

【裁判字號】102,判,721

【裁判日期】1021121

【裁判案由】政府採購法

【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

102年度判字第721號

上 訴 人 王文楷即王文楷建築師事務所

訴訟代理人 黃厚誠 律師

伍安泰 律師

蔡宜均 律師

被 上 訴 人 臺南市政府文化局

代 表 人 葉澤山

訴訟代理人 葉張基 律師

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國102年5月29日高雄高等行政法院101年度訴字第324號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、緣上訴人參與被上訴人所辦理之「臺南縣歷史建築柳營吳晉淮故居修復規劃設計及監造」採購案（原招標機關為臺南縣政府，臺南縣市合併後由被上訴人承受辦理，下稱系爭採購案），因被上訴人認有可歸責於上訴人之事由致終止契約之情事，乃以民國（下同）100年10月13日南市文建字第1000779331號函（下稱原處分）通知上訴人將依政府採購法第101條第1項第12款規定刊登政府採購公報。上訴人不服，提出異議，經被上訴人以100年11月15日南市文建字第1000851698號函駁回上訴人之異議。上訴人猶未甘服，向臺南市政府採購申訴審議委員會提起申訴，並請求申訴一切費用由被上訴人負擔，遭該會以101年5月15日訴字第10012006號採購申訴審議判斷「關於請求撤銷原異議處理結果部分，申訴駁回；其餘申訴不受理。」上訴人就駁回部分仍表不服，遂提起行政訴訟，經原審法院以101年度訴字第324號判決駁回，上訴人猶未服，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張略以：

（一）系爭採購契約除終止契約（第15條第1款第12目）外，尚定有多種履約爭議處理方式，如：協調（第16條第1款）、懲罰性違約金（第13條第11款）、損害賠償責任（第13條第8

款)、暫停給付契約價金(第5條第4款)、停止履約(第9條第2款、第15條第7款)、撤換監工人員(第9條第10款第3目)、減價並處以懲罰性違約金(第4條第1款)及罰款(第13條第12款)等。兩造及施工廠商慶洋營造有限公司(下稱慶洋公司)100年8月12日履約檢討會議,三方達成繼續履約之協議,依系爭採購契約第16條第1款約定屬協議誠信履約,被上訴人竟於上開會議後19日單方終止契約,並以原處分列上訴人爲不良廠商並刊登政府採購公報,有違上訴人正當合理信賴;且終止契約後1個月,被上訴人方對上訴人行使應優先適用之違約金及懲罰性違約金手段,顯已本末錯置,故被上訴人依系爭採購契約第15條第1款第12目對上訴人終止系爭採購契約,並無理由。

(二)關於「上訴人對廠商提出履約期限(展延工期81日)有無執行審查」部分:本件工程因涉變更設計,於100年5月16日復工,同日被上訴人與施工廠商完成第1次變更設計補充契約書締約,第1次變更設計預算書即載明「有關變更設計因尚無影響要徑工項,固無延長工期之實需」,並經被上訴人與施工廠商完成第1次變更設計追加採購,且於補充契約書載明「履約期限:依原契約規定」,上訴人據此認本件變更設計後無展期必要,而不予同意,此即上訴人之審查結果,並函告被上訴人及施工廠商。被上訴人不尊重上訴人依約審認本件變更設計後不需增加工期之專業判斷(薦請考慮趕工計畫之可行性);又罔視被上訴人與施工廠商簽訂之工程契約第7條第2款「工期之增減需於變更議定時一併處理」之規定,被上訴人此部分處分理由,與事實不符。

(三)關於「上訴人有無延宕審查情事」部分:縱上訴人有延宕審查情事,被上訴人應優先適用系爭採購契約第13條第11款第3目約定,被上訴人每次得處以千分之五懲罰性違約金,不得逕予終止契約,否則該約定豈非具文。上訴人所提監造之整體施工計畫書,其審查時間爲「7日」,分項施工計畫書送審管制表則載明應於「施工前15日」送審,兩者有別,被上訴人不分文件性質,均認上訴人應於文件收到7日內審畢,顯引據有誤。有關「電氣設備工程計畫書」之送審,施工廠商於99年12月28日提送「電氣設備施工計畫書送審綜理表」,其於修正意見回覆及內容欄自陳「有關室內燈具部分待變更設計確定後,再另行提報型錄送審」等語,故上訴人乃依99年11月11日工務會議結論,暫存續辦未予審結,乃配合工進適時審查,絕無審查期間逾半年,嚴重影響現場執行情事。有關「蟲蟻防治工程施工計畫書」之送審,施工廠商提

送第2版「蟲蟻防治施工計畫書」，上訴人審查發現與第1版送審資料完全相同、一字未改，上訴人通知施工廠商修正，並副知被上訴人，被上訴人辯稱上訴人於審查期間未為任何說明，與事實不符。

(四)關於「上訴人指派之監工人員有無在場執行專任監造」部分

：依系爭採購契約第9條第10款第3目，監工人員合於撤換情事，經被上訴人列舉「具體事實」通知上訴人，上訴人應於接獲通知10日曆天內撤換之。惟上訴人從未接獲被上訴人列舉具體事實通知上訴人撤換，縱寬認原審中被證5至7，為被上訴人列舉之具體事實通知上訴人監造人員未實際於工地執行監造工作，而上訴人未於10日曆天內撤換，被上訴人亦應優先適用系爭採購契約第5條第4款規定之暫停給付契約價金至情形消滅為止，而非逕予終止契約。又系爭採購契約第9條第10款第1目，僅明定監造人員應「專任」，而無「常駐」之約定，被上訴人自行擴張解釋本件工程監造人員須專任且常駐工地，實違反契約。實則上訴人確有指派「專任」監造人員在工地執行職務，然上訴人監造人員在工地現場並無權指示工地工人，上訴人監造人員係對應施工廠商工地主任執行監造職務，被上訴人10次抽驗，施工廠商之工地主任僅在場3次，工地主任不在場，上訴人監造人員何以執行職務，不能僅因被上訴人每次約1至2小時短時間之抽查上訴人監造人員不在場，即為不利於上訴人之認定。

(五)關於「上訴人有無召開工務會議」部分：依系爭採購契約並

無法導出上訴人有定期召開工務會議之義務，而每兩週召集施工廠商召開工務會議乃出於上訴人自律而定於監造計畫書，監造計畫書非兩造契約之一部，故工務會議召開形式召開、召開必要及召開次數，上訴人有其監造專業之裁量權。又如原審起訴狀所示，由上訴人召開有形成書面紀錄之會議計有9次，但未有書面之工務會議即不限於此。縱認上訴人之監造計畫乃兩造契約之一部，上訴人未每兩週召開一次合乎形式之工務會議構成違約事由，惟依系爭採購契約第13條第11款，被上訴人得處以千分之五懲罰性違約金，或依系爭採購契約第5條第4款，被上訴人得暫停給付契約價金至情形消滅為止，而非逕予終止契約。

(六)關於「上訴人有無其他多項履約缺失經被上訴人通知仍不為

改善」部分：上訴人縱履約有瑕疵經書面通知限期改善而逾期未改善，依系爭採購契約第5條第4款規定，被上訴人得暫停給付契約價金至情形消滅為止；又履約品質不符合契約規定，依系爭採購契約第9條第2款及第15條第7款規定，得通

知上訴人限期改善或改正；若逾期未辦妥，被上訴人得要求上訴人部分或全部停止履約直至辦妥，方可恢復履約等，以上條款均為契約明定之法律效果，被上訴人應擇其一而為，而非逕予終止契約。又被上訴人指示上訴人辦理事項涉及施工廠商配合改善，上訴人監造職務之執行對象為施工廠商，施工廠商不作為，將嚴重影響上訴人之審查進度，認定上訴人有無審查怠惰，不可能切割上訴人與施工廠商單獨視之。

(七)關於「上訴人有無未依規定時間提送監造報表」部分：上訴人倘有未履行契約應辦事項，經通知仍延不履行或其他違反法令或契約情形，依系爭採購契約第5條第4款規定，被上訴人得暫停給付契約價金至情形消滅為止，惟被上訴人逕以上訴人未依規定提送監造報表為由終止契約，顯與系爭採購契約明訂之違約效力未合。上訴人於99年11月29日即已提送系爭監造報表，因被上訴人99年12月3日函文指示前無審閱意見退回後，上訴人循被上訴人99年12月3日函文指示之審閱意見而登載監造日報表，何獨99年8月17日至同年12月31日之監造報表不予備查，標準何在？被上訴人有濫用裁量，被上訴人指摘上訴人未依規定提送監造報表，非事實全貌。

(八)關於「上訴人有否未以書面通知施工文件審核結果，卻允諾施工廠商現場逕自施作」及「上訴人對施工廠商未依契約施作，有無善盡監造責任」部分：被上訴人查獲上訴人有「施工廠商有未依圖說施作之情形，而上訴人無法舉證已善盡監造責任」情事，每次被上訴人得處以千分之五懲罰性違約金（系爭採購契約第13條第11款）；又倘因上訴人監造不實致被上訴人受有契約所定損害，上訴人應負賠償責任（系爭採購契約第13條第8款），系爭採購契約既已明定違約事項之法律效果，被上訴人不得逕予行使最後手段對上訴人終止契約等語，求為判決申訴審議判斷、異議處理結果及原處分均撤銷。

三、被上訴人則以：

(一)系爭採購契約第9條第10款已明文對監工人員要求，既特別約定專任人員，且上訴人根據契約所編列服務費用中技術性工作人員2名每月薪資各高達新臺幣38,763元，顯為專任人員之費用，依系爭採購契約第9條第10款規定，此等人員施工時應在工地執行職務，上訴人主張只有在查驗時才要到場監造云云，顯與契約不符。又本件履約期間被上訴人現場抽查10次，僅見上訴人在場1次，顯有違契約規定。又被上訴人多次以書面要求上訴人依契約規定執行，上訴人仍未改善，是本件自開工日起，迄被上訴人與上訴人終止契約日止，

履約工期近300天，上訴人僅執行31次監造工作，顯不符契約規定。被上訴人因復工後工程進度未見提升，於100年8月12日召開履約檢討會議要求上訴人現場監造人員應到場執行任務，惟後續上訴人仍未於期限內辦理審查作業，亦完全未到場執行專任監造工作，遂於100年8月31日依據系爭採購契約第15條第1款第12目規定，通知上訴人終止契約，符合系爭採購契約之約定。

(二)上訴人主張其並無被上訴人所指多項施工計畫、材料及現場查驗結果審查時間均超過規定時間之情事。系爭工程應進行之施工查驗工作甚多，上訴人拖延未辦理之查驗工作，被上訴人舉證經臺南市政府採購申訴審議委員會認定在案，上訴人刻意提出其他有查驗的資料，但仍無解於其他拖延查驗工作之事實；且上訴人於檢驗日執行審查後，未將審核結果書面告知施工廠商，即便有執行查驗，未書面告知施工廠商查驗結果，查驗徒具形式無實質意義。至於上訴人以監造計畫書審查期間7天或15天不等，主張其未延宕云云，仍無解於其他拖延查驗工作長達數個月之事實。關於施工計畫書「木柱上部墩接施工計畫書」，施工廠商於100年5月18日提送，上訴人直至同年6月21日方審退，審查時間月餘，嚴重超過監造計畫書之審查規定，施工廠商於100年7月6日重新提送該部分施工計畫書，迄至終止契約時止，上訴人皆未針對此分項計畫書提出審核結果。關於「蟲蟻防治工程施工計畫書」，本項計畫書施工廠商於99年11月3日提出，上訴人直至100年1月27日始審退，審查時間逾兩個月，期間亦無任何說明，嚴重超過審查規定，迄至終止契約時止，上訴人皆未針對此分項計畫書提出審核結果，審查延宕屬實；又分項施工計畫審查重點，皆為針對施工「品質」之要求，變更設計僅影響蟲蟻防治施作之「數量」，上訴人以木料辦理變更為由不進行審查，顯為推託。關於「電氣設備工程施工計畫書」，施工廠商於99年12月2日提出，上訴人於同年月14日審退，施工廠商復於同年月28日重新提送後，未見上訴人審核結果，迄至100年7月21日始由上訴人（100）楷建工字第100192號函附表中有表示，審查期間逾半年；本分項工程之變更設計僅涉燈具之變更（層板燈變更為復古燈具），上訴人以變更設計為由，要求廠商重新提送分項施工計畫，顯推卸延宕之詞。「編竹泥牆成分分析」試驗結果施工廠商於99年12月28日提送，上訴人未提出任何審核結果，經被上訴人多次催辦迄至100年7月21日上訴人始提出「原提送資料不全且事涉變更設計已通知重新提報」，顯為推卸自身審查延宕之

詞。依據系爭工程「工程材料查驗申請一覽表」執行情形，於被上訴人與上訴人終止契約前，施工廠商計提出12項工程材料查驗申請，至被上訴人與上訴人終止契約之日止，尚有8項未見上訴人提出查驗結果。

(三)上訴人否認其有違反定期召開工務會議之義務云云，惟按監造計畫書第2.4.2條與第2.4.4條，上訴人應每兩週於工地定期召開工務會議與不定期工務會議等2種會議。又上訴人主張依兩造系爭採購契約，並無法導出上訴人有定期召開工務會議之義務云云，惟依系爭採購契約第1條第1款第5目及第7條第1款第2目規定可知，監造計畫書屬於兩造採購契約之一部分，具有等同契約之效力，絕非上訴人所稱「自律」。另上訴人起訴狀附表一「本案工程99年5月10日至100年8月31日各項會議召開情形」，上訴人所召開工務會議共9次，由其時間以觀，上訴人履行本件監造工作期間，並未每兩週召開定期工務會議等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人在原審之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

(一)上訴人監工人員是否未到場執行專任監造工作：依系爭採購契約第2條第1款、第2款及第9條第10款第1目可知，上訴人負有監造系爭工程之義務，且對施工廠商現場施作、測量，上訴人監工人員應在場為督導、查對、校驗及查核等工作，上訴人應派遣專任監工人員，於廠商施工時在工地執行職務。系爭工程開工後，被上訴人於99年7月16日至100年8月16日曾先後10次至現場督導查核，其中上訴人及其監造人員僅於100年6月23日被上訴人督導查核時在場，其餘9次上訴人均不在場，亦未派遣監造人員在場，被上訴人曾函請上訴人檢討改善，並確實依契約規定派遣監工人員在現場執行監造工作等情，足見上訴人確有未依前揭採購契約規定在場執行監造工作之情形。又系爭採購契約第9條第10款第1目已明文規定，監造廠商應自工程開工至機關驗收完成之期間指派專任監工人員至少1人，其人員不得跨越其他標案，且施工時應在工地執行職務，上開契約文義即可得知就系爭工程上訴人須指派專任監工，且該專任監工於廠商施工時應在工地執行職務，並不限於施工檢驗停留點或隱蔽部分或其他影響結構安全部分，始要求監造人員在場，文義至明。又系爭採購契約並未規定施工廠商工地主任在場時，上訴人監工人員始須在場執行監造職務，且施工廠商施工時，其工地主任是否在場，乃屬施工廠商有無違約之情形，不會發生施工廠商工地主任不在場即無法執行監造工作之情形。

- (二)上訴人有無對施工廠商所提各項審查資料延宕審查情事：監造計畫書第4.3.1條規定之審查期限雖未明文區分整體施工計畫書或分項施工計畫書，惟就監造計畫書第4.1、4.2、4.3.1條規定，分項施工計畫亦可與整體施工計畫一併提出審查可知，兩者之審查期限應同為文件收到7日內完成審核，上訴人主張被上訴人不分文件性質，均認上訴人應於文件收到7日內審畢，引據有誤云云，尚非可採。電氣設備工程施工計畫書部分，施工計畫書經施工廠商於99年12月2日送請上訴人審查，上訴人於同年月14日予以審退，施工廠商修正後復於同年月28日送請上訴人審查，惟上訴人就該施工計畫書是否符合工程需要應予完成審查或仍須修正而應予退件，並未作成決定，足見上訴人確有未依審查期限審查上開施工計畫書之情形。蟲蟻防治工程施工計畫書部分，施工計畫書經施工廠商於99年11月3日送請上訴人審查，上訴人於100年1月27日始予以審退，足見上訴人確有未依審查期限審查上開施工計畫書之情形；又上訴人主張已告知施工廠商「蟲蟻防治工作包含牆面與木料，因涉變更設計，待確定後辦理。」然上訴人亦自承上開蟲蟻防治工程並未涉及變更設計，足認上開蟲蟻防治工程確未涉及變更設計而無法審查之情事。木柱上部墩接施工計畫書部分，經施工廠商於100年5月18日送請上訴人審查，上訴人於同年6月21日予以審退，施工廠商修正後復於同年7月6日送請上訴人審查，惟上訴人就該施工計畫書是否符合工程需要應予完成審查或仍須修正而應予退件，並未作成決定，足見上訴人確有未依審查期限審查上開施工計畫書之情形。
- (三)上訴人是否未依監造計畫書規定召開工務會議：系爭採購契約第1條第1款第5目及第7條第1款第2目第1小目及上訴人所提出之監造計畫書第2.4.4條第1款第1目規定可知，上訴人所提出之監造計畫書乃屬系爭採購契約之文件，且上訴人有義務遵守該計畫書之規定。上訴人原審起訴狀附表一「本案工程99年5月10日至100年8月31日各項會議召開情形」主張其共9次為上訴人所召開工務會議，惟查上訴人履行本件監造工作期間，僅零星召開數次工務會議，並未依規定每兩週召開定期工務會議，確有違約之情事。
- (四)上訴人是否尚有其他履約缺失，經被上訴人通知改善仍不為改善及未依規定時間提送監造報表：被上訴人於100年6月10日檢送同年5月27日系爭工程之施工查核小組查核紀錄乙份，通知上訴人及施工廠商，限期於同年7月1日前應各自提出改善對策及結果表辦理情形；另施工廠商所提出之改善對策

及結果表辦理情形，上訴人須逐項簽註具體審查施工廠商有關缺失改善情形，嗣施工廠商於同年6月30日提出施工查核缺失改善結果及照片，送請上訴人審查，惟上訴人逾期末提出改善對策及辦理情形，經被上訴人先後函催上訴人儘速提出，上訴人始於同年月25日提出其改善對策及結果表；另就施工廠商所提出之改善對策及辦理情形，上訴人則遲至100年8月3日始提出其審查結果；嗣施工廠商於100年8月11日依上訴人審查意見修正後，再送請上訴人審查，惟上訴人未就施工廠商送審之資料再作成審查結果，足見上訴人確有未依期限提出其改善對策及辦理情形，及遲延審查施工廠商所提出之改善對策及結果表之情形。又上訴人於99年11月29日提送同年8月17日至同年10月31日之監造日報表，經改制前臺南縣政府審閱後，以監造報表填寫重點應在於記載二級品管工作之執行情形，而非僅為記載施工情形為由，於同年12月3日函請上訴人改正；上訴人就上開指正事項，仍未改正，嗣被上訴人先後函催上訴人儘速提報修正，上訴人均未提出，足見上訴人確有未依規定時間提送監造報表，且經被上訴人通知改善仍未改善之情形。

(五)上訴人是否對廠商提出履約期限展期末執行實質審查：施工廠商申請展延工期會影響進度網圖要徑作業之進行及履約期限，依系爭採購契約第2條第2款規定，被上訴人自得指示上訴人協助辦理審查。系爭工程因變更設計已影響主要施工要徑，施工廠商慶洋公司乃於100年5月16日向被上訴人申請展延工期81天，被上訴人遂於同年月17日函請上訴人協助儘速審核該展延工期申請案，惟由上訴人函文內容觀之，其就慶洋公司所提木料定料須展延工期之理由，係因系爭工程使用之福杉非一般杉木較難取得，經協力廠商評估約為60天等理由，並未加以詳查，僅以有關桁木整修工項變更設計增加金額，占原合約金額之比例，計算應展延之工期，且就其計算方式如何能確實反應木料定料之時間，亦未敘明理由，難認已盡審查之責。另依被上訴人與施工廠商簽訂之工程採購契約第7條第2款規定足認，展延工期之核准權屬被上訴人，上訴人為系爭工程之監造單位，其就系爭工程之監造乃屬被上訴人之履行輔助人性質，上訴人無代為決定之權；縱上訴人上開主張屬實，被上訴人與施工廠商如嗣後發現，其工程項目或數量有增減，確有必要展延工期時，仍得依前揭契約規定，視實際需要議定增減之。

(六)依系爭採購契約第15條第1款第12目規定，為被上訴人得終止契約之事由，只要上訴人符合上開規定，被上訴人即得終

止；至於契約中所定其他處理履約爭議之方式，如：協調、懲罰性違約金、損害賠償責任、暫停給付契約價金、停止履約、撤換監工人員、減價並處以懲罰性違約金及罰款等，核與終止契約，均屬處理履約爭議方式，被上訴人固得選擇適用，然上開處理履約爭議方式並非終止契約之先行程序，被上訴人自得不經上開處理履約爭議方式，逕為終止契約。綜上，本件上訴人就系爭採購契約之履行，確有政府採購法第101條第1項第12款情事，被上訴人以原處分將上訴人名稱刊登政府採購公報，於法尚無違誤，異議處理結果及審議判斷遞予維持，亦無不合等情，因將異議處理結果、審議判斷及原處分均予維持，駁回上訴人在原審之訴。

五、上訴意旨略以：

(一)本案工程早於99年11月13日停工，因涉變更設計於100年5月16日復工，被上訴人與施工廠商並於當日完成第1次變更設計補充契約書締約，對於本案工程涉及變更設計之履約期限，業於變更設計之審查期間（含議價）充分討論，本案工程第一次變更設計預算書即載明「有關變更設計因尚無影響要徑工項，固無延長工期之實需」，並經被上訴人與施工廠商完成第一次變更設計追加採購，且於補充契約書載明「履約期限：依原契約規定」，上訴人據此認本案工程於變更設計後無展期必要而不同意，此即上訴人之審查結果，旋即於100年05月25日回復審查結果，上訴人並無「對施工廠商提出履約期限展期未執行實質審查」之情。渠料，施工廠商於締約當日（即100年5月16日）旋即申請展延工期，顯不合變更設計、展延工期之正當程序，亦與向來工程慣例不符；被上訴人竟無視本案工程第一次變更設計預算書明載「有關變更設計因尚無影響要徑工項，固無延長工期之實需」，強稱系爭工程因變更設計已影響主要施工要徑，於同年月17日函令上訴人審查，無視被上訴人與施工廠商所簽訂之工程採購契約第7條第3款第1目關於申請展延工期之規定，上訴人無由准予展延工期，爰再三函復無展延工期必要之審查意見，惟不為被上訴人所接受。其後兩造及施工廠商於100年8月12日召開「履約情形檢討會議」，會後雙方達成繼續履約「要繼續往前走」之結論，顯係雙方達成對過往履約爭執不再追究之合意，上訴人於該會後，亦未接獲被上訴人任何未依契約規定履約應予改善之書面通知，惟上訴人即於19日後，即100年08月30日（應係31日，下同）遭被上訴人終止契約，直接移除監造職務，並遭列名不良廠商。實則被上訴人及施工廠商明白不能由上訴人處取得如其所願之81日展延工期，

被上訴人逕為終止契約僅圖為施工廠商申請展延工期81日解套，其自身公共工程延宕之行政責任亦得同免，此觀被上訴人片面終止未幾，速由被上訴人、施工廠商及接手監造單位等於100年11月11日召開「監造計劃審查及工期異議審議會」，核給展延工期恰為81日即明，故被上訴人於100年8月30日逕對上訴人終止契約，顯不符兩造契約第15條第1款第12目約定。惟原判決對於施工廠商何以於第1次變更設計補充締約當日即提出展延工期之申請？何以不於議價審編預算時對「有關變更設計因尚無影響要徑工項，固無延長工期之實需」之決議提出異議？變更設計是否涉及要徑工項？倘是，何以與變更設計議價階段時所認不同？本案工程除變更設計外，是否不能以趕工計畫取代？被上訴人對上訴人審查結果不滿意，再令上訴人重為審查，是否可歸責於上訴人而認未予實質審查？等履約異狀均未予詳查又未交代理由，即肯認解約，有判決不備理由之違法。

(二)縱認被上訴人得不顧100年08月12日履約檢討會議協調共識，復執雙方先前發生之履約爭執指摘上訴人履約未依契約規定。惟上訴人履約瑕疵是否可達逕予終止契約之必要，致生上訴人依法被刊登政府採購公報之結果，原判決僅以「（契約）處理爭議方式並非終止契約及解除契約之先行程序，被告自得不經上開處理履約爭議方式逕為終止契約」為由，認被上訴人之終止合法，顯有違兩造契約意旨、正當法律程序、比例原則之最後手段性等不當。

(三)有關被上訴人主張上訴人「工程施工查驗」不力及「工程材料查驗」不力部分，上訴人依實際辦理情形整理於原審法院101年10月19日提之行政訴訟準備狀附表3及附表5，並佐以同狀附原證40至50及84至99等證物，原判決僅以有關工程查驗部分之爭執，因與計畫書送審之性質不同爰不論述，即無再為任何論述審酌，顯有不備理由之違法。

(四)縱認上訴人所派監工人員未實際於工地執行監造工作，有違系爭採購契約第9條第10款第1目之約定，依系爭採購契約第9條第10款第3目約定，應僅生「機關列舉具體事實並通知廠商後，應於接獲機關通知10日曆天內撤換之」之效果，而非終止契約，被上訴人據之對上訴人終止契約，顯悖離契約，原判決對上訴人此主張未論述不採之理由，顯不備理由。

(五)「蟲蟻防治工程」涉及第一次變更設計「牆面」與「木料」之現場調查，經審查結果雖不予變更設計，惟變更設計討論過程中，此一工程確屬變更設計選項之一；另被上訴人所指「審查時間逾兩個月」全因「蟲蟻防治工程」與「牆基潮氣

阻絕工程」均涉變更設計配合變更設計審查時間所致，原判決引用施工廠商慶洋公司100年8月9日Z0000000000000000號函及上訴人102年03月05日行政訴訟準備(三)狀附表1「編號16上訴人主張事實第2項」認定上訴人亦自承蟲蟻防治工程未涉及變更設計，惟上開慶洋公司函係確定不變更設計後所為之發函。是原判決對變更設計過程略而不談且引據顯然有誤，其關於蟲蟻防治工程確未涉及變更設計而無法審查之結論，違反論理法則，顯有理由矛盾。

(六)原判決就上訴人反駁被上訴人指摘「上訴人未以書面通知施工文件審核結果，卻允諾施工廠商現場逕自施作」、「施工廠商未依契約施作，上訴人未善盡監造責任」等主張，與上訴人是否有違反契約義務甚為攸關，惟未見原判決有理由論列及交代，有不備理由之違法。

(七)上訴人針對「分項施工計畫書」於監造計畫書4.8定有「分項施工計畫書送審管制表」，規定施工廠商於各該「分項」工程施工前15日將施工計畫書送審，係因應各「分項」工程之特性而定有送審時間，以符合「適時送審原則」。施工廠商不按施工進度一律提前送審，縱有審查結果，反使各該分項施工計畫至實際施工時，已不合時宜，況「電氣設備工程」「蟲蟻防治施工」均屬末端工項，離工序排程尚遠，上訴人不明施工廠商在前端工程即提送施工計畫書，有何用意？上訴人基於監造職務，斷不可能審查同意。原判決認無論施工廠商何時提出分項施工計畫書，上訴人即應進行實質審查，並須於7日內提出審查結果，否則即屬延宕審查，使上訴人對各該工項不能適時因應施工現況而為審查，反有失監督之效果，且有違背工程經驗法則之違法云云。

六、本院查：

(一)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。」、「依前條第3項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商。．．．二、有第101條第7款至第14款情形．．．，自刊登之次日起1年。」政府採購法第101條第1項第12款及第103條第1項第2款前段分別定有明文。又「第十五條契約終止、解除及暫停執行（一）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：．．．12.廠商未依契約規定履約，自接獲機關書面通知之次日起10日內或書面通知所載較長期限

內仍未改善。」復為系爭採購契約第15條第1項第12款所明定。

(二)查上訴人參與被上訴人所辦理之系爭採購案，自99年5月10日開工，由上訴人執行監造工作，因被上訴人認有：1.監工人員無在場執行專任監造工作、2.對施工廠商所提各項審查資料有惡意延宕情事、3.未依監造計畫書規定召開工務會議、4.其他履約缺失經機關通知改善仍不改善、未依規定時間提送監造報表，以及5.其他履約缺失：(1)未以書面函送審核結果，卻允諾營造廠商現場逕自施作、(2)廠商未依契約施作，上訴人未善盡監造責任、(3)對廠商提出履約期限未執行實質審查等可歸責於上訴人之7項事由，於100年8月31日以南市文建字第1000675971號函通知上訴人終止契約，旋於同年10月13日以原處分通知原告將依政府採購法第101條第1項第12款規定刊登政府公報等情，原判決依調查證據之辯論結果所認定。上訴人確有未依採購契約規定在場執行監造工作之情形、對施工廠商所提各項審查資料延宕審查情事、未依監造計畫書規定召開工務會議、確有其他履約缺失，經被上訴人先後以改制前臺南縣政府99年10月28日府文建字第0990275570號函、99年11月22日府文建字第0990298664號函及被上訴人100年6月29日南市文建字第1000438096號函、100年7月12日南市文建字第1000522506號函、100年7月21日南市文建字第1000553478號函，通知改善而仍不為改善及未依規定時間提送監造表，以及對廠商提出履約期限展期未執行實質審查等情形，已符合系爭採購契約第15條第1項第12款規定。原審因認被上訴人100年8月31日函業已合法終止契約，其認上訴人符合政府採購法第101條第1項第12款規定，將刊登政府公報處分無誤，於法尚無不合。

(三)按系爭採購契約第15條第1款第12目規定：「廠商未依契約規定履約，自接獲機關書面通知之次日起10日內或書面通知所載較長期限內仍未改善。」為被上訴人得終止契約之事由；亦即，只要上訴人符合上開規定，被上訴人即得終止契約。至於契約中所約定之其他處理履約爭議之方式，如：協調、懲罰性違約金、損害賠償責任、暫停給付契約價金、停止履約、撤換監工人員、減價並處以懲罰性違約金及罰款等，均非終止契約之先行程序，被上訴人自得不經上開處理履約爭議方式，逕為終止契約，是上訴人主張在100年8月12日履約檢討會議後，被上訴人復執先前履約缺失逕為終止契約，有違兩造契約意旨、正當法律程序、比例原則云云，即無可採。

(四)次按「(一)履約名稱：臺南縣歷史建築柳營吳晉淮故居修復規劃設計及監造。(二)履約工作事項：1.修復規劃及設計：……。2.施工監造：(1)施工廠商清點、統計原有構件及文物之督導。(2)施工廠商施工計畫、預定進度、傳統匠師或專業技術人員、重要分包廠商及設備製造商資格之查對。(3)施工廠商放樣、施工基準測量及各項測量之校驗。(4)原貌與設計書圖不符時之建議及處理。(5)施工廠商辦理原用材料保存、修復或更新與品質管理工作之督導及查核。(6)施工廠商執行舊有文物之保護、工地安全衛生、交通維持及環境保護等工作之督導。(7)履約進度及履約估驗計價之查核。(8)有關履約界面之協調及整合。(9)新添設備之適宜性建議、測試及試運轉之監督。(10)竣工文件及結算資料之協助製作。……。」、「本案委託技術服務範圍若包括監造者，廠商應依下列規定派遣監工人員：1.廠商應自工程開工至機關驗收完成之期間指派下列人員辦理監造事宜。專任監工人員至少1人，其人員不得跨越其他標案，且施工時應在工地執行職務。」系爭採購契約第2條第1款、第2款及第9條第10款第1目分別定有明文。足見上訴人負有監造系爭工程之義務，且對施工廠商現場施作、測量，上訴人監工人員應在場為督導、查對、校驗及查核等工作，以確保工程進度及品質，而且，上訴人就系爭工程須指派專任監工，該專任監工於廠商施工時應在工地執行職務，要無疑義。違反上揭契約第9條第10款第1目之規定，即屬系爭採購契約第15條第1項第12款所約定之「未依契約規定履約」，雖同條款第3目另有「監工人員有下列情形之一，經機關列舉具體事實並通知廠商後，應於接獲機關通知10日曆天內撤換之：(1)未實際於工地執行監造工作、(2)未能確實執行監造工作…」之約定；但查此一約定只是改善之作法，無礙上訴人未派專任監工於廠商施工時在工地執行職務，已屬違約之事實，上訴人主張應僅生撤換監工之效果，不得終止契約云云，亦無可採。

(五)再按蟲蟻防治工程並未涉及變更設計，並無上訴人所稱須俟變更設計確定後再行送審之情形，業據施工廠商慶洋公司於100年8月9日Z00000000000000000000號函陳明（參原審卷（二）第94頁），且經上訴人自承上開蟲蟻防治工程並未涉及變更設計（參原審卷（三）第76頁），而上訴人亦於100年1月27日就施工廠商所提之蟲蟻防治工程施工計畫書予以審退，足見蟲蟻防治工程確未涉及變更設計。又上開蟲蟻防治工程施工計畫書部分，經施工廠商於99年11月3日送請上訴人審查，

上訴人於100年1月27日始予審退，審查時間逾兩個月，期間亦無任何說明，超過監造計畫書審查規定。且本項施工計畫與第1次變更設計內容無涉，足見上訴人確有未依審查期限審查上開施工計畫書之情形，亦為原審判決確定之事實，核無不合。上訴人指摘原判決對變更設計過程略而不談，違反論理法則云云；亦無可採。

(六)復按「為確保本工程之監造品質，監造人須對於承造商於規定時程內所提出之施工計畫書進行內容之審查核定，在審定該施工計畫書之過程中詳細檢討本工程所需之進度表、施工圖樣、送審項目表及施工說明，從而建立一適用於本工程且內容可行之施工計畫，以利工程順利進行。」、「施工計畫書工程性質，一般可將施工計畫書分成整體施工計畫以及分項施工計畫等兩部分，其中分項施工計畫應於該分項工程施作前提出，亦可與整體施工計畫一併提出審查。為求修復品質之控管，以下各分項工程，承包廠商提送分項施工計畫。」、「承包廠商應依工程合約及圖說之規定，於開工前提報本工程之『施工及品質計畫書』，函送監造單位進行審查，監造單位應於文件收到7日內完成審核，承包廠商應就審核意見限期於10日修正完畢。」監造計畫書第4.1、4.2、4.3.1條分別定有明文。上開監造計畫書第4.3.1條規定之審查期限雖未明文區分整體施工計畫書或分項施工計畫書，惟該監造計畫書第4.2條規定分項施工計畫亦可與整體施工計畫一併提出審查，足見監造計畫書「4.8分項施工計畫書送審管制表」規定，預定送審時間為施工前15日，係屬施工廠商提出分項施工計畫書之期限，施工廠商最遲應於施工前15日提出分項施工計畫書，但此項規定並未限制施工廠商不能提前送審，蓋只要廠商提送，上訴人本即應按照監造計畫書規定7日內完成審核，若上訴人認為無法或無須於7日內完成審核，亦應正式通知被上訴人及施工廠商，始符契約要旨。原判決此部分認定，經核並無違反經驗法則及論理法則。是上訴人主張原判決認為無論施工廠商何時提出分項施工計畫書，上訴人即應進行實質審查，並須於7日內提出審查結果，否則即屬延宕審查，有背工程經驗法則之違法云云，亦無可採。

(七)至上訴人主張兩造及施工廠商於100年8月12日召開「履約情形檢討會議」，會後雙方達成繼續履約「要繼續往前走」之結論，上訴人即於100年08月30日遭被上訴人終止契約，並遭列名不良廠商，顯不符兩造契約第15條第1款第12目約定云云。但查100年8月12日會議並無免除，或不追究上訴人履

約缺失責任之「結論」，而所謂「要繼續往前走」等語，係曾國恩個人的發言，既非主席裁示，更非會議之決議（見原審卷第三卷第251頁背面），足見上訴人此項主張，亦無可採。又按被上訴人與施工廠商簽訂之工程採購契約第7條第2款規定：「契約如需辦理變更，其工程項目或數量有增減時，工期得由雙方視實際需要議定增減之。」足見是否變更設計、展延工期，其決定權屬於被上訴人，上訴人只是系爭工程之監造單位，僅能就施工廠商所提變更設計、展延工期之申請案，提供其專業之審查及協助，以供被上訴人作為決定之參考，並無代為決定之權。上訴人主張原判決對於施工廠商何以於第1次變更設計補充締約當日即提出展延工期之申請？何以不於議價審編預算時對「有關變更設計因尚無影響要徑工項，固無延長工期之實需」之決議提出異議？變更設計是否涉及要徑工項？倘是，何以與變更設計議價階段時所認不同？本案工程除變更設計外，是否不能以趕工計畫取代？被上訴人對上訴人審查結果不滿意，再令上訴人重為審查，是否可歸責於上訴人而認未予實質審查？等履約異狀均未予詳查又未交代理由，即肯認終止契約，有判決不備理由之違法云云；但查是否變更設計、展延工期既非上訴人所能置喙，上開質疑並不能執為上訴人未有違約之依據，更無執為指摘原判決違背法令之理由。另上訴人主張原判決僅以有關工程查驗部分之爭執，因與計畫書送審之性質不同爰不論述，即無再為任何論述審酌，顯有不備理由之違法云云；但查關於「工程查驗」部分，既經原判決確定與本案認定結果無關，即無一一再予贅述之必要，業經原判決敘明，核無不合。上訴人執此指摘原判決有不備理由之違法，亦無可採。此外，上訴人復主張原判決就上訴人反駁被上訴人指摘「上訴人未以書面通知施工文件審核結果，卻允諾施工廠商現場逕自施作」、「施工廠商未依契約施作，上訴人未善盡監造責任」等主張，未見原判決有理由論列及交代，有不備理由之違法云云；但查，上訴人未依契約規定履約之情形，業據原判決詳予論證，已如前述，原判決雖未對上訴人上開反駁之主張有所論述，亦無礙原審判決認定上訴人其他「未依契約規定履約」情事之成立。綜合上情，上訴意旨無非係重述其在原審提出而為原審所不採之主張，或重申其一己之法律見解，或就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，或就原審所為論斷，泛言其論斷矛盾，均無可採。

(八)綜上所述，原審將原處分、異議決定及申訴審議判斷均予維

持，駁回上訴人之訴，並無違誤。上訴論旨，求予廢棄原判決，難認有理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 102 年 11 月 21 日

最高行政法院第四庭

審判長法官 侯 東 昇

法官 江 幸 垠

法官 沈 應 南

法官 陳 心 弘

法官 闕 銘 富

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 102 年 11 月 22 日

書記官 邱 彰 德