之行政處分。對於前者，原告可依政府採購法之規定申請審議，對於後者之處分如有不服，似應另依一般之訴願程序處理，本件原告僅係對原處分及異議處理結果（即駁回之其異議）之部分依政府採購法申請審議，致註銷被告第 09950020960 號函部分，應非在審議處理之對象範圍內，故應已確定，原告再為爭執應無理由。

（八）被告之處分是否違反比例原則？

原告主張對於刊登公報部分，應有重大違約之情形，即要有故意及重大之過失，如不考量行政程序法上之各原則規

定，一律予以刊登，即與立法目的有違。本件在工程會申訴階段，雙方已達成只要原告於 99 年 5 月 4 日完成待辦事項，被告即不依政府採購法第 101 條辦理，而原告已依期完成待辦事項，並經被告於 99 年 5 月 4 日備查，故本件之處分違反比例原則。惟被告依政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款辦理，均符合雙方合意之契約規定，自無違反比例原則。況有違約之情形，依系爭工程契約第 37 條被告得解除或終止契約併刊登公報，但被告僅採刊登公報之方式，並無濫權違反比例原則之情事。又本件處分係在 99 年 1 月 22 日即已作成，原告所主張之工程會申訴程序係發生在處分之後，自非處分所得考量之事項，且被告亦不曾承諾如原告於 99 年 5 月 4 日前完成待辦事項，被告即同意撤銷之前所為之刊登公報處分，且如在申訴階段有此合意，何以工程會仍會依程序在 99 年 5 月 28 日作成申訴審議判斷書，並駁回原告之申訴，故原告之主張顯無理由。另關於菜寮溪之汛期為何？如果馬上重新招標是否影響到汛期？依河川管理辦法第 18 條規定，防汛期間為每年 5 月 1 日至 11 月 30 日，本件如解除契約，重新招標，於防汛期前恐無法完工。且解除契約，如原告有不同之意見，又會產生法律上之爭議，而工程已進行一部分，重新招標部分又要辦理工程之重新計算，加上重新辦理招標之行政流程所需要之時間，工地之退出及交接所可能產生之遲延，均可能產生其它之問題，自然會影響至汛期前工程之施作等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

四、本件事實概要欄所載之事實，業據兩造分別陳明在卷，復有系爭工程採購契約、被告第 09801031790 號函、被告第 09901002210 號函、被告第 09950020960 號函、被告第 09951006330 號函等影本附卷可稽，洵堪認定。本件兩造之爭點為：本件被告以被告第 09951006330 號函撤銷被告第 09950020960 號函，而駁回原告對被告第 09901002210 號函所提出之異議，並維持被告第 09901002210 號函對原告所為將依政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款規定，刊登政府採購公報之處分，是否適法？茲分述如下：

- (一) 按「審議判斷，視同訴願決定。」「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：．．．10. 因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限情節重大者。」「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。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。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 1 項及第 2 項關於異議及申訴之處理，準用第 6 章之規定。」政府採購法第 83 條、第 101 條第 1 項第 10 款、第 102 條亦定有明文。次按「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 10 日以上。前項百分比之計算，應符合下列規定：1. 屬尚未完成履約而進度落後已達前項百分比者，機關應先通知廠商限期改善；屆期未改善者，依逾期日數計算之。」政府採購法施行細則第 111 條第 1 項及第 2 項第 1 款亦定有明文。
- (二) 經查，被告原來編定之系爭工程施工進度表，因未納入遭逢莫拉克颱風侵襲，連續豪雨水位暴漲，致無法施工、降雨後工地泥濘，施工機具無法進場施工及未加計原告施作系爭施工便橋之比例，嗣後被告依照展延工期申請，加入上述因素重新編定展延後之施工進度表，於 98 年 12 月 15 日展延後之預定進度為 33%，實際進度為 6.71%，99 年 1 月 15 日展延後之預定進度為 60%，實際進度為 24.31%，99 年 1 月 22 日展延後之預定進度為 67%，實際進度為 34.39%等情，此有被告重新編定展延後之施工進度表附於本院卷(卷(一)203 至 204 頁)可稽。次查，系爭工程被告考量土石載運施

工如經當地橋樑易生危險，會有居民抗爭之情事，故編列
施設H型鋼便橋，且當地土質鬆軟，如施設廠商所設簡易
跨河構造物，易遭沖毀而影響工程進度，故編列施設H型
鋼便橋，本件施工便橋費預算編列達299萬元，廠商投標
後契約價亦達1,952,022元，被告於98年8月14日之通知備
查函，即已表明「本工程編有施工便橋設施費，請依規定
施設便橋，如未施設將扣除該項費用」，由於原告均未依
要求施設，被告即多次通知辦理，嗣原告於99年1月15日
始完成部分之施工便橋時（約30幾公尺），因該項屬雜項
工程，進度需與主要工項配合，該項設置仍需主要工項完
工後始可拆除，期間仍需維護整理，故被告即於當日以40
%列計其施工進度，連同在98年12月15日之前已核給之10%
進度，已認列進度達50%乙節，亦有被告前揭函及98年11
月6日、98年11月12日、98年11月20日、98年12月2日之施
工進度檢討會議紀錄附卷可憑。觀諸上述說明可知，系爭
施工便橋所佔費用比例甚高，縱依系爭工程合約所載，關
於施工便橋部分，並未規定須使用何種材質，惟原告非不
得另與被告協商定之，不得據為遲延施工之理由，且因施
工便橋屬雜項工程，進度需與主要工項配合，該項設置仍
需主要工項完工後始可拆除，期間仍需維護整理，故非一
經完成，被告即應全部認列其施工進度，故被告於當日以
40%列計其施工進度，連同在98年12月15日之前已核給之
10%進度，認列進度達50%，尚無不合。是原告主張：依系
爭工程合約所載，關於施工便橋部分，並未規定須使用何
種材質，原告於98年9月22日施工便橋已施作完成，被告
不予承認，才會導致原告實際施工進度落，且施工便橋原
告於99年1月15日完成後，被告僅核給之50%之進度，均有
未合云云，自非可採。再查，系爭工程共分為5個工區（
即A工區、B工區、C工區、D工區、E工區），其中B
工區及D工區為土方標售區，而B工區、C工區、D工區
及E工區內皆有私人所有之土地在其內，被告原本將其一
併公告招標採購，原告得標後要施工時始發現涉有私人土
地，經與被告協商，嗣被告同意變更設計系爭工程，並取

消該私有地部分之挖除工程乙節，此為兩造所不爭執，並有被告工程變更設計會勘紀錄影本附卷可查。原告雖主張：原告得標後要至B工區、C工區、D工區及E工區施工時，私有地之地主才出面阻擋，造成原告無法進場施工，斯時被告要求原告出面與私有地之地主進行溝通協調補償事宜，而原告也花了將近1個多月時間溝通無效，似此情形皆屬不可歸責原告之事由，然被告卻不准原告展延該工期，仍按施工預定進度進行，才會導致原告實際施工進度落後之原因云云。然查，被告否認原告於系爭工程施工中曾以上述事由申請展延工期，原告亦無法具體舉證確曾以上揭事由申請展延工期，其上述主張，亦難遽採。再按「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10日以上。」為前揭政府採購法施行細則第111條第1項所明定。可知政府採購法第101條第1項第10款所稱延誤履約期限情節重大之情事，採購機關本得與廠商於招標文件另為約定。另按，依系爭工程契約書第37條第1項第9款之約定，於「因可歸責於廠商之事由，致進度較契約進度落後百分之二十以上者，於巨額工程進度較契約進度落後百分之十以上者」，即得解除契約，並依政府採購法第101條規定辦理，可見原告有上開事由時，被告即得依第101條第10款之規定刊登公報，並不以進度落後達10日以上為要件。是原告主張：被告本件依政府採購法第101條第1項第10款之規定刊登公報，仍有前揭政府採購法施行細則第111條第1項所定履約進度落後20%以上，且日數達10日以上規定之適用等詞，亦非可採。又查，被告因原告系爭工程進度落後超過20%，依政府採購法施行細則第111條第2項第1款之規定，於98年12月15日以被告第09801031790號函知原告，限於99年1月15日前改善，否則將依政府採購法第101條、第102條、及同法施行細則第111條規定辦理，因認原告仍未改善，被告遂於99年1月22日以被告第09901002210號函知原

告，將依政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款規定，刊登政府採購公報，嗣後被告雖依照原告展期申請，以 99 年 2 月 11 日被告第 09901005430 號函同意將預定完工日期延至 99 年 2 月 24 日，並重新編定展延後之施工進度表，然依被告重新編定展延後之施工進度表，原告於 98 年 12 月 15 日、99 年 1 月 15 日、及 99 年 1 月 22 日之實際進度均仍落後預定進度 20% 以上等情，此亦有前述被告重新編定展延後之施工進度表可稽，是前述被告依政府採購法施行細則第 111 條第 2 項第 1 款之規定，於 98 年 12 月 15 日以被告第 09801031790 號函知原告限期改善之效力，自不受上述被告同意原告展延工期之影響。從而，原告另稱：被告准予原告展延工期後，倘若認定原告施工進度有落後展延後預定之施工進度時，則應再通知原告限期改善，惟被告卻未再通知原告限期改善，顯有違誤乙節，應不足採。參諸上述說明，原告自 98 年 2 月 15 日起，系爭工程進度確已落後超過 20%，經被告通知 99 年 1 月 15 日前改善，屆期確未改善，被告 99 年 1 月 22 日以被告第 09901002210 號函，通知原告，將依政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款規定，刊登政府採購公報，固非無據。

- (三) 惟查，「書面之行政處分自送達相對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力。．．．行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。」「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：1、撤銷對公益有重大危害者。2、受益人無第 119 條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」行政程序法第 110 條第 1 項、第 3 項、第 117 條定有明文。上揭行政程序法第 110 條第 3 項之規定，為行政處分存續力之根據。又該存續力分為形式存續力及實質存續力，前者係指行政處分一旦有形式存續力時，人民不得再以訴願及行政訴訟等

通常救濟方法予以撤銷或變更；後者則係指行政機關一旦作成處分，即受拘束，不得任意否定處分之效力而予以廢棄，但實質存續力並非絕對禁止行政機關事後自行廢棄行政處分，充其量僅係對行政機關產生一種「相對的不可廢棄力」，行政處分若有違法情事，行政機關自得依前揭行政程序法第 117 條之規定而撤銷。又在行政救濟程序中，提起訴願之先行程序，如聲明異議、申請復查等制度，均為原處分機關內部自我審查之行政程序，在性質相符及未有特別規定情形下，自有行政程序法之適用，故為貫徹依法行政原則，原處分機關對於提起訴願之先行程序所為之違法處分，非不得依法予以撤銷。而所謂違法之處分，係指行政處分欠缺程序或實體合法要件，若其處分非屬違法處分，行政機關即不得依行政程序法第 117 條之規定，逕予撤銷，否則其撤銷即屬違法。

- (四) 另查，被告以原告自 98 年 2 月 15 日起，系爭工程進度確已落後超過 20%，經被告通知 99 年 1 月 15 日前改善，屆期確未改善，被告 99 年 1 月 22 日以被告第 09901002210 號函通知原告，將依政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款規定，刊登政府採購公報，原告向被告提出異議後，經被告審酌後，雖認定至限定改善期限 99 年 1 月 15 日，系爭工程之預定進度為 60.0%，實際進度為 24.3%，仍落後 35.7% ($60.0\% - 24.3\% = 35.7\%$)，但至 99 年 2 月 10 日之預定進度 85.0%，實際進度為 85.4%，超前 0.4% ($85.4\% - 85.0\% = 0.4\%$)，故有關政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款之適用情形消失，而於 99 年 2 月 2 日以被告第 09950020960 號函知原告，被告不依政府採購法第 102 條第 3 項辦理，並副知經濟部水利署，因經濟部水利署以 99 年 2 月 23 日經水工字第 09953035090 號函復被告謂：「二、經查本工程因進度落後達政府採購法停權之標準，廠商依規定提出異議，貴局不接受異議理由，仍符合政府採購法第 101 條及同法施行細則第 111 條之規定，貴局依政府採購法第 102 條規定辦理後續行政事宜。」等語，被告復另以被告第 09951006330 號函通知原告稱：「一、依據經濟部水利署 99 年 2 月 23 日經水工字第 09953035090 號函

。二、旨揭採購，貴公司之異議理由為莫拉克颱風降雨影響，對此本局已同意展延 22 日曆天，工程期限至 99 年 2 月 24 日，預定進度已調整，經查本局限定改善期限為 99 年 1 月 15 日，預定進度為 60.0%，工程實際進度為 24.3%，落後仍逾 20%，此理由本機關礙難同意。三、本機關前文（經濟部水利署第六河川局 99 年 2 月 22 日水六工字第 09950020960 號）註銷。」等語，原告不服，遂向工程會提出申訴等情，此亦有被告及經濟部水利署前揭函可憑。觀諸前述說明，可知，被告第 09950020960 號函係認原告不服被告第 09901002210 號函所提出之異議有理由，有關政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款之適用情形消失，被告將不依政府採購法第 102 條第 3 項之規定辦理，惟嗣被告另依經濟部水利署 99 年 2 月 23 日經水工字第 09953035090 號函釋意旨，所為第 2 次異議處理結果係認原告對被告原處分即被告第 09901002210 號函所提出之異議無理由，乃以被告第 09951006330 號函撤銷認原告異議有理由之被告第 09950020960 號函，並維持被告第 09901002210 號函所處分之結果。如上所述，原告既對被告第 09951006330 號函之駁回異議決定不服，即係不服被告以被告第 09951006330 號函撤銷被告第 09950020960 號函部分。是被告所稱：被告第 09951006330 號函分 2 部分，第 1 部分係該函說明二部分，即明白告知不接受其異議理由（即駁回其異議），第 2 部分係該函說明三部分，即註銷被告第 09950020960 號函，二者有所不同，應為二獨立之行政處分，原告並未對被告第 09951006330 號函關於註銷前函之部分提出法律救濟程序，故此部分應已確定，本件之爭訟對象應係刊登公報之原處分及駁回異議之決定云云，即非可採。又按「行政處分如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，處分機關得隨時或依申請更正之。」行政程序法第 101 條第 1 項固定有明文。然觀諸被告第 09950020960 號函，詳述原告所提出之異議係有理由，已不須適用政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款之規定處分，並無何誤寫、誤算或顯然錯誤之情事，被告自不得逕依上揭行政程序法第 101 條第 1 項之規定，以被告第 09951006

330 號函更正被告第 09950020960 號函。且依被告第 09951006330 號函之文意，係認原告所提出之異議無理由，被告第 09950020960 號函竟認原告所提出之異議係有理由，於法有違，而以被告第 09951006330 號函撤銷被告第 09950020960 號函，是該函雖載為註銷，實為撤銷之意。從而被告所稱：被告於接獲上級機關之指示後，再以被告第 09951006330 號函註銷被告第 09950020960 號函，此乃行政機關於行政程序中，對已為之異議不當處置結果予以更正之處分，此為行政機關自我審查之權責，並無不法可言乙節，並非足採。復按，行政處分如不能再以通常之救濟途徑（訴願及行政訴訟），加以變更或撤銷者，該處分即具有形式之存續力，又其內容對相對人、關係人及原處分機關發生拘束之效力，而發生實質存續力，因此，如無違法情形，行政機關不得逕依職權予以撤銷。再查，如前所述，前揭被告第 09950020960 號函，係因原告不服被告第 09901002210 號函提出之異議，被告所為有利於原告結果之處分，原告依法並不得對之提起救濟，是該行政處分已有實質存續力，除非該行政處分有違法情事，行政機關得依前揭行政程序法第 117 條之規定撤銷外，被告即應受其拘束，不得任意否定處分之效力而予以撤銷。

- (五) 再按「廠商有下列情形之一，機關得以書面通知廠商終止或解除契約，且不補償廠商因此所生之損失，併依政府採購法第 101 條至第 103 條規定處理：．．．9. 因可歸責於廠商之事由，致進度較契約進度落後百分之二十以上者，於巨額工程進度較契約進度落後百分之十以上者。」亦為系爭工程契約第 37 條第 1 項第 9 款約定明確。復按，政府採購法第 101 條立法理由係：明定對於廠商有違法或重大違約情形時，機關應將其情形通知廠商，並經異議及申訴之處理程序後，視其結果刊登於政府採購公報，以作為各機關辦理其他採購案時，於招標文件規定該等廠商不得參加投標、作為決標對象或分包廠商之依據，以杜不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境。故對於不良廠商刊登公報之要件應考慮

者，除違法外，在違約行為部分，尚須有重大違約之情形（例如故意或重大過失之違約行為），且應考量行政程序法之比例原則規定，故廠商有違約情事，不考量行政程序法上各原則，即一律予以刊登公報，當然亦與政府採購法之立法目的不符。是於原告符合系爭工程契約第 37 條第 1 項第 9 款約定之可歸責事由，致進度較契約進度落後 20% 以上之情事時，被告本得依其職權，參酌前揭政府採購法第 101 條之立法目的及系爭工程契約第 37 條第 1 項第 9 款之約定，依其情節為刊登於政府採購公報，或為終止、解除契約等其他適當之處分，若被告決定不為刊登於政府採購公報之處分，而另為其他之處分或不為處分，亦非當然違法。且如上述，被告對原告提出異議之處理，均為被告內部自我審查之行政程序，是被告於處理原告所提出之異議時，對於為原處分後至原告提出異議期間所發生之情事，加以審酌，作為處理異議之參考，於法仍無不合。另查，原告不服被告第 09901002210 號函提出之異議，被告第 09950020960 號函係回復原告：「．．．二、旨揭案，貴公司之異議理由為莫拉克颱風降雨影響，上述因素本局已同意展延工期 22 日曆天，工程期限展延至 99 年 2 月 24 日，預定進度亦已調整。經查本案限定改善期限為 99 年 1 月 15 日，其預定進度調整為 60.0%，而工程實際進度僅為 24.3%，落後仍逾 20%；惟查截至 99 年 2 月 10 日止預定進度應為 85%，而工程實際進度已達 85.4%，故有關政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款之適用情形消失。三、綜上，本機關不依政府採購法第 102 條第 3 項辦理，．．．。」等語，亦有被告前揭函附卷可稽。是縱稱原告於限定改善期限（99 年 1 月 15 日）前，確有延誤履約情事屬實，然被告前揭函審酌原告自接受被告第 09901002210 號函後，於約 20 日內，系爭工程之施工進度由落後 35.7%，至超越 0.4%，認原告已不符不良廠商刊登公報之要件，依前揭系爭工程契約第 37 條第 1 項第 9 款之約定及政府採購法第 101 條之立法目的，其本有此裁量權責，且依其所述之理由，其裁量結果亦符合上述契約及法律規定之目的，並無逾越權限或濫用權力違法情

事。另查，前揭經濟部水利署以 99 年 2 月 23 日經水工字第 09953035090 號函復被告，係以系爭工程因進度落後達政府採購法停權之標準，原告依規定提出異議，被告不接受異議理由，仍符合政府採購法第 101 條及同法施行細則第 111 條之規定；至被告第 09951006330 號函則係依據經濟部水利署上揭函釋意旨，以系爭工程被告限定改善期限為 99 年 1 月 15 日，預定進度為 60.0%，工程實際進度為 24.3%，落後仍逾 20% 為由，自行撤銷被告第 09950020960 號函乙節，亦有經濟部水利署及被告前揭函附卷足佐。而綜觀被告上揭函文，僅重申原告於 99 年 1 月 15 日其工程實際施工進度落後仍逾 20% 為由，遽自行撤銷被告第 09950020960 號函，並未另詳載其他具體之理由，指出被告第 09950020960 號函之處分，於法確有何違誤之處，或其裁量結果有何逾越權限或濫用權力違法情事。從而被告復稱：本件依經濟部水利署 99 年 2 月 23 日經水工字第 09953035090 號函，已明確指示被告依契約及相關規定辦理，被告自應依上級機關之指示辦理，故被告第 09950020960 號函應屬不當之處置舉措，於公務員本身亦有違反忠實執行業務之違法之虞，被告以被告第 09951006330 號函註銷被告第 09950020960 號函，此乃行政機關於行政程序中，對已為之異議不當處置結果予以撤銷之處分，並無不法云云，仍無可採。觀諸上述說明，被告第 09950020960 號函非屬違法之處分，被告認被告第 09950020960 號函有違法情事，逕以被告第 099510063330 號函撤銷被告第 09950020 960 號函，自有違誤。況查，原告於施作系爭工程，發生前述之遲延時，被告並未遭受有何具體之損害，未對原告處以逾期罰款，亦未終止或解除契約，嗣系爭工程原告並已如期竣工，並經被告並已依法驗收完畢等情，此為被告所不爭執，復有被告工程結算驗收證明書附卷可查。足見原告於系爭工程之施工期間，雖於部分期間曾有施工遲延之情形，惟經被告於 99 年 1 月 22 日以被告第 09901002210 號函通知將依政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款規定，刊登政府採購公報後，原告即迅速施工，至 99 年 2 月 10 日已超前預定進度，嗣並依限完

工，被告亦順利達成其行政目的，並未造成被告任何損害，揆諸前揭政府採購法第 101 條之立法目的，尚難認原告確屬政府採購法第 101 條所欲刊登於政府採購公報之不良廠商，被告第 09951006330 號函僅因原告前述於 99 年 1 月 15 日前有遲延施工之情事，無視原告嗣已迅速改善之事實，而為撤銷被告第 09950020960 號函之處分，參諸上述說明，該處分亦顯有違反比例原則之違誤。

五、綜上所述，被告以第 09951006330 號函駁回原告異議之申請，並撤銷第 09950020960 號函之處分，顯與法有違，審議判斷予以維持，亦有未合，原告提起本件訴訟，求為撤銷申訴審議判斷及原處分（含第 2 次異議處理結果），即有理由，應予准許。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法核與判決結果不生影響，爰不再逐一論述，附此敘明。

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

中 華 民 國 100 年 6 月 22 日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官 邱 政 強

法官 李 協 明

法官 林 勇 奮

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於判決送達後 20 日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提起上訴後 20 日內向本院提出上訴理由書（須按對造人數附繕本）；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。

中 華 民 國 100 年 6 月 22 日

書記官 黃 玉 幸

資料來源：高雄高等行政法院裁判書彙編（100 年版）第 428-465 頁