

裁判字號：臺中高等行政法院 101 年度訴字第 496 號 行政判決

裁判日期：民國 102 年 07 月 03 日

案由摘要：政府採購法事件

臺中高等行政法院判決

101 年度訴字第 496 號

102 年 6 月 19 日辯論終結

原 告 堡羅營造有限公司

代 表 人 黃吉郎

訴訟代理人 廖健智 律師

趙德韻 律師

被 告 雲林縣政府

代 表 人 蘇治芬

訴訟代理人 蔡壽男 律師

上列當事人間因政府採購法事件，原告不服行政院公共工程委員會中華民國 101 年 9 月 21 日訴 1000444 號申訴審議判斷，提起行政訴訟。本院判決如下：

主 文

原處分、異議處理結果及申訴審議判斷（除不受理部分外）均撤銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、事實概要：原告參與並於民國 99 年 11 月 19 日得標被告所辦理雲林縣北港鎮立網球場整修工程採購案，兩造並於同月 29 日簽訂契約，履約期限共 120 日曆天，契約總價新臺幣（下同）1,400 萬元，並於同年 12 月 3 日開工。嗣雲林縣北港鎮網球協會於同月 31 日函被告建議部分工程須變更或改善，以免完工後才發現不實用，原告並於 100 年 1 月 6 日行文監造單位大藏聯合建築師事務所副知被告該契約內有漏項與數量不足之情事，建議須辦理變更設計與停工，監造單位復於同月 10 日行文被告建議可依該契約第 7 條及第 20 條約定先辦理變更設計會勘與停工等申請，被告爰於同年 3 月 3 日發文通知原告與監造單位，准於同年 1 月 6 日起停工。由於停工階段中關於變更設計與議價兩造皆無法達成共識，被告請原告函送相關意

見，經原告於同年6月23日及24日提出書面意見，被告審視後認為與契約及與法不符，於同年7月1日簽准撤銷變更設計案，改採減作並依契約第3條第1項第4款約定以實作數量結算，並於同日採限時雙掛號通知原告於同月4日前進場復工，惟原告主張並未收到該通知函，並於同月6日通知被告，因停工時間已達180日曆天仍無法復工，應依契約第21條第10項約定通知終止全部契約。因原告逾期未進場施作，被告乃依契約第21條第1項第5款約定，以100年8月4日府城鄉字第1002701017號函終止本案契約，並以100年9月22日府城鄉字第1002701154號函通知原告將依政府採購法第101條第1項第12款規定刊登政府採購公報。原告不服，提出異議經被告以100年10月26日府城鄉字第1002701461號函復異議處理結果。原告仍不服，向行政院公共工程委員會提出申訴，經行政院公共工程委員會以101年9月21日訴字1000444號採購申訴審議判斷「有關政府採購法第101條第1項第12款刊登政府採購公報部分，申訴駁回；其餘申訴不受理。」原告猶不服，遂提起本件行政訴訟。

二、兩造聲明：

(一)原告聲明求為判決：原處分、異議處理結果及申訴審議判斷（除不受理部分外）均撤銷。

(二)被告聲明求為判決：駁回原告之訴。

三、原告訴稱略以：

(一)原告於100年7月6日已合法行使系爭工程契約第21條第10項之終止權，被告再於同年8月4日終止契約係屬無據，故原告並無政府採購法第101條第1項第12款規定之情事：

1. 按政府採購法第101條第1項第12款係規定「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。」系爭雲林縣北港鎮立網球場整修工程（下稱系爭工程）停工之原因並不可歸責於原告，而兩造於設計變更議價階段無法達成協議，依系爭工程契約第21條第10項「停工時間達180日曆天仍無法復工者，廠商得通知機關終止契約」之約定，原告已於100年7月6日以堡字北港第1000706001號函，通知被告終止全部契約之意思表示，被告業於同日收受，且被告於100年6月3

日府城鄉字第 1002700691 號函說明二、(二)亦提出「若未議價成功，本府將依政府採購法第 18 與 19 條規定辦理旨揭工程新增項目之公開招標，另尋其他廠商施作。」等語，故被告亦已明示原告如無法議價成功則會尋其他廠商施作之意旨，故原告方於停工 180 天後發函行使契約終止權。蓋終止權之行使，為單方之意思表示，無庸對造之承認與否，僅需終止之意思到達對方時，即生契約終止之效力，原告既已於 100 年 7 月 6 日終止契約，並無需被告之同意或承認即發生終止之效力，系爭工程契約已終止無誤，被告 100 年 7 月 12 日之函非可將已終止之契約回復成未消滅之狀態。詎申訴審議判斷理由以「申訴廠商主張其未接到招標機關 100 年 7 月 1 日之函文，但其在收到招標機關前揭 100 年 7 月 12 日之函文後，應知悉招標機關並不承認其終止契約之通知已生契約之效力」等語，而認至 100 年 8 月 4 日被告通知終止契約止，該段期間所造成之延誤，亦屬可歸責於原告之事由，實屬謬誤。

2. 又被告自始至終僅進行一次議價程序，並無被告宣稱之二次議價，且被告除未提供變更設計之詳細圖說及資料，即強令原告參與議價外，復於議價文件中載明，僅係為符合政府採購法之規定，故辦理議價「程序」，然原告實際上不能進行議價，此依被告所提之被告 100 年 6 月 1 日府城鄉字第 1002700681 號函載明「本次變更設計部分新增工項需辦理議價總計 1,088,994 元」及被告決標紀錄之「決標過程」欄，逕自記載「議價程序不得免除，無須議減價格」等語，明文原告不能實際進行議價，原告僅能出具大小章供被告於議價文件上用印，根本未予廠商實際公平議價之機會，實已違反政府採購法第 6 條之公平合理原則。
3. 甚且系爭工程之議價不成功，原告亦為受害者，並未受有任何利益，反倒損失承包公共工程賺取利潤及回饋社會之機會。被告一再宣稱原告開價過高等語，實與事實不符，蓋系爭工程原告已進場施工，而將能施作之部分確實施作完畢，如系爭工地之現狀可繼續供原告進場施作，何以原告會放棄履約之機會？原告標得系爭工程，除可賺取合理

利潤外，更因原告公司負責人自求學時代起即熱衷網球運動，且為雲林縣在地居民，非常樂見自己能營造供縣民使用之網球場設施。然設計單位因不聞網球運動，故系爭工程諸如圍網等設計之規格，於網球運動者使用時將造成傷害危險等等，原告於履約時皆盡心盡力提供修正建議，使雲林縣居民能使用品質優良之網球場設施。又原告已實際進行施作，對於工程現場之設計錯誤及施工困境自較坊間其他廠商清楚，被告提出簡易估價單，隨意尋找坊間廠商估價後，即指摘原告浮報價格等語，並刻意營造原告浮報價格之惡質廠商形象。實則，被告重行發包之廠商是否以低價搶標原告雖不明詳情，然系爭網球場完工不到1年，即發生硬地球場破損、相關設施毀損及紅土球場夯實不足等嚴重瑕疵，根本無法提供網球賽事使用，如因此需再增加修補之預算，則可佐證原告並未浮報價格。或被告根本無心繼續維護球場設施。原告為用心經營之誠信廠商，經遭被告污名為不良廠商，對原告而言，實屬不公。

(二)被告提出之100年7月1日府城鄉字第1000082401號函（下稱被告100年7月1日函），未經合法送達，其通知復工之意思表示並未達原告：

1. 系爭工程契約之性質為私法契約，其履約事項之意思表示，自應有民事法律之適用，故依民法之規定，非對話之意思表示需實際到達相對人時，方發生效力。雖申訴審議判斷爰引最高法院96年度台上字第2792號裁定，據以說明開立郵件招領單即生通知之效力等語，然觀該裁定之事實及意旨，係以非對話之意思表示經送達後拒絕收受，或相對人已受郵局通知往取書信（郵件），與本件之事實並不相同，實無從比附爰引。被告稱系爭復工通知於100年7月1日寄送，然依被告答辯狀附件一之內容，被告係於100年7月2日周六晚間19時13分方才投遞復工通知；又郵局雖於週六及週日投遞，然原告並無人上班而無從收受；且郵局雖稱再於100年7月4日週一出班投遞郵件，然而依被告附件一之簡便行文表顯示，投遞不成功之時間為7月4日16時56分，而投遞不成功之原因是「不在」，而非被告所稱之拒絕受

領。蓋原告尚有其他經營業務，收發信件人員於收信前並不會得知信件內容，且依郵局簡便行文表之記載，確實是無人收受而非拒絕受領。雖郵局單方面稱留有招領通知，然原告確實並未收受，當然無法至郵局招領信件。系爭復工通知已由郵局退還予被告，更可證明原告從未收受復工通知無誤。再者，依最高法院 100 年度台抗字第 722 號裁定意旨，縱原告有收受該招領通知，然於前往郵局領取前，亦無法從招領通知得知該信件之種類及內容，自難認於郵局待招領之存證信函已置於原告之支配範圍內，達於隨時可了解其內容之客觀狀態，故不生意思通知到達之效力。況郵件招領通知單之寄送方式，僅如明信片之投遞方式，並無任何方式可資證明確實已寄送，民眾未收受郵件招領通知之情形，亦屬常見；而被告雖於 100 年 7 月 2 日投遞信件，然而其所寄送之信件內容究竟為何？有無相關附件？皆無從證明。

2. 又「機關致送人民之公文，除法規另有規定外，依行政程序法有關送達之規定。」公文程式條例第 13 條定有明文。原告並未收受系爭復工通知，則如欲發生受送達之效力，自應依行政程序法之規定為之，然被告從未依行政程序法之規定送達復工通知，並不意思表示到達原告之效力自明。另參照法務部（91）法律字第 0910032965 號函釋「行政機關之文書如以附有送達證書之掛號方式為送達，郵務人員將依送達證書內記載之方式為送達；如未附送達證書而以單掛號或雙掛號方式為送達者，因無有關送達方法之記載，故郵務人員將無從依本法規定為留置或寄存送達。．．．惟如未附送達證書，則縱寄存於郵局招領，並以招領通知單通知應受送達人，因無法踐行上開寄存送達之程序，於應受送達人未領取前自不發生送達效力。」之意旨，亦說明公文書之送達應依行政程序法之規定為之，否則不生送達之效力。
3. 被告為行政機關，明知相關函文書狀應以行政程序法之規定寄送，如有存證之需則應以存證信函之格式寄送通知。由被告所提出之函文皆可知被告明知函文之法定寄送方式

，惟系爭被告100年7月1日函採用非行政程序法之規定，甚者主張以簡訊寄送，被告捨法定程序不為，自應承受函文未合法通知之不利益。又被告一再稱以電話簡訊通知原告復工等語，然原告並未收受電話通知或簡訊，且被告亦於答辯說明，系爭契約已約定系爭契約之意思表示，應以書面中文為之。再者，證人邱賢德雖於102年2月21日準備程序庭期，證稱「因為我收到原告6月23、24日說明之後，我們內部討論認為原告說明違反契約約定。」、「電話通知的部分，我只有在6月24日那天打電話、請他們就能施作的部分先行施作．．．」等語，然證人所述與事實並不相符，蓋原告已當庭說明「沒有收到簡訊內容，6月24日也沒有證人所講的內容，而且那時候還在跑文。」且依原告6月23、24日函文記載，邱賢德於6月27日方於函文上記載擬辦意旨，且原告之6月24日函文上記載被告之收文章係於6月27日收受，故其稱收受原告函文後即於6月24日以電話通知復工，如被告承辦人員於100年6月27日方才收文擬辦，何以被告會於100年6月24日即形成通知原告復工之意思？再依系爭工程契約第9條第11項「廠商接受機關或設計監造單位之人員指示辦理與履約有關之事項前，應先確認該人員係有權代表人。廠商接受無權代表人之指示或逾越或違反契約規定之指示．．．機關亦不對此等指示之後果負任何責任。」之規定，原告從未收受任何簡訊，且我國公共工程之履行，從無廠商須依不明來電之簡訊指示進行施工之情事。是證人所述根本與事實不符，亦與契約約定相違。

4. 況如依被告所稱，係依系爭工程契約及行政程序法之規定通知原告復工，則依契約第1條第5項第3款之規定，書面之遞交得以郵寄至雙方預為約定之處所，然被告100年7月1日函經郵局逾期招領而退回被告，故該函並未郵寄至原告處。又依行政程序法之規定，送達如無法依一般送達、補充送達或留置送達之規定時，則依該法第74條之規定，應以寄存送達之方式為之。因履約事項屬私法之性質，應依民事法規認定效力如前所述，然若依被告所言係依行政程序法之規定通知，被告亦未踐行行政程序法之送達規定，自

不生通知原告復工之效力。

(三)系爭工程減項施作之通知及內容，被告主張與復工通知同時寄送於原告，而原告既未收受被告 100 年 7 月 1 日函，亦無所悉相關內容：

按系爭工程契約第 1 條第 5 項第 3 款「契約所稱申請、報告、同意、指示、核准、通知、解釋及其他類似行為所為之意思表示，以中文書面為之為原則。」之規定、同契約第 4 條第 11 項對於契約辦理變更需依書面通知、第 9 條第 1 項及第 2 項皆就機關對工作事項指示為約定皆須以中文書面為之，則被告稱「契約未約定機關需通知復工，原告應自行進場施作」等語，顯有悖於契約意旨及公共工程實務之運作方式。又如被告所稱根本無庸通知，則何以被告一再強調已寄送復工通知要求原告進場施作？再者，系爭工程現場自停工以來即未曾改變，原告無從進場施作，而被告一再稱「因通知減項施作後，原本施工阻礙即不存在，而原告得進場施作」等語，今竟改稱「議價不成立即停工原因消失」，無庸任何復工通知，顯屬無據。蓋議價是否成立，僅係兩造間就變更設計之價額有無達成合意，與工程現場是否可進行施作全然無關，而被告主張減項施作之通知及內容，仍須依契約及法令之規定，到達原告後，原告方得就被告提出之內容條件判斷，是否可達進場施作之程度。是被告之復工通知及減作之項目及內容，仍須依循相關法規送達原告。

(四)系爭工程於被告所稱通知復工之時起，原告有無法進場施作之正當理由：

1. 系爭工地現狀從未改變，停工之原因並未消滅，工期無由起算：

(1)「契約之變更，非經機關及廠商雙方合意，做成書面記錄，並經簽名或蓋章者，無效。」系爭工程契約第 20 條第 5 項定有明文。本件工程於履約之初，即發生設計錯誤需要修正履約事項之情事，雖設計單位要求原告就部分工項進行修正與減作，然被告即以 100 年 1 月 4 日府城鄉字第 0990170080 號函說明「二、查旨揭工程契約第 20 條規定：『．．．(五)契約之變更，非經機關及廠商雙方合意，

作成書面記錄，並簽名或蓋章者，無效』，請 貴公司依規審查與評估廠商所提之工程調整部分是否符於契約變更規定，並報本府備查或辦理設計變更。三、副本抄送承包廠商，本案尚未依契約規定完成變更設計前，請依契約圖說施作。」等語，稱任何與契約約定不符之施作變更，皆須經辦理契約變更後，原告方得依變更後之設計圖說進行施作。被告又依其 100 年 7 月 1 日函「說明三、因本次變更設計程序無法完備與達成合意，本案依契約第 3 條規定辦理無法施作項目減做依實做數量結算」等語，主張原告需依該函附件「雲林縣政府減做項目與實做項目說明書」立即進場施作，惟系爭工程契約第 3 條實係規定工程價金之給付結算方式，並非契約變更之依據，縱被告主張改以減做方式即可完成，然此情形已達契約內容之變更，仍須先依該契約第 20 條之規定變更契約履約內容，而非原告單方發文即可任意變更履約內容。

- (2)再者，系爭工程自被告同意原告停工時起，至被告要求原告進場復工時止，工程現場皆無任何改變，此與單純之「停工原因消失」情形完全不同，原告實無法立即進場復工。雖被告提出前開附件「雲林縣政府減做項目與實做項目說明書」，然此附件原告遲至 100 年 11 月 18 日收受被告就申訴審議提出之陳述意見書時方知悉，於該日前原告從未知悉被告提出之減做內容。且依監造單位大藏聯合建築師事務所（下稱監造單位）100 年 1 月 28 日 100 建字第 52 號函被告附件之工程變更設計會勘記錄，所載會勘結論已說明「確認目前現場已無法施作」，可證縱使被告要求減做，仍須進行配合減做之設計變更。詎料，因原告合法行使系爭工程契約第 21 條第 10 項之契約終止權，被告竟單方主張原告需依照減項施作之方式進場，然被告主張之減項施作，其內容性質即屬變更履約內容之契約變更，非以「減項施作」之名稱即可規避契約變更需經兩造合意訂立書面之要件。

2. 被告並未提供「變更設計或減作設計之圖說」，究竟何項工項應減作、減作之程度為何皆不明確，原告確實無法進

場施作：

- (1)依行政院公共工程委員會（下稱工程會）彙整公共工程實務所發佈之「公共工程管理」第五章第六節第(三)項即說明「以採購工程為例，機關須核准進場、審核施工圖、提供正確圖說、交付工地」，並依建築法第 60 條第 2 款「承造人未按核准圖說施工．．．由承造人負賠償責任。」規定及系爭工程契約第 15 條第 2 項第 1 款「依據圖說核對竣工之項目及數量」之約定，是被告於要求原告進場復工時，即應提供正確之設計圖說，原告方能得知進行施作之內容及範圍。而依被告 100 年 1 月 4 日府城鄉字第 0990170080 號函即說明以「未依契約規定完成變更設計前，請依契約圖說施作。」，原告並以 100 年 5 月 19 日堡字北港第 1000519001 號函請被告提供「變更設計之定案完備文件檔案」，然被告從未提供任何變更設計或減作設計之圖面，且被告 100 年 7 月 1 日函亦自陳「本次變更設計程序『無法完備』與達成合意」，故原告並無設計圖說可資依循，實無法特定被告所稱之減作項目，更無從進場按圖施工。
- (2)承前所述，被告並未提出修正減項之圖面，對於原有圖面之錯誤亦未曾更正，原告從未收受正確之圖面，根本無從進行工程之「按圖施工」。此由被告提出之監造單位 100 年 10 月 19 日 100 建字第 474 號函說明二「部分圖說與現地不符」等語、監造單位 100 年 1 月 28 日 100 建字第 52 號函說明三「確認目前現場已無法施作，確定位於施工要徑上」及附件勘查記錄欄位之大藏聯合建築師事務所「2、有關承商反應圖中尺寸與現地不符，經本所確認確有情形，將請承商配合做現地量測，並於本次變更設計中一併調整。5a、原有網球練習場周邊 PC 地坪拆除項目本所於規劃時漏列。5b、原有水溝清理、陰井（70*70*80CM）含溝蓋及 8" PVC 管：因原有停車場地行向內斜之洩水因素，故需增設排水管線，以利地面排水。5d、洗混凝土地坪、透水混凝土坪、樹穴及步道清水紅磚路緣石、清水紅磚鋪面飾條(二)及清水紅磚擋牆變更：前述工項

施作地點位於太平路旁，考量目前本府工務處正執行『北港太平路綠美化工程』案，為便利整體性之景觀規劃，本區將納入該案統籌規劃設計，前述工程將予以減做，以利未來日後整體街景之呈現，以及將本項減做之經費因須配合網球協會陳情使用需求變更新增項目做為調整之用。5e、網球場圍網 TYPE-A、B、C 變更：因配合現地原電桿位置，故仍以舊有圍網位置施作，以致需變更增加長度。5f、PVC 給水管、沉水式抽水機及陸上式揚水機變更：因原有水井位置本所編寫錯誤，且原有水井管徑較小，以致需將沉水式抽水機變更為陸上式揚水機及增設不銹鋼水塔。5g、停車場現地地坪長度較圖面尺寸短，故配合現場地形調整 AC 地坪數量及收邊長度。」、100 年 3 月 16 日 100 建字第 139 號函檢附之「100 年 3 月 10 日雲林縣北港鎮立網球場整修工程會勘記錄」於大藏事務所記錄第 4 點「營造廠所提之地坪高程問題，為原規劃設計上有誤。」等，可知被告提供予原告之圖說內容並不正確，而被告後續並未提供正確之圖說，僅以內容不明確之減作項目（如以「部分面積建議不施作」，根本未特定不施作之範圍）要求原告進場施工，原告根本無從依減項之內容進場施作。

- (3)再由工程會訂定之統包作業須知第 12 條「機關辦理統包工程，如廠商規劃、設計錯誤，除依本法第 63 條第 2 項規定追償機關遭受之損害外，其所屬承辦技師或建築師之責任，機關應依各該專門職業及技術人員法規，提報各該人員主管機關予以懲戒。」規定，雖被告聲請傳訊監造單位甘銘源建築師到庭證稱「現場沒有無法施作之工項」等語，然甘銘源即為本件工程之設計人，系爭工程之設計瑕疵即肇因於其設計錯誤，本即為利害關係人。系爭工程自停工以來，現場從未改變，如僅以減項施作即可進場，則被告所稱之其他無須減項之工項於停工當時即可施作，要與減作項目無任何關連才是，則其答辯理由與事實及卷證資料不符，其證言要不可採。

3. 施工阻礙並未排除，被告之減作方式根本無法進場施作：

- (1)依監造單位 100 年 1 月 28 日 100 建字第 52 號函文內容，已說明「需辦理設計變更，且確認目前現場已無法施作，確定位於施工要徑上」之意旨，顯見系爭工程確實無法進場施作。被告雖認原告應依減項之方式施作，然被告自始未提供向建管單位合法申請之建築執照及雜項執照，依建築法第 25 條「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造。」之規定，被告並未提供合法申請之建築執照及雜項執照，原告擅自建造即屬違反建築法之規定。被告雖主張兩造之合約並未約定被告應提出建築執照等相關政府許可，然行政院體育委員會（下稱體委會）99 年 4 月 6 日體委設字第 0990007144 號函即說明系爭工程應依「建築法」及「政府採購法」辦理等語，而相關建築執照、雜項執照之申請，依工程實務應由設計單位負責申請，並由被告交付營造廠商，此參系爭工程契約第 1 條第 8 項「契約所定事項如有違反法令或無法執行之部分，該部分無效」、第 23 條第 18 項「本契約未載明之事項，依政府採購法及民法等相關法令」等規定及契約開宗明義即說明雙方係依據政府採購法及主管機關訂定規定為據，亦可證之。
- (2)按建築法第 24 條「公有建築應由起造機關將核定或決定之建築計畫、工程圖樣及說明書，向直轄市、縣（市）（局）主管建築機關請領建築執照。」、第 25 條「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造。」等規定，被告並未提供合法申請之建築執照及雜項執照，原告擅自建造即屬違反建築法之規定，被告強行原告令進場施作，即屬違法而無效。縱使系爭工程契約對於被告應提出建築執照及雜項執照未予明文，然亦屬民法第 507 條規定之定作人協力義務或契約之附隨義務。且依被告答辯狀以「該工項並非位於施工要徑上」，可證明該工項之施作與否並不影響工程進度等語，故與原告有無遲誤工程進度進度無關。則被告一方面以該工項計算原告履約遲延，於

原告主張被告違反建築法規時，復主張該工項與工程履約進度無關，顯見被告計算原告履約遲延之依據，具有重大謬誤。

- (3)被告主張原告應立即進場施作之部分，其中主張之「項次二、第4項原有網球場AC地坪刨除」，甘銘源雖到庭證稱「圖說上說要刨除5公分，再鋪設5公分AC（即瀝青混凝土），圖說上也有明敘．．．本件現場AC只有5公分，只要整個挖掉重新鋪過。」等語，稱原告可立即進場施作，然甘銘源為系爭工程之設計規劃者，該工程原告無法進場施作，即因監造單位之設計錯誤，證人實為具有利害關係之人，其證言與事實全然不符而不可採。系爭工程原有網球場之AC地坪超過刨除工法所能刨除之厚度，現場原有AC地坪除厚度超過外，因原有AC地坪老舊變形而無法使用刨除機刨除，與原先圖面設計為平坦地形，採用刨除工法之設計不同，原告根本無法進行施作，此依系爭工程原有AC地坪之現場照片觀之，由現場原有AC地坪與對照之磚塊高度比對，原有AC地坪至少超過10公分，而非甘銘源所稱之僅有5公分，其基於個人利害關係之所述與事實根本不符。且被告重行發包後，因刨除工法無從施作，即改採「挖除工法」之設計，並配合挖除工法增加其他施作之工項，此有原告前次庭呈之被告重行招標價目表為證。另再參酌被告重行招標之內容，由原證16圖面編號L1-2與原證17圖面編號L1-1之圖面相較，圖面編號L1-1圖左上所示，設計單位將刨除工法改為挖除工法，增加「原有網球場AC地坪挖除2226平方公尺，原有網球場地坪挖方509立方公尺，原有網球場碎石級配填方344立方公尺」之工項，而重行招標之詳細價目表亦將原本之「原有網球場AC地坪刨除」改為「原有網球場AC地坪挖除」，並配合工法之變更新增項次二「5、原有壓克力球場地坪碎石級配及底土挖方（底土回填於植栽槽，碎石級配回填於球場）。6、原有壓克力球場地坪碎石級配填方。7、原有壓克力球場地坪挖填方基地內近距離搬運。8、原有壓克力球場地坪碎石級配回填滾壓

。」等情，顯見原設計即因甘銘源之工法設計錯誤，導致無從進場施作而於後續重行招標變更工法。

(4)再者，甘銘源證稱「項次三、第1、2項」原告可進場施作部分，由其所提之備註欄位註記「部分面積建議不施作」，然因被告從未提出減作之設計圖說，故原告縱使依被告之指示進場施工，亦因無設計圖面而無從區分何處為部分面積。實則，該第1項「洗混凝土地坪」及第2項「透水混凝土地坪」因與太平路之間道路界面未整合而完全無法施作，於甘銘源所提之備註欄位亦有提及，然設計單位明知該部分無法施作，仍配合被告出具要求原告進場施作之減作項目表，因該施工阻礙持續存在，且更應原契約圖說與現場地形不符，設計明顯錯誤無法施工，故被告重行發包時即將該項目全數刪除，並依刪除之方式重行設計圖面，重行發包，即可推論及圖說比對證明出該部分確實全部無法施作，而非如被告所稱之沒有施工阻礙等語。另項次三第8項之鑄鐵車檔柱因設計單位未實際測量，設計置於太平路界面，也因無法施作而於重行招標時刪除，併此陳明。

(5)另甘銘源主張「項次四、第5、6、7項」即網球場圍網工程 TYPE-A、B、C 部分，實因圍網部分設計錯誤無法施作，故該部分無從計入原告得施作之部分，然被告仍將網球場圍網之金額全數納入計算原告履約遲延部分，其計算方式確屬違反工程實務，對原告不公平亦不合理。

(6)綜上，工程施作進度之計算，涉及要徑作業分析，如工程阻礙影響要徑作業時，因履約期限無從進展，依工程實務即屬無從施作之狀況。系爭網球場工程係屬整體性之工程項目，並非單純採購契約，單純減作即可履約，系爭工程即因球場地基高程設計之問題，以及圍網及最內部之球場設計錯誤需要變更，已涉及要徑作業，故現場除非變更設計，否則已無可供施作之要徑工項。

(五)監造單位配合被告之要求，出具原告履約已重大遲延之計算資料，要與工程實務及事實不符。原告並無政府採購法第101條第1項第10款之情形，被告認原告有延誤本案履約期限情節

重大之事由，顯與事實不符：

1. 原處分以「說明二、嗣經監造單位檢討自 7 月 11 日起工程進度已落後 24.86%，本府並限訂於 100 年 7 月 24 日以前改善落後之工程進度，惟貴公司仍無依契約規定進場施作，且截至 100 年 8 月 3 日止延誤本案履約期限情節重大」等語，顯係將未提供變更設計圖說之被告可歸責事由，變相歸責原告之推拖之詞。
2. 系爭工程以 99 年 12 月 3 日為開工日，工程期限 120 曆天，原應於 100 年 4 月 1 日完工。然原告以 99 年 12 月 3 日堡字北網第 991203002 號函，通知被告工地現場無電力供給及汲水，並於 99 年 12 月 6 日發函請求被告儘速召開工程界面協調會，有原告 99 年 12 月 6 日堡字北網第 991206001 號函可證，而被告遲至 99 年 12 月 23 日方召開工程界面協調會議。又依監造單位 100 年 1 月 10 日 100 建字第 17 號函記載「說明四、網球場圍網 TYPE-A、B、C 之樣品已由本所審查過一次，經堡羅營造有限公司黃吉郎先生與建築師再次研討過，確有其施作困難處，本所將修改施作圖，提請 貴府同意變更施作方式。說明五、本案因涉及外電線路被偷需重新架設及估價、圍網位置調整、步道位置調整及給水系統重新調整位置等問題，其自 99 年 12 月 19 日皆已發生。」等語，是雖被告遲於 100 年 1 月 6 日方同意停工，然系爭工程於 100 年 1 月 6 日停工前即發生無法施作之情事，且屬不可歸責於原告之事由，依系爭工程契約第 7 條第 3 項第 1 款之規定，亦屬不計入工期日數之情形。
3. 又土木工程之工期計算，係以實際施作之施工要徑法為據，而非以契約金額計算，施作工項之金額大小與實際施作之時間長短並無必然之關係。被告計算原告履約遲延之金額，依甘銘源之證詞，係以減項後金額 1,160 萬 4,721 元為依據，然上開減項金額並未扣除原告確實無法施作之部分，即原有網球場 AC 地坪刨除、洗混凝土地坪、透水混凝土地坪、清水紅磚鋪面飾條、鑄鐵車檔柱、網球場圍網無法施作之部分價金，及休憩棚架、停車場、網球柱（含網）、HDPE 透水網管含接頭、管理室台階、植栽工程、電器、

給水等，故其所計算延誤工期之基礎已違反計算履約進度之工程實務。

4. 再者，因原告於系爭工程開工後旋即報請停工，該工程之施工日誌因工程尚處於履約之初，原告諸多實際已履約之項目並未核實反映於施工日誌之記載，故原告履約項目實已超過被告單方計算之範圍。另原告於 99 年 12 月 18 日前即因工地現場之施工阻礙而無法繼續施作，然因被告為向體委會申請 99 年度之補助款，被告僅同意於申請 99 年度補助款後，遲於 100 年 1 月 6 日方核准原告停工，此由監造單位 100 年 1 月 10 日 100 建字第 17 號函以「自 99 年 12 月 19 日皆已發生．．．」可證。是本件兩造間計算原告有無遲延履約之重大情事，自應回歸政府採購法之公平合理原則，該無法施作之期間不應計入原告之履約日數。
5. 縱被告主張原告應於 100 年 7 月 4 日進場復工，然依工程實務，進場復工需給予承商合理之復工期間，被告亦不否認應給予原告 10 日之復工期間。且實際工程可否進場施作，尚需排除天候因素無法實際進場施工之時程，此有系爭工程契約第 7 條第 3 項約定可參。因本件工程於停工之際尚處於土木工程泥地之階段，故如遇雨天機具車輛即無法進場施工，且具有施工危險性，系爭工進之計算本即應扣除天候無法施作因素，此依中央氣象局 100 年逐日氣象資料顯示，100 年 7 月 10 日至 13 日、15 日至 21 日皆屬天雨無法進場施作之天候可證。然監造單位全然未考量相關因素，即配合被告之立場製作對原告不公平之進度計算，業已違反工程實務及本件事實真相。
6. 綜上，因上開因素皆屬監造單位於認定原告工程進度落後所未予考量之因素，計算方式嚴重違反工程專業，是原告有無遲延履約，既屬營造工程之專業事項，自有請求鑑定之必要。

四、被告答辯略以：

- (一)原告主張被告 100 年 7 月 1 日函未經合法送達，其通知復工之意思表示並未達原告等語，並不實在，自無可採：

1. 按系爭工程契約書第 1 條第 5 項第 3 款係約定「契約所稱申請

、報告、同意、指示、核准、通知、解釋及其他類似行為所為之意思表示，以中文書面為之為原則。書面之遞交，得以面交簽收、郵寄或傳真至雙方預為約定之人員或處所。」本件被告通知原告復工之系爭100年7月1日函，係於100年7月1日以限時掛號郵寄原告，經西螺郵局派員分別於同月2日、3日及4日，先後3次至原告之處所投遞，雖無人收受，惟已開立郵件招領通知單通知原告領取，因原告拒絕領取，該郵局乃於同月21日退回被告等情，有該郵局之簡便行文表為證。故系爭工程契約既約定有關文書得以郵寄方式寄至雙方預為約定之人員或處所，則當被告依郵寄方式將系爭函件寄至原告之處所時，除非原告舉証證明其未能收到系爭函件係因有非可歸責於原告之事由所致，否則依該契約之真意，應認已生通知之效力，原告自有應於100年7月4日前進場施作之義務。

2. 又原告之執行董事及承辦人黃吉郎及李彩杏2人為夫妻，被告之承辦人即證人邱賢德除於100年7月1日至7月4日，將系爭100年7月1日函意旨，多次以電話通知原告應於同月4日前進場復工施作之訊息外，更緊急於同月2日將該函意旨以手機簡訊傳送予黃吉郎及李彩杏，並獲傳送成功之證明。故退而言之，縱認該函之郵寄方式因原告拒領而未合法送達，惟被告既另以手機簡訊傳送該函意旨予原告負責人及承辦人2人，亦已生通知之效力，原告自有應於100年7月4日前進場施作之義務。況原告雖否認收受被告100年7月1日函及邱賢德之手機簡訊，惟系爭工程契約並未約定該工程於停工後，須俟被告之通知，原告始可復工進場施作，而原告於100年6間既就系爭工程變更項目及新增項目議價不成立，則其停工之原因已不存在，原告自有立即進場施工之義務，本不待被告之通知。原告徒以未收受被告之該函及邱賢德之手機簡訊為藉口，企圖推卸遲延進場施工之責任，自無可採。

- (二)原告主張系爭工程於被告主張通知復工之時，工地現狀仍處於無法復工之狀態，停工之原因從未消滅，工期無由起算等語，並不實在，亦無可採：

1. 系爭工程之核定至辦理變更設計之過程如下：

- (1)系爭工程係由體委會 99 年度與 100 年度所補助之案件，須於 100 年 12 月底前完成核結，被告於 99 年 11 月 10 日上網公告招標，同月 19 日由原告得標，被告於 100 年 11 月 29 日與原告簽訂系爭工程契約，原告於 99 年 12 月 3 日申報開工，合先說明。
- (2)惟因雲林縣北港鎮網球協會（下稱網球協會）於 99 年 12 月 31 日來函建議部分工程需變更或改善，以免完工後發現不實用。而原告於 100 年 1 月 6 日亦來函表示系爭工程契約內有漏項與數量不足之情事，建議需辦理變更設計與停工。又監造單位亦於 100 年 1 月 10 日來函建議被告可依契約第 7 條及第 20 條規定，先辦理變更設計會勘與申請停工。被告因此於 100 年 1 月 20 日會同上開相關單位及原告辦理變更設計會勘，後經監造單位於同月 28 日函送同月 20 日會勘紀錄，檢討建議本案可辦理變更設計及 1 月 6 日起停工，被告隨即依監造單位之建議於同年 2 月 25 日簽准同意辦理，並於同年 3 月 3 日函請原告與監造單位依規儘速辦理後續變更設計事宜與准予 1 月 6 日起停工。
- (3)嗣雲林縣北港鎮老人會於 100 年 3 月 5 日亦來文陳情建議網球場南邊木屋前石桌椅保留不拆除與木屋前活動廣場需平整，併與網球協會又再次建議將外線電纜地下化，以免再次遭偷竊。為此，被告再於 100 年 3 月 10 日會同前開相關單位及原告辦理現地會勘，且原告亦同意配合地方需求項目辦理變更設計，後經監造單位於同月 16 日來函檢送同月 10 日會勘紀錄，建議可將陳情建議納入第一次變更設計中，被告再次依監造單位之建議於同月 24 日簽准同意納入第一次變更設計案中，並於 100 年 3 月 25 日函請相關單位配合後續相關變更事宜。
- (4)經被告審查完成第一次變更設計預算書後，於 100 年 4 月 27 日依政府採購法第 22 條第 1 項第 6 款規定，簽准由原告辦理變更工項及新增工項之議價，並於同月 29 日函送第一次變更設計之內容與預算書圖報請體委會核備，該會於同 5 月 10 日來函同意備查系爭工程之變更設計在案。

2. 系爭工程完成法定變更計畫後，依契約規定辦理後續議價情形之過程如下：

(1) 被告於 100 年 5 月 17 日函請原告請於發文日起 3 日曆天內，

提送新增工項估價書報被告辦理後續契約規定之議價程序，被告於同月 19 日接獲原告所送之估價書，惟原告所報新增工項之估價總價，竟高於預算總價之 4 倍，被告除立即向當時辦理其他案件之廠商訪價，求證預算是否合乎市場行情外，更於同月 26 日函請監造單位說明解釋各工項預算編列之依據來源是否符合現今市場價格。惟其他廠商報價總價皆與預算接近，且監造單位亦於同月 27 日回函說明新增項目單價皆依規定與依實際市場價格編列，並無短編之情形，被告即依規簽核底價辦理議價程序。

(2) 系爭工程於 100 年 6 月 2 日辦理變更設計議價程序，原告由

承辦人李彩杏出席，對議價內容分別提出疑議，並對既有項目數量部分，表示本次議價程序與內容存有疑義，無法議價，表示須回公司與負責人商討，且拒絕於議價紀錄中簽名；另對新增工項部分，表示預算過低，不符合市場價格，建議應調高單價等語，被告當場向其說明預算編列，業經監造單位依規定與參考市場價格編列，並已有向其他廠商訪價，其價格亦與預算相近，惟原告仍不同意承作，致被告無法與原告達成議價協議。被告再於同月 3 日函知於同月 7 日再次辦理議價（經雙方確認），並請原告負責人務必配合到府辦理議價程序，惟是日原告負責人仍未出席，僅由承辦人李彩杏到場說明，對既有項目數量部分，表示不同意依工程變更設計預算書內容施作，並對新增工項部分，仍表示預算過低，不符合市場價格等語，致兩造再次無法達成議價協議。

(3) 由於兩次議價皆無法達成協議，被告依系爭工程契約第

22 條規定，於 100 年 6 月 15 日再召開變更設計與議價程序疑議協調會，於協調會中仍無法達成共識，被告乃請原告於 6 月 24 日前提出書面意見。原告雖於同月 23 日與 24 日提出書面意見，惟經被告依契約及政府採購法規定審視

其書面意見，仍發現與規定不符，考慮系爭工程須於同年 12 月底前完工核結，為免預算遭收回，地方陳情建議另案辦理，故於同年 7 月 1 日簽准撤銷變更設計案，改採依系爭工程契約第 3 條規定以實做數量結算，並於是日以府城鄉字第 1000082401 號之系爭函件採限時雙掛號郵寄原告，通知應於同月 4 日前進場復工，兼復原告上開提出之書面意見，且告知原告若有無法施作之項目，仍可報請監造單位檢討確認後，再予以減做。此外，被告秉持契約誠信和諧之精神及考量公平合理之原則，更於同年 6 月 24 日預為電話通知原告後續依契約規定之簽辦方式，其內容為將撤銷變更設計回歸系爭工程契約第 3 條規定實做數量結算等情，亦有被告之承辦人邱賢德證詞可證。兩造就系爭工程變更設計項目部分之工程款議價因無法達成協議，被告既於 100 年 7 月 1 日簽准撤銷變更設計案，改採依該契約第 3 條約定以實做數量結算，則系爭工程因變更設計案之需要而停工之原因業已消滅而不存在，灼然甚明。原告主張系爭工程於被告主張通知復工之時，停工之原因從未消滅，工期無由起算云云，顯非實在，自無可採。

- (4)復按系爭工程之監造單致被告之 100 年 10 月 19 日 100 建字第 474 號函以「二、．．．本案係因使用單位之意見及部分圖說與現地不符，而辦理停工及變更設計，在承包商不願意就新增項目及合約原有項目議價之情況下，該無法施作之工程項目部分，已經本所以 100 年 7 月 1 日一〇〇建字第 301 號回覆鈞府將無法施作之部分減作剔除在案，故無承包商所提無法施作之情形。三、另工地高程設計錯誤乙事，本案於工程合約書：一、假設工程第 2 點施工測量單價分析內編列施工前高程測量及放樣工程費用，供承包商做為現場高程檢討及調整之依據，並非如承包商所言全數工程皆無法施作。四、．．．本案係在減作工程項目下施作，故本工程合約內之工程材料於未停工前即應有所準備，而非無材料可施作之情形產生」等語，足証原告主張系爭工程於被告主張通知復工之時，工

地現狀仍處於無法復工之狀態，停工之原因從未消滅，工期無由起算等語，均係卸責之詞，顯不實在，自無可採。

(三)就原告主張系爭工程不能施作部分，被告進一步答辯如下：

1. 原告主張變更設計位於施工要徑上，無法進場施作部份：

本案停工之原因，業據甘銘源於102年3月14日到庭證稱，原停工原因係地方意見與原告需求辦理變更設計，經100年1月20日會勘結果考量地方與原告之需求，監造單位建議依契約第20條規定辦理變更設計與第7條規定於100年1月6日起停工，故原證四與五係因地方建議與原告需求之整體考量，辦理變更設計，增減工程項目與數量，以致工程進度位於要徑上而停工。嗣因變更設計不成立，回歸原契約施作，扣除地方意見，原告僅於100年1月6日提出契約內容變更需求，其該變更需求內容甘銘源業當庭證稱並不影響工程施作，仍可進場復工，且應依契約第3條規定於驗收前依實作數量結算之。

2. 原告主張被告從未提出減項施作之圖說，根本無法進場施作部分：

(1)依系爭工程契約第9條第8項第2款第6目之規定，廠商向機關提出施工動態（開工、停工、復工、竣工）書面報告；同契約第7條第3項第2款規定廠商應於停工原因消滅後立即復工，故原告應於變更設計不成立後，立即提報復工。又依該契約第3條第2項「以實作數量計價者，應在驗收前依實作數量結算之，並辦理變更契約完竣」之規定，原告因變更設計不成立後，除應立即復工外，應回歸該條規定，依原契約項目與圖說進場施作，在驗收前依實作數量結算。

(2)本件原告僅於100年1月6日提出契約內容變更需求，且該部分現場亦可進場施作，本不符合系爭工程契約規定之停工要件，業據甘銘源於102年3月14日當庭證明屬實。故被告依據原告100年1月6日之需求，於100年7月1日函提出實作數量說明書回覆原告1月6日之變更需求依該契約第3條規定實作數量結算，並請原告查明核算，則原告

應依契約規定儘速進場施作，其施作工項與圖說皆於契約書中，並於驗收前依實作數量結算之，是原告之主張，並不可採。

3. 原告主張鑑定報告結果不足採信部分：

(1) 本案係依據系爭工程契約第 21 條第 3 項與「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第 16 條第 4 項規定辦理鑑定驗收，被告已於 100 年 8 月 4 日以府城鄉字第 1002701017 號函通知原告於 100 年 8 月 9 日辦理現地結算驗收，並會同雲林縣建築師公會依契約逐項辦理工地鑑定量測，將現場情形拍照存證於鑑定報告書中，合先敘明。

(2) 廢方運棄部分，應依系爭工程契約第 9 條第 4 項第 4 款「．．．廠商應自覓合法收容處理場所及取得該場所出具之同意文件並應在工地產出剩餘土石方前，併同施工計畫，提出剩餘土石方處理計畫，敘明其棄土之位置，棄運之路線等相關資料，送請當地主管機關及機關核備，並據以執行，其改變者亦同，並應隨時接受機關的檢查．．．」之規定。本件原告以 100 年 3 月 23 日堡字北港第 1000323002 號函提送剩餘土方處理計畫書送件監造單位審查，監造單位於 100 年 3 月 25 日審查符合上開契約規定，被告於 100 年 3 月 30 日同意核備，惟原告所提送之剩餘土石方處理記錄表顯示，契約「廢方運棄」項目運送時間皆在本案全面停工期間，依規停工期間應位於施工要徑上，應無法施作契約任何工程項目，且於實際運送前尚未依契約規定將剩餘土方處理計畫書送請監造單位與被告核備，此舉並有歸避被告隨時查驗該工項之行為，故被告認為外運土方數量有問題，且本項施作程序未依契約規定與一般工程實務來辦理，被告因此無法依契約規定給付該項工程款，此依系爭工程契約規定「廢方運棄」項目應於被告核備與復工後再行施作，再次顯示復工後現場確實可施作。

(3) 空氣污染防治費部分，被告已依原告所送之單據辦理請款中。其餘項目，被告依據前開契約之規定，會同雲林縣建築師公會依契約項目逐項於實地鑑定量測，並將現

場情形拍照存證於鑑定報告書中。

4. 原告主張停工後，工地現場從未有任何改變，施工阻礙亦未排除部分：

(1)原告主張棚架座椅與休憩棚架未請領執照部分：

兩造契約並無約定棚架座椅及休憩棚架須請領建照，原告執此主張顯無理由。且該工項並非位於施工要徑上，原告亦於100年8月4日終止契約前，並無提出該項疑議，顯然原告惡意尋找不進場復工之理由，足可反證現場是可進場施作，而係原告不願進場施作。

(2)原告主張AC刨除工法改變及現場厚度與圖說不同部分：

按系爭工程契約「原有網球場AC地坪刨除」項目，依契約該項單價分析表編列有「挖土機(PC-120)」與「工具損耗及另料」，原告僅需依編列項目施作即可，被告並無強制或函文要求原告需使用刨除機（契約規定以外的器具），且重新發包後，雖然該項契約工項名稱修正為「原有網球場AC地坪挖除」，但契約該項單價分析表編列同為「挖土機(PC-120)」與「工具損耗及另料」，重新發包之廠商亦依所編列項目施作完成，並非原告主張之重新發包後變更新工法施作，亦非無法進場施作，僅係依施作內容修正工項名稱。而就現場原有AC厚度之部分，球場地坪受到使用者長期使用，原球場地坪已如原告所說不平整，球場厚度也不一，若以原證27照片代表全部球場厚度皆為10公分，未免太不客觀公平，而且本案設計本意即係將原有AC全數挖除，重新鋪設AC地坪，使新球場地坪平整，監造單位所設計挖除原有AC厚度5公分亦只能就一般球場平均厚度設計，原告若認為現場數量或厚度超過契約數量，得依系爭工程契約第3條規定實作數量結算，並非原告主張無法施做，況重新發包後契約圖說亦與原告之契約圖說相同，顯然現場其實是可施作，僅係原告已不想依契約規定進場施作。

(3)原告主張太平路界面未整合部分：

系爭工程於99年11月11日公告招標，同月29日訂約，太平路綠美化工程於100年9月21日公告招標，同年10月7日

訂約，本案與太平路綠美化工程發包日相差約 10 個月，本案於施工階段時，太平路綠美化工程尚在規劃設計階段，故本案之規劃設計階段與太平路綠美化工程之規劃設計階段無重疊亦無關連，非本案臨太平路工區未整合。且若原告依契約規定進場復工，本案臨太平路之工區依契約規定應由原告施作。另本案因地方意見與原告變更需求，而辦理變更設計，其中新增項目較多，減做項目較少，故將臨太平路之工區移由被告之另案工程（太平路綠美化工程）施作，已增加變更設計新增項目之經費來源。因此，變更設計後該工區已刪除，嗣因變更設計不成立，原告應回歸原契約施作，惟原告未依契約規定進場施作，被告於 100 年 8 月 4 日終止契約，故被告依變更設計內容扣除原告已施作之部分微調後上網重新發包，並將原告契約內之臨太平路工區，移由太平路綠美化工程案內施作，並非如原告所稱未整合太平路介面，致無法進場施作該部分等語。

- (4)原告主張鑄鐵車阻，設計單位未實際測量，重新招標已刪除部分：

系爭工程重新發包係依變更設計內容扣除原告已施作之部分微調後上網重新發包，並將原契約內之臨太平路工區，移由太平路綠美化工程案內施作，並非原告所述設計單位設置鑄鐵車阻未實際測量無法施作，而於重新招標時刪除，故本項確實可於復工後，進場施作。

- (5)原告主張圍網 TAPE-A、B 與 C 設計錯誤無法施作，將該項納入延遲履約部分計算，違反工程實務部分：

被告已於 99 年 12 月 17 日以府城鄉字第 0990153876 號函核定原告所送之施工與品質計畫書，並請原告據以執行，故被告係依原告所送施工計畫書內之預定進度表計算延遲履約之部分。又本案依系爭工程契約第 7 條規定變更設計不成立，停工原因消滅，原告應儘速進場復工，並應依復工後之現場與後續施作情形重新擬定預定進度表送監造單位審查，且就一般工程實務該部分確實為原告之權責，惟原告惡意不履行契約進場復工，監造單位僅能

依據原核定之預定進度表計算工程進度，且於工程會申訴期間，被告亦依工程會委員意見檢討其進度計算方式，亦皆符合政府採購法之認定標準，係因原告違反一般工程實務與契約約定，而不履行契約，故原告自應負遲延履約責任。

(四)本件原告確有政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款及第 12 款之情事：

系爭工程業經被告依系爭工程契約及行政程序法規定，以 100 年 7 月 1 日函採限時雙掛號及其他多種方式、通知原告應於 10 同月 4 日復工在案，惟原告卻置之不理。嗣經被告及監造單位多次催請原告儘速進場施作，惟原告仍置之不理，並經監造單位檢討自同月 11 日起工程進度已落後 24.86%，被告乃限期原告於同月 24 日前改善落後之工程進度，惟原告截至同年 8 月 3 日止，仍拒絕進場施作等情，有被告之承辦人邱賢德及監造單位之建築師甘銘源等人證詞可證。因原告違約之情節重大，故被告依系爭工程契約第 21 條第 1 項第 5 款之規定，於同年 8 月 4 日向原告表示終止契約，自屬符合政府採購法第 101 條第 1 項第 10 款及第 12 款之規定，原告空言否認，自無可採。

五、本件兩造之爭點為：被告 100 年 7 月 1 日通知復工及系爭工程減項施作內容函，是否經合法送達？原告承攬系爭工程，是否有可歸責於己之事由，致解除或終止契約，而符合政府採購法第 101 條第 1 項第 12 款規定之情事？

六、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：．．．十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。」政府採購法第 101 條第 1 項第 12 款定有明文。而所謂因可歸責於廠商之事由，係指廠商履行契約客觀上發生違反約定或法定事由，而肇因於其怠於注意，致違約情形發生，因其欠缺必要之注意，以致契約無法有效履行，達於可以指責之程度（最高行政法院 100 年度判字第 1773 號判決意旨參照），是廠商如對於契約之履行，並無可歸責之事由而致符合終止契約之要件，招標機關自不得對廠商，依該款規定，予以刊登政府採購公報之處分。

七、經查，本件原告於 99 年 11 月 19 日得標被告所辦理系爭工程採購案，兩造並於同月 29 日簽訂契約(本院卷 22-38 頁)，履約期限共 120 日曆天，契約總價 1,400 萬元，並於同年 12 月 3 日開工。嗣網球協會於同月 31 日函被告建議部分工程須變更或改善，以免完工後才發現不實用(審議卷 139 頁)，原告並於 100 年 1 月 6 日行文監造單位副知被告該契約內有漏項與數量不足之情事，建議須辦理變更設計與停工(本院卷 40 頁)，監造單位復於同月 10 日以 100 建字第 017 號行文被告建議可依該契約第 7 條及第 20 條約定先辦理變更設計會勘與停工等申請(同卷 102 頁)，又於 100 年 1 月 28 日以 100 建字第 52 號函被告，建議於 100 年 1 月 6 日起准予停工(同卷 43 頁)，被告爰於同年 3 月 3 日發文通知原告與監造單位，准於同年 1 月 6 日起停工(同卷 46 頁)，是系爭工程自 100 年 1 月 6 日起即停工之事實，有上開函件兩造及監造單位之函件為憑，並為兩造所不爭，堪信屬實。

八、依系爭工程契約第 21 條第 10 項規定：「因非可歸責於廠商之情形，機關通知廠商部分或全部暫停執行．．．其停工時間達 180 日曆天仍無法復工者，廠商得通知機關終止或解除部分或全部契約」(同卷 37 頁)，而系爭工程自 100 年 1 月 6 日起即停工，依監造單位 100 年 1 月 10 日行文被告建議可依該契約第 7 條及第 20 條約定先辦理變更設計會勘與停工等申請，其中載明「契約項目有列而施工圖中無該項目，契約項目未列但施工圖中有該項目．．．網球場圍網 TYPE-A、B、C 之樣品已由本所審查一次．．．確有其施作困難處，本所將修改施作圖，提請貴府同意變更施作方式．．．本案因涉及外電線路被偷需重新架設及估價、圍網位置調整、步道位置調整及給水系統重新調整位置等問題，其自 99 年 12 月 19 日皆已發生，當時為因應年底預算支用的需要乃先行施作。」(同卷 102-103 頁)；又於 100 年 1 月 28 日 100 建字第 52 號函說明三「．．．確認目前現場已無法施作，確定位於施工要徑上。」，該函附件會勘記錄，係經兩造、監造單位、網球協會及北港鎮公所等共同會勘，其中監造單位部分為「2、有關承商反應圖中尺寸與現地不符，經本所確認確有其情形，將請承商配

合做現地量測，並於本次變更設計中一併調整。5、經本公司檢視現地狀況與契約圖說工程，其尚需調整辦理變更設計之項目如下：a. 原有網球練習場周邊 PC 地坪拆除項目本所於規劃時漏列。b. 原有水溝清理、陰井（70*70*80CM）含溝蓋及 8" PVC 管：因原有停車場地行向內斜之洩水因素，故需增設排水管線，以利地面排水。c. 電氣設備工程-電氣開關箱及管線及幹管線設備工程變更：係因本工程以外連接台電及總配電盤之外電管線被偷，經使用單位網球協會陳情，故予以新增契約項目。d. 洗混凝土地坪、透水混凝土地坪、樹穴及步道清水紅磚路緣石、清水紅磚鋪面飾條(二)及清水紅磚擋牆變更：前述工項施作地點位於太平路旁，考量目前本府工務處正執行『北港太平路綠美化工程』案，為便利整體性之景觀規劃，本區將納入該案統籌規劃設計，前述工程將予以減做，以利未來日後整體街景之呈現，以及將本項減做之經費因須配合網球協會陳情使用需求變更新增項目做為調整之用。e. 網球場圍網 TYPE-A、B、C 變更：因配合現地原電桿位置，故仍以舊有圍網位置施作，以致需變更增加長度。f. PV C 給水管、沉水式抽水機及陸上式揚水機變更：因原有水井位置本所編寫錯誤，且原有水井管徑較小，以致需將沉水式抽水機變更為陸上式揚水機及增設不銹鋼水塔。g. 停車場現地地坪長度較圖面尺寸短，故配合現場地形調整 AC 地坪數量及收邊長度。6. 以上變更項目經本所審查確有變更的需要，建議依契約第 20 條規定辦理變更設計。」，其會勘結論為「

1. 本次變更設計會勘經監造單位審查確有變更的需要，建議依契約第 20 條規定辦理變更設計，其變更項目如上述監造單位所提之項目。2. 有關承包廠商申請停工案，經監造單位依契約第 7 條規定審查，因需辦理變更設計，且有確認目前現場已無法施作，確定位於施工要徑上，建議於 100 年 1 月 6 日起准於停工。」（同卷 44 頁正反面），另監造單位 100 年 3 月 16 日 100 建字第 139 號函檢附之「100 年 3 月 10 日雲林縣北港鎮立網球場整修工程會勘紀錄」，其中監造單位部分之記錄第 4 點「營造廠所提之地坪高程問題，為原規劃設計上有誤，建議一併納入第一次變更設計。」（同卷 507 頁），由上可知，

系爭工程經監造單位審查及相關單位會勘結果，有依原設計無法施作，且有位於施工要徑上，另有外電線路失竊、需重新架設及估價、圍網位置調整、步道位置調整、給水系統調整及地坪高程等問題，被告為因應年底預算支用的需要乃先行施作及須變更設計等情形，是系爭工程自 100 年 1 月 6 日起即停工，其停工之事由，顯非可歸責於原告。原告主張其於 100 年 7 月 6 日以堡字北港第 1000706001 號函，以系爭工程自 100 年 1 月 6 日起停工，已達 180 日曆天仍無法復工，依契約規定通知被告終止系爭工程全部契約之意思表示（同卷 98 頁），被告有收受該文，被告對此並不爭執，惟稱原告通知被告終止系爭工程全部契約為不合法等語（同卷 300 頁準備程序筆錄），則本件應審究原告上開對被告終止系爭工程全部契約之意思表示是否合法。

九、被告主張因系爭工程於停工期間中，關於變更設計與議價兩造皆無法達成共識，其請原告函送相關意見，經原告於 100 年 6 月 23 日及 24 日提出書面意見，被告審視後認為與契約及與法不符，乃於同年 7 月 1 日簽准撤銷變更設計案，改採減作並依契約第 3 條第 1 項第 4 款約定以實作數量結算，並於同日採以 100 年 7 月 1 日府城鄉字第 1000082401 號函限時雙掛號通知原告於同月 4 日前進場復工（同卷 50 頁），原告雖拒絕領取，經郵局退回該函予被告，原告無法舉証證明其未能收到系爭函件係因有非可歸責於原告之事由所致，否則依該契約之真意，應認已生通知之效力，原告應於 100 年 7 月 4 日前進場施作之義務等語。

十、次按「（第 1 項）送達，於應受送達人之住居所、事務所或營業所為之。．．．。（第 2 項）對於機關、法人、非法人之團體之代表人或管理人為送達者，應向其機關所在地、事務所或營業所行之。但必要時亦得於會晤之處所或其住居所行之。（第 3 項）應受送達人有就業處所者，亦得向該處所為送達。」、「於應送達處所不獲會晤應受送達人時，得將文書付與有辨別事理能力之同居人、受雇人或應送達處所之接收郵件人員。」、「（第 1 項）送達，不能依前 2 條規定為之者，得將文書寄存送達地之地方自治或警察機關，並作送

達通知書兩份，一份黏貼於應受送達人住居所、事務所、營業所或其就業處所門首，另一份交由鄰居轉交或置於該送達處所信箱或其他適當位置，以為送達。（第2項）前項情形，由郵政機關為送達者，得將文書寄存於送達地之郵政機關。（第3項）寄存機關自收受寄存文書之日起，應保存3個月。」為行政程序法第72條、第73條第1項及第74條所明定。系爭工程採購案，係被告依政府採購法相關程序所招標完成，兩造間所訂立之系爭工程契約，係有行政契約之性質（最高行政法院96年度判字第50號判決意旨可參），有關履約或其他文書之送達，除契約另有規定外，自應適用上開行政程序法關於送達之規定。再按「郵務機關送達掛號郵件至送達處所而不獲會晤應受送達人時，僅投遞招領通知於信箱內，該招領通知僅註明應於一定期限內前往某郵局領取掛號信件，縱相對人有收受該招領通知，然於前往郵局領取前，亦無法從招領通知得知該信件之種類及內容，自難認於郵局待招領之存證信函已置於相對人之支配範圍內，達於隨時可了解其內容之客觀狀態，即謂抗告人催告相對人行使權利之存證信函已到達相對人。」最高法院100年度台抗字第722號民事裁定意旨可資參照。

- 、依系爭工程契約書第1條第5項第3款規定：「契約所稱申請、報告、同意、指示、核准、通知、解釋及其他類似行為所為之意思表示，以中文書面為之為原則。書面之遞交，得以面交簽收、郵寄或傳真至雙方預為約定之人員或處所。」（同卷22頁反面），該規定係規範兩造間有關契約履行過程中之意思表示，以中文書面為之為原則，及書面遞交之方式及地點，惟如以書面遞交郵務送達，其送達效力，仍須依上開行政程序法第72條、第73條第1項及第74條等規定，被告稱系爭工程契約上開規定有關文書得以郵寄方式寄至雙方預為約定之人員或處所，則被告以郵寄方式將100年7月1日函寄至原告之處所時，除非原告舉証證明其未能收到系爭函件係因有非可歸責於原告之事由所致，否則已生通知之效力，自有誤會。查被告通知原告之100年7月1日函，雖於100年7月1日以限時掛號郵寄原告，並經西螺郵局派員分別於同月2日

、3 日及 4 日，先後 3 次至原告之處所投遞，均無人收受，另開立郵件招領通知單通知原告領取，原告仍未前往領取，該郵局乃於同月 21 日退回被告，有該郵局之簡便行文表在卷可稽(同卷 124 頁)。依行政程序法上開規定，被告 100 年 7 月 1 日函，如無法依一般送達、補充送達或留置送達之規定時，則依該法第 74 條之規定，應以寄存送達之方式為之，，郵務機關雖曾開立郵件招領通知單通知原告領取，但並未依行政程序法相關之規定方式送達，原告縱有收受該招領通知，然並未前往郵局領取，無從自招領通知得知該信件之種類及內容，難認被告 100 年 7 月 1 日函，有合法送達於原告，而發生通知原告之效力。

- 、另查，系爭工程自 100 年 1 月 6 日起停工，停工事由並非可歸責於原告，有如上述，如有已達 180 日曆天仍無法復工之情形，依系爭工程契約第 21 條第 10 項規定，原告得通知被告終止或解除部分或全部契約，系爭工程自 100 年 1 月 6 日起停工，算計 180 日曆天，至同年 7 月 5 日止。又依被告 100 年 6 月 3 日府城鄉字第 1002700691 號函說明二、(二)記載「若未議價成功，本府將依政府採購法第 18 與 19 條規定辦理旨揭工程新增項目之公開招標，另尋其他廠商施作。」等語(同卷 294-295 頁)，被告此時已向原告表示系爭工程變更設計後，兩造如無法議價成功，被告將洽其他廠商施作之意旨，嗣兩造於同年 6 月間無法達成議價合意，被告如要求原告維持系爭工程原設計施工，事關緊迫，自應慎重及時為之，可派員專程向原告送達其 100 年 7 月 1 日函，以免延誤。乃被告以郵務送達原告該函件，經西螺郵局派員分別於同月 2 日、3 日及 4 日，先後 3 次至原告之處所投遞，均無人收受，而同月 2 日、3 日係逢週六、日假日期間，原告如未及時前往郵局領被告 100 年 7 月 1 日函，稍加遲延 2 日而逾同年 7 月 5 日領取，即已取得終止系爭工程契約之權利，且被告該函件因原告均未前往領取，該郵局乃於同月 21 日退回被告，足認被告對此重要及有時效性文件之送達，並未謹慎及控管對原告之送達日。
- 、被告又以原告之執行董事及承辦人黃吉郎及李彩杏 2 人為夫妻，被告之承辦人邱賢德除於 100 年 7 月 1 日至 7 月 4 日，將系

爭 100 年 7 月 1 日函意旨，多次以電話通知原告應於同月 4 日前進場復工施作之訊息外，更緊急於同月 2 日將該函意旨以行動電話簡訊傳送予黃吉郎及李彩杏，並獲傳送成功之證明等情。邱賢德雖到庭證述「因為我收到原告 6 月 23、24 日說明之後，我們內部討論認為原告說明違反契約約定。」、「電話通知的部分，我只有在 6 月 24 日那天打電話．．．請他們就能施作的部分先行施作．．．」（同卷 145-146 頁準備程序筆錄）等語，並提出其行動電話簡訊畫面之照片為證（同卷 126 頁），惟此經原告否認，且經本院向中華電信股份有限公司查詢邱賢德之行動電話號碼有無於 100 年 7 月 2 日上午 9 時，傳送開簡訊內容予原告代表人黃吉郎及其妻李彩杏之行動電話號碼，該公司函復本院稱因已逾保存期限，無法提供相關資料（同卷 395 頁），是上開邱賢德之證詞及其所提出之行動電話簡訊畫面照片，因無其他事證佐證，尚難認為實在。又依系爭工程契約第 9 條第 11 項「廠商接受機關或設計監造單位之人員指示辦理與履約有關之事項前，應先確認該人員係有權代表人．．．。廠商接受無權代表人之指示或逾越或違反契約規定之指示．．．機關亦不對此等指示之後果負任何責任。」之規定（同卷 28 頁反面），及依上開第 1 條第 5 項第 3 款規定，契約之指示及通知之意思表示，以中文書面為之為原則，邱賢德僅為被告關於系爭工程之承辦人員，並無代表被告之權限，縱使其有以上開電話及行動電話簡訊通知原告代表人黃吉郎及其妻李彩杏之行為，亦未符合系爭工程契約之規定，均不得認有發生通知原告系爭工程復工之效力。

、復按政府採購行為其仍有私法契約行為之性質，基於私法自治之契約自由原則，交易當事人得依自由意思決定是否締約及締結何種內容之契約。系爭工程契約成立後，兩造之權利義務，固應依契約規定，如有未盡周全之處，則得依契約之本旨、民法之相關規定及誠實信用原則加以補充。如前述系爭工程經監造單位審查及相關單位會勘結果，有依原設計無法施作，且有位於施工要徑上及地坪高程問題，須變更設計等情形，而自 100 年 1 月 6 日起即停工，是該工程應俟變更設計，兩造合意變更工程項目及工程款，原告可得繼續施工後

，被告再通知原告復工。而兩造於同年6月7日及15日對於變更設計後之工程，因無法達成議價合意，此時被告如不再洽其他廠商施作變更設計後之系爭工程，而須由原告復工，維持原契約之效力，此時現場已停工約半年之久，又有前述諸多依原設計無法施作之因素，被告理應會同監造單位及原告勘查現場後，排除無法施作之部分，研商對於原告可得繼續施作之部分復工，再依系爭工程契約第3條規定之契約價金之給付(二)價金給付之結算方式，以實際施作或供應之項目及數量給付(同卷23頁)，使原告知悉自何處得以繼續施工，及準備相關工程事宜，方符合系爭工程契約之本質及民法上之誠實信用原則。而本件被告並未踐行上開程序，逕以100年7月1日函原告，其內容僅係通知原告因第一次變更設計無法達成合議，依系爭工程契約第3條與第4條規定，改採減做依實作數量結算辦理，請依附件減做項目與實做數量說明書進場施作(同卷50頁)，亦難認被告有合法通知原告復工之效力。

- 、至被告提出之監造單位100年10月19日100建字第474號函說明二「．．．該無法施作之工程項目部分，已經本所以100年7月1日100建字第301號回覆鈞府將無法施作之部分減作剔除在案，故無承包商所提無法施作之情形。」(同卷127頁)，惟此係監造單位對被告之函文，並非監造單位或被告，告知原告將系爭工程之原設計仍可施作之部分，自何處範圍內繼續施工；另監造單位負責人甘銘源建築師雖到庭證述原告對於系爭工程，於原設計範圍內仍可繼續施工，及提出系爭工程之監造說明(同卷314頁)，惟依監造單位於上述100年1月10日及同月28日函被告及會勘紀錄之內容，已詳敘系爭工程依原設計無法施作之因素及條件，請被告准原告於同月6日停工。而此無法施作之情形，其中有涉及圖中尺寸與現地不符須做現地量測、原有網球練習場周邊PC地坪拆除項目於規劃時漏列、需增設排水管線、電氣設備工程-電氣開關箱及管線及幹管線設備工程變更、網球場圍網TYPE-A、B、C須配合現地原電桿位置須變更位置增加長度、PVC給水管暨沉水式抽水泵及陸上式揚水泵變更(原有水井位置本所編寫錯

誤，且原有水井管徑較小，以致需將沉水式抽水機變更為陸上式揚水泵及增設不銹鋼水塔)、停車場現地地坪長度較圖面尺寸短須配合現場地形調整 AC 地坪數量及收邊長度，且有地坪高程問題，此等項目均屬原工程設計與工地現場不符而有錯誤之情形，並非僅屬地方民眾之要求而須變更設計，該等事實狀態，迄被告 100 年 7 月 1 日函原告時，並未改變，尚不得以前開監造單位負責人甘銘源建築師之證詞，為本件有利被告之論據。

- 、又按最高行政法院 101 年 6 月份庭長法官聯席會議決議意旨，機關以廠商承作依政府採購法招標得標之工程有政府採購法第 101 條第 1 項第 1 款至第 12 款及第 14 款所列各款情事，而予以決定刊登政府採購公報，係為行政處罰，被告以原告有政府採購法第 101 條第 1 項第 12 款規定之情形，通知原告將刊登政府採購公報之部分(已於 101 年 10 月 30 日刊登，同卷 97 頁)，係為行政處罰，惟本件被告所依據之事實，並未符合該款規定之要件，本件被告 100 年 7 月 1 日函，其內容並無合法通知原告復工之效力，且未合法送達於原告，而原告於 100 年 7 月 6 日以堡字北港第 1000706001 號函，以系爭工程自 100 年 1 月 6 日起停工，已達 180 日曆天仍無法復工，依契約該規定通知被告終止系爭工程全部契約之意思表示，係屬有據，是被告以本件系爭工程，因可歸責於原告之事由，致終止系爭工程契約，對原告為該款之裁處，並未有依據客觀事證及法定事由，自有違誤，異議處理結果及審議判斷對於該部分遞予維持，均有未合。原告分別請求撤銷原處分、異議處理結果及審議判斷(除不受理部分外)均撤銷，為有理由，應由本院將該部分均予撤銷。此外，本件事證已明，兩造其餘主張及陳述，與本件判決結果，不生影響，爰不逐一審論，併予敘明。
- 、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 102 年 7 月 3 日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法 官 王 德 麟

法 官 詹 日 賢
法 官 許 武 峰

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 102 年 7 月 11 日

書記官 許 騰 云

資料來源：臺中高等行政法院裁判書彙編（102 年版）第 437-477 頁