

新北市政府採購申訴審議判斷書

案號：110購申15050號

申訴廠商：○○營造有限公司

招標機關：新北市○○區公所

上開申訴廠商就「○○區山佳市民活動中心新建工程(重新招標)」採購事件，不服新北市○○區公所(下稱招標機關)110年11月25日○○○○字第1102531940號函之異議處理結果，向本府採購申訴審議委員會(下稱本府申訴會)提出申訴。案經本府申訴會111年8月2日第120次委員會審議判斷如下：

主 文

原異議處理結果撤銷。

事 實

緣申訴廠商為「○○區山佳市民活動中心新建工程(重新招標)」採購案(下稱系爭工程)之得標廠商，招標機關以申訴廠商有可歸責事由致終止契約且情節重大之情形，據此認申訴廠商違反政府採購法(下稱本法)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，情節重大者」之規定，以110年11月3日○○○○字第1102529525號函(下稱原處分)通知申訴廠商將刊登政府採購公報。申訴廠商不服，向招標機關提出異議，招標機關則以110年11月25日○○○○字第1102531940號函(下稱異議處理結果)復異議結果，仍維持原處分，申訴廠商仍不服其異議處理結果，遂於合法期間內向本府申訴會提出，並據招標機關陳述意見到會。茲摘錄雙方申訴及陳述意見要旨如次：

壹、申訴廠商申訴要旨

一、請求：原異議處理結果撤銷。

二、理由

- (一) 系爭工程位於○○區味王段947-1、947-4地號，基地面積527.35m²，招標機關於109年11月26日辦理招標並由申訴廠商得標，雙方於109年12月31日簽訂「○○區山佳市民活動中心新建工程(重新招標)契約書」(下稱系爭契約)。系爭契約第7條第1款規定：「…本契約乙方應於甲方通知之開工日開工，並於開工之日起270日曆天竣工。」，依預算執行常態，系爭工程應於110年1月1日開工履約、110年9月30日竣工。
- (二) 系爭工程屬公共工程，行政院公共工程委員會(下稱工程會)為提升國內公共建設計畫執行效率，要求主辦機關辦理公共建設時，須依「前置作業」、「工程發包」、「工程施工」之公共工程執行三階段，其中「前置作業」，為包括用地取得、請領建照、都市計畫、管線拆遷…等行政作業資料，即為系爭契約第9條第32款之「…履約所需之全部必要資料…」。故依前述中央政策及契約規定，招標機關應於109年11月26日「工程發包」前，先完成用地取得、請領建照、都市計畫、管線拆遷…等履約所需全部必要資料之「前置作業」。未料，招標機關自109年11月26日工程發包後，始辦理履約所需必要資料，致全案工程自109年12月31日簽約後即暫停執行(停工)，申訴廠商遂靜待招標機關提供履約所需全部必要資料及開工通知。
- (三) 茲將暫停執行(停工)期間，依新北市政府辦理

建築工程申報開工、勘驗及拆除作業要點（下稱系爭作業要點），及建造執照加註明細資料之規定，相關履約所需全部必要資料，申訴廠商取得及未取得之期程，臚列如下：

- 1、建造執照：110年4月20日。
- 2、電信圖說審查回執條：110年6月23日。
- 3、消防設備核准圖說：110年6月21日。
- 4、申請電力之受理文件：110年7月12日。
- 5、自來水設備之審查合格函及圖說：110年7月15日。
- 6、申請排（污）水設備受理文件：110年7月21日。
- 7、鄰房現況鑑定報告：110年7月30日。
- 8、通知開工日：110年9月10日。
- 9、系爭契約第9條第22款規定：「本契約使用的土地，由甲方於開工前提供，其地界由甲方指定…」。系爭工程原使用味王段947-1、947-4地號，基地面積527.35m²已辦理鑑界外，新增使用味王段947、950地號部分土地、以及新北市政府水利局（下稱水利局）核准使用味王段953地號之土地面積255.15m²尚未辦理鑑界，除無法申報放樣勘驗外，亦無法確定私設通路施工範圍及於申報開工時檢附安全圍籬施作範圍照片。

（四）系爭工程自109年12月31日簽約至110年4月30日止，暫停執行（停工）已逾4個月，申訴廠商仍未取得履約所需全部必要資料及開工通知，又無法

預知何時能予取得；加上疫情及營建物價、工資等持續上漲壓力，申訴廠商乃於110年5月19日第7次施工協調會議提出解約要求，會中雖可依工程會之函示辦理物調，因與實際物價差距過大，經協議招標機關於110年6月3日發函請申訴廠商依實際營建物價審查，申訴廠商遂依指示，於110年6月21日函請按市場實際營建物價提高直接工程費40%報核，調高後之總價約3,123萬9,491元（含直接工程費、間接工程費及不含現況鑑定費）（申訴廠商111年4月27日申訴補充陳述意見(二)書陳報之金額為2,921萬7,178元）。但於110年7月2日之第8次施工協調會議時，招標機關卻出爾反爾，不同意依實際營建物價調整之承諾，僅同意依110年5月之物價指數調整提高直接工程費5%約110萬元，總價約2,414萬3,387元，雙方相差709萬6,104元，申訴廠商只得於110年8月26日，再次函請招標機關協調解約事宜，招標機關110年10月8日發函同意終止契約，卻於110年12月8日調高預算至3,302萬290元，另行辦理招標，111年1月3日決標金額高達3,250萬元，與招標機關原同意調升之金額2,414萬3,387元，價差高達835萬6,613元，此舉顯係迫使申訴廠商須以毫無利潤且恐造成嚴重虧損之不利情況承攬系爭工程，且嚴重違反誠信原則。又招標機關明知尚有味王段947、950、953等地號用地取得範圍仍未定、及尚未經雙方重新調整原履約期限之協議前，即片面要求申訴廠商於110年9月10日申報開工。申訴廠商不從，招標機

關即於110年11月3日通知不返還履約保證金及將依本法第101條規定辦理，顯不合理。且於110年10月26日召開「採購工作及審查小組會議」時，外聘委員曲解系爭契約第9條第32款規定，且未讓申訴廠商發表意見，違反本法第101條第2項所規定應給予廠商口頭陳述意見之機會，招標機關據此認申訴廠商有「無正當理由而不履行契約」，據此不返還履約保證金並依本法第101條規定辦理，令人不服。

(五) 綜上，本案終止契約係因招標機關違反系爭契約第9條第32款「乙方應被認為已取得了履約所需之全部必要資料」之規定，未於109年12月31日簽約時提供履約所需之全部必要資料，並違反系爭契約第20條第10款第3目規定：「暫停執行期間累計逾4個月者，乙方得通知甲方終止或解除部分或全部本契約，並得向甲方請求賠償因契約終止或解除而生之損害。因可歸責於甲方之情形無法開工者，亦同。」，非可歸責於申訴廠商之事由至為明確。故招標機關主張終止契約係因申訴廠商無正當理由而不履行契約，依系爭契約第14條第12款第4目不返還履約保證金，並依本法第101條第1項第12款辦理，顯無理由。

(六) 系爭工程施作範圍與指（鑑）界之必要性

1、按系爭工程之主要工項雖為○○區山佳市民活動中心之本體建築新建工程，然自系爭工程之契約詳細價目表壹、四「戶外工程」顯示，

系爭工程尚包含排水工程、既有喬木遷移及復舊整理、既有路燈拆運及復舊整理、既有招牌遷移及復舊整理、既有燈箱遷移及復舊整理、植草皮、人行步道整平及回填土等非本體建築之工項，而其中本體建築所涉基地雖僅有味王段947-1、947-4地號土地，然其餘非本體建築工項所涉基地則涵蓋同段947、950、953地號土地。是以，招標機關雖已就本體建築所坐落之味王段947-1、947-4地號土地為鑑界，然因系爭工程所使用之基地範圍尚包括同段947、950、953地號土地，故實難單以招標機關已為味王段947-1、947-4地號土地之本體建築坐落基地鑑界乙事，即可謂招標機關已就系爭工程之全部施工範圍履行其應於開工前完成指(鑑)界之前置作業義務。

2、又，招標機關雖一再辯稱其已於109年12月29日第2次施工前協調會勘時指明施工圍籬範圍包含新興街入口處及建築基地旁之綠地云云，然招標機關於會勘當日，僅係概略指出新興街入口處及建築基地旁綠地須設置施工圍籬，而對於系爭工程所使用土地之整體確切地界及範圍均未具體指明、標示或告知申訴廠商，此自招標機關迄今仍無法提出該日具體指界丈量結果資料，即可證明招標機關前確未曾就系爭工程之使用土地範圍有過任何具體指界行為。且自現場施工範圍圖顯示，山佳市民活動

中心之本體建築基地旁之綠地涵蓋味王段947、950、953、948-1、949-1、954-1地號等6筆土地，且綠地周遭更係緊鄰私有住宅及工廠，而鄰味王段947、947-1、947-4、948-1地號土地之鼎家花園廣場公寓大廈（下稱鼎家社區），前亦曾多次因系爭工程施作範圍有與其距離過近等問題為異議，是在招標機關未就系爭工程基地之地界及範圍具體指明或標示予申訴廠商之情況下，申訴廠商無法隨意使用系爭工程施工範圍之土地（即招標機關所泛指之建築基地旁之綠地範圍實仍屬不明），更無可能在恐侵害鄰地所有權人權益之情形下逕自劃定地界、設置施工圍籬。

- 3、再，立於系爭工程之新興街入口處往公園綠地方向之左側緊鄰7層樓私有住宅，其右側則與復村圳（河川區）相連。此外，系爭工程施工前（第1次）協調會議結論第3項及施工前第2次協調會議結論第6項均已確認上開7層樓住宅與復村圳間之人行道將拓寬為4公尺，並須於河道旁設置擋土設施，故於招標機關未就系爭工程之整體施作範圍明確指（鑑）界之情形下，申訴廠商無從知悉人行道左右側確切地界（如貿然拓寬人行道實恐侵害鄰地所有權人之權益或有逾越水利局許可使用範圍，致生與鄰地所有權人發生訟爭或受水利局裁罰之可能，此參水利法第78條之1、第92條之2、第92

條之3、第93條之4等相關條文)，更無從確認人行道拓寬4公尺寬度及河道旁擋土設置施作範圍為何。

- 4、另招標機關於本府申訴會會議中辯稱指界與鑑界二者概念不同云云，然按臺灣高等法院臺中分院92年度重上字第72號判決(經最高法院93年度台上字第521號裁定維持確定) 意旨：「…對於系爭合約書中所稱『申請鑑界』、『地界之指定』等詞之含義未必明瞭，自應由契約全文文義探求其真義。查：系爭市場改建工程用地，如未經測量機關實地測量，無從確實得知土地之實際位置及其四界，系爭工程合約書第三十二條第三款約規定：『本工程使用的土地，由甲方(即上訴人)於開工前提供，其地界由甲方指定』，依此文句已明示：『土地由上訴人提供，地界亦由上訴人指定』，如上訴人不尋求專業之測量機關實地鑑測，自無從將系爭工程用地之範圍確實完整點交與被上訴人世泰公司進行施工…本件因上訴人遲未申請鑑測地界並辦理地上物點交事宜，故至九十年四月十七日以前仍未將工程用地確實之範圍及地上物點交被上訴人世泰公司，以申報復工進場施作本件工程，則應屬可歸責於上訴人之事由所致…」，除實務上對於指界與鑑界二者之定義均係指委由專業之測量機關為實地鑑測之意外，自系爭工程第2次施工前協調會勘

紀錄結論第8項所指出之「基地範圍招標機關再另案辦理會勘請地政事務所指界」等語，及水利局受理申請一般設施使用河川公(私)地案會勘紀錄之會審事項第1項附註：「後續施工請依地政事務所指界及申請書敘明之範圍辦理」等語，更可見兩造歷來主觀上就系爭工程基地範圍之確認實均有委由地政事務所為專業測量之認知(而非僅係含糊概略地指出施作範圍)，職是，招標機關嗣後以系爭工程已為指界而毋庸委請地政事務所鑑界等辯詞，顯屬無稽及違背誠信之論。

- 5、又招標機關109年12月31日會勘通知單備註第3項即明載，系爭工程係因現況界樁遺失，而於110年1月19日委請新北市樹林地政事務所協助確認工程用地範圍，實非招標機關所稱之申訴廠商未即參與鑑界，方於是日邀新北市樹林地政事務所、申訴廠商及建築師事務所至現場指界。況若系爭工程於110年1月19日鑑界已屬明確，則何以110年2月8日水利局會勘紀錄六、與會單位意見(一)新北市樹林地政事務所明示：「僅指界，實際界址以鑑界為準」等語，及受理申請一般設施使用河川公(私)地案會勘紀錄會審事項第1項附註仍會特別手寫記載：「後續施工請依地政事務所(按：非為招標機關)指界及申請書敘明之範圍(按：顯與系爭工程本體建築所坐落之土地範圍不同)

辦理」等語？顯見兩造主觀上對於110年1月19日所為之鑑界確不足以涵蓋系爭工程整體基地範圍，而均有委由地政事務所復為專業測量之認知，非僅係就系爭工程本體建築所坐落之土地為鑑界即足。

6、綜上，因系爭工程之施作範圍及所涉工項實不單僅限於本體建築所坐落之土地，且所涵蓋之工程基地四周亦有緊鄰私有住宅、工廠及河川區之情形，是系爭工程實有藉由專業機關為具體地界量測之必要，方得確認系爭工程之整體施作範圍、施工圍籬之設置區域、非本體建築工項之具體施工細節等事項，並同時避免產生越界侵害鄰地所有權人或逾越水利局所許可使用之範圍等爭議。

(七) 系爭工程因可歸責於招標機關之未完成前置作業義務事由致無法開工情形或已逾4個月之開工通知期限，是其向申訴廠商所為之開工通知依法、依約均應對申訴廠商不生效力，異議處理結果未察上開情事所為不利於申訴廠商之認定具有重大違誤：

1、按「…『因可歸責於甲方（高雄市政府、或其所屬機關）之事由，於簽訂本契約之次日起，在6個月內未能開工，或…，乙方得於1個月內向甲方要求解除或終止本契約，…』…高雄市政府所屬各機關學校工程採購契約(參考範本)第20條第3項分別有約定之範本在卷…(二)本

件上訴人主張被上訴人於93年12月30日與被上訴人簽訂系爭契約，歷經六個月以上之期間，迄未通知上訴人開工之事實，並不爭執，且被上訴人自認系爭工程之建造執照於94年7月19日經核發後，始於94年8月19日首次通知上訴人開工…查被上訴人並未就其尚須其他審查之事實舉證證明；且被上訴人為政府機關，對於系爭工程，除須申請建造執照外，尚涉及農業局（水持保持計劃）、環保局（環境影響評估差異分析報告）、城鄉局（都市計畫情形及用途）、地政局（土地使用項目）、水利及下水道局（專用下水道）等其他權責單位之審查事項各別進行辦理，俟各權責單位審查完成後，始由建造執照主管單位進行建造執照之審查，非一般工程所能比擬之事實，知之甚稔，又係系爭契約之擬稿人，竟未就此等較一般工程須冗長之審查期間予以列入規範，而依系爭契約第7條及其附件所為上訴人於被上訴人通知之日起10日內開工之約定(原審卷第62頁)，上訴人於接獲被上訴人開工通知，務必於十日內備齊所需工程人員、機具及原物料等，惟承包廠商往往為期不違反契約約定，於簽訂契約後不待業主之通知即積極準備，隨時接獲通知即可進場施作，與『業主履行交付施工場地之協力義務所需期間』亦不宜失之衡平，被上訴人所為上開之抗辯，顯失公允而不足採。」、「…兩造於108年3月11日簽訂系爭契約，而上

訴人遲至108年9月16日，始以該通知開工函，通知被上訴人本案預計於108年10月1日可辦理開工等語，顯已逾系爭解約條款之6個月最大等待執行期間限制，…經查：1.系爭解約條款即兩造系爭契約第21條第10款第3款約定：『因可歸責於機關之情形，機關通知廠商部分或全部暫停執行（停工）：……3.暫停執行期間累計逾6個月者，廠商得通知機關終止或解除部分或全部契約，並得向機關請求賠償因契約終止或解除而生之損害。因可歸責於機關之情形無法開工者，亦同』，該款後段已明文『因可歸責於機關之情形無法開工者，亦同』，則上訴人辯稱系爭工程既未開工，當無系爭解約條款有關暫停執行期間，累計逾6個月之適用云云，要無可採。…查兩造系爭契約雖訂有系爭開工特約，惟兩造亦同時立有系爭解約條款，且系爭解約條款並未配合系爭開工特約，而特約排除開工期限之適用，甚且復明文約定『因可歸責於機關之情形無法開工者，亦同』，此觀上開約定自明，是上訴人辯稱兩造既有系爭開工特約，即不受系爭解約條款6個月之期限限制云云，顯與上開約定之文義未合，已無足採。…系爭開工特約並非定有一定期限，如認兩造立有系爭開工特約，即無須受系爭解約條款6個月之期限限制，即若上訴人數年或數十年後，始完成前期工程之搬遷作業，甚或遙遙無期，苛求被上訴人於繳交高額履約保證

金後，尚須苦苦等待上訴人通知開工，否則將構成違約，而遭沒收高額履約保證金（本件上訴人即主張被上訴人違約，其可不予發還履約保證金），將使系爭解約條款形同虛設，明顯不符兩造訂立契約之目的及誠信原則。…然依上訴人上開主張，可知上訴人無法通知被上訴人開工，主要係因上訴人申請前期工程工程室內裝修許可等事項遲延所致，並非有何不可抗力情事，上訴人固情有可原，然尚無從將上訴人因已造上開事由產生之延遲風險，轉嫁被上訴人承受，而認非可歸責於上訴人，即依系爭契約之權利義務關係，本件仍應認上訴人逾系爭解約條款之6個月期限，始通知被上訴人開工，應屬可歸責於上訴人之情形。則被上訴人依系爭解約條款，以108年9月18日通知解除函，通知上訴人解除系爭契約，應屬合法有據。」此分別有臺灣高等法院96年度建上更（一）字第8號民事判決（經最高法院97年度台上字第352號裁定維持確定）及臺灣高等法院臺中分院109年度上字第396號民事確定判決可稽。

- 2、揆諸前揭判決意旨，可知系爭契約第20條第10款第3目規定：「因可歸責於甲方之情形，甲方通知乙方部分或全部暫停執行(停工)：…(三)暫停執行期間累計逾4個月者，乙方得通知甲方終止或解除部分或全部本契約，並得向甲方請求賠償因契約終止或解除而生之損害。因可

歸責於甲方之情形無法開工者，亦同。」，乃限定招標機關須於系爭契約簽訂時起4個月內向申訴廠商為開工之通知，並同時賦予申訴廠商於可歸責招標機關之事由致系爭工程無法開工或逾4個月期限始通知開工時，得向招標機關終止或解除系爭契約之權利，謹先敘明。

- 3、觀之系爭契約第9條第22、29款明定：「本契約使用的土地，由甲方於開工前提供，其地界由甲方指定…」、「本工程若屬建築工程，依電信法第38條第7項規定，建築物電信設備及相關設置空間，其設計圖說於申報開工前，應先經電信總局審查，於完工後應經電信總局審驗。」等語，及系爭作業要點第2點第5至7項規定：「起造人申報建造執照或雜項執照開工，應檢附下列書件：…(五)安全圍籬照片。(含施工大門、警示燈、安全圍籬、安全走廊、工程告示板及基地內現況。)(六)建造執照或雜項執照正本及影本二份。(七)建築物電信圖說審查回執條。」等語，即已明示身為系爭工程起造人之招標機關於開工前，應先就系爭工程之使用土地範圍完成指定地界作業，使申訴廠商得依照該指界之範圍設置安全圍籬，此外，系爭工程之建造執照及建築物屋內外電信設備審查收執回條亦均為招標機關就系爭工程開工前所需檢附之資料，亦屬開工前之前置作業，至招標機關所提出新北市政府工務局(下稱

工務局)會議紀錄實與系爭工程無涉，亦非屬通案標準之法令，且明顯違反電信法第38條第7項規定，顯無可採信。再，工程會前為避免機關未完成前置作業即辦理工程招標，導致停工、終止或解除契約情形發生，以109年9月29日工程管字第1090300970號函依循維護廠商權益之方針修正「公共工程開工要件注意事項」，依該注意事項第4點規定：「機關辦理公共工程，應自規劃設計階段即預先檢討『公共工程開工管制條件機關應辦事項檢核表』所列項目，妥善排定作業時程，並於招標前確實辦理完成並檢核。」，及所附之「公共工程開工管制條件機關應辦事項檢核表」更明確揭示，機關於辦理公共工程招標前所應完成者包含建築許可（建築執照或特種建築物許可等）、河川區域使用許可、樹木保護計畫等前置作業事項，此並為系爭契約第22條第10款明文約定所應適用之規範。(臺灣臺北地方法院108年度建字第409號民事確定判決參照)

- 4、是由上開系爭契約內容、相關法令規範及實務判決意旨，可見招標機關本須於簽約時起4個月內向申訴廠商為開工之通知，且於招標機關通知開工前(甚或招標前)，即應完成指定地界作業、取得建造執照、建築物屋內外電信設備審查收執回條、河川區域使用許可、擬具樹木保護計畫等辦理公共工程招標前之規劃設計

階段須完成之前置作業，惟招標機關除未曾就系爭工程所使用土地之整體確切地界及範圍具體指明、標示或告知申訴廠商外，亦從未就樹木保護、移植乙節擬具過任何計畫，是申訴廠商當無可能逕先遷移樹木、設置安全圍籬及人行步道之作業。而系爭工程遲未於簽約時起4個月內通知申訴廠商開工，更係起因於招標機關就系爭工程相關之建造執照係於110年4月20日方取得；建築物屋內外電信設備審查收執回條係110年6月23日方取得；系爭工程基地範圍所涵蓋之河川區域係於110年5月3日方收受水利局許可使用面積255.15平方公尺（惟許可使用地界範圍仍不明），故一再延宕開工通知之期限。且110年4月9日第6次施工前協調會議紀錄所示施工廠商列管事項之「樹木移植計畫可先送」部分，實未有任何決議（蓋因申訴廠商就此並無契約義務），直至110年4月13日雖有新增此移植計畫工項約定，但招標機關從未就此有特別為何通知或催告開工。是在招標機關自系爭契約簽訂後長達8個月怠於通知申訴廠商開工之期間，申訴廠商更無率先作業之義務。至系爭契約及相關法令均無見有區分契約開工、建築工程開工等不同概念之約定或規範，是招標機關自行創設契約開工與建築工程開工等概念，實屬混淆是非之論。

5、況招標機關所援引之系爭契約第7條第1款、第

9條之3第3款第2目第1小目、第7條第4款第1目，第20條第20款等約定及110年2月24日第5次施工前協調會議紀錄，均不足否定招標機關確無完成系爭工程開工前之前置指定地界作業及未及時取得建築物電信圖說審查回執條之事實，而其中系爭契約第7條第4款第1目約定係用於展延履約期限，然招標機關在未完成開工前之前置指定地界作業義務前，本無從通知申訴廠商開工，故自無履約期限展延問題。另系爭契約第20條第20款約定乃係賦予申訴廠商在招標機關不為協力行為之情況下「得」定相當期限催告之權利，而無硬性要求申訴廠商定須對招標機關為催告，更無從以申訴廠商未為此催告即推論招標機關無可歸責之行為。職是，本案既係因上開可歸責招標機關之事由致系爭工程無法開工，並已逾4個月之開工通知期限，則招標機關自無從再於110年9月2日（即已超過系爭契約簽訂時起8個月後）以○○○○字第1102523297號函向申訴廠商為開工之通知，亦無從以申訴廠商構成系爭契約第20條第1款第8目、第11目約定為由，發函向申訴廠商通知終止契約，更無從對申訴廠商為有本法第101條第1項第12款情形認定之處分。

（八）招標機關之開工通知違反兩造既存共識

招標機關所為開工通知實違反兩造既存共識，另對於招標機關如今無法履行交付工地之協力

義務而陷於給付不能情形，申訴廠商爰以111年5月27日申訴補充陳述意見(三)書向招標機關為解除兩造間系爭契約之意思表示。

1、按「…上訴人於97年5月21日及被上訴人於97年7月9日所為解除契約之意思表示均不合法乙節，業如前述。則兩造所簽訂之系爭契約於97年間自仍屬合法有效存在，依法被上訴人仍有交付工地給上訴人施作之協力義務。又本件被上訴人已重新發包系爭工程，由訴外人堃成公司於97年10月30日得標，97年11月18日訂約，並於97年11月30日申報開工，於99年8月6日完工等情，已為兩造所不爭執。故就系爭契約，被上訴人顯然已無法再交付系爭工地給上訴人施作，對於被上訴人應履行之協力義務，被上訴人已屬給付不能；且因被上訴人於97年7月9日所為解除契約之意思表示並不合法而不生解除之效果，則被上訴人擅自於97年10月間將系爭工程轉包給第三人施作，致其無法履行對上訴人交付工地之協力義務，就該給付不能之事實，被上訴人自有可歸責之事由存在。從而，本件上訴人主張被上訴人已給付不能，進而主張解除系爭契約，自屬適法。」臺灣高等法院臺中分院著有102年度建上更(二)字第79號民事確定判決可資參照。

2、觀之系爭工程第8次施工前協調會議紀錄結論第1項：「…經與會單位共同決議，延後至110

年10月31日後，招標機關再與施工廠商研議是否繼續履約或解約事宜。」等語，可知兩造前為是否續行履約抑或辦理解約等爭議事宜，業已達成延後至110年10月31日後再行商議之結論，且招標機關亦已於陳述意見書狀中自承申訴廠商於110年8月26日僅係提請解約，即非向招標機關發出正式通知之解除系爭契約意思表示，是本案自無從以該「提請解約」而認申訴廠商有違兩造前述會議結論之共識。惟招標機關竟率於110年9月2日向申訴廠商為開工之通知，顯嚴重悖離兩造既存共識並違反誠信。且事後招標機關卻於陳述意見中錯誤引述前述會議結論內容，此係以不正當方式合理化其當時違反誠信之開工通知，要無可信。是以，招標機關所為之開工通知，及後續據以申訴廠商未開工為由而向申訴廠商所為之終止契約，自屬無效。

- 3、再退萬步言，如認兩造因於系爭工程第8次施工前協調會議紀錄結論第1項另有互不歸責之共識，而使申訴廠商亦無從以招標機關未完成系爭工程開工前之前置作業及逾期通知開工等事由，向招標機關通知解除系爭契約，則參照前揭臺灣高等法院臺中分院102年度建上更(二)字第79號民事判決意旨，在兩造迄今所為之終止或解除系爭契約均未發生效力之情況下，系爭契約現實仍有效存在，惟現因招標機

關已將系爭工程發包予第三人承攬施作，其已無法履行交付需用工地予申訴廠商之協力義務而陷於給付不能，招標機關自具有可歸責之事由，且自110年11月1日起迄今仍逾4個月未通知申訴廠商開工，為此，申訴廠商爰以111年5月27日申訴補充陳述意見(三)書再向招標機關為解除系爭契約之意思表示。

(九) 另就招標機關所稱申訴廠商自得標簽約後，本可先施作安全圍籬、移樹斷根、於招標機關取得建照後申報開工等作業，卻屢以物價上漲為由提請解約，使招標機關無從通知申訴廠商開工，且招標機關已提供合理物價調整概算金額供申訴廠商參考，惟申訴廠商執意要求增加不合理之工程費用，企圖以物價調整方式填補其低價搶標之失；申訴廠商惡意不開工履行契約，更將責任推卸於招標機關，可歸責之程度顯然重大云云，申訴廠商回應如下：

1、自系爭工程施工前第1次協調會議記錄結論第5項：「施工圍籬請廠商於開工前3天圍設」等語，即可知施工圍籬係於申訴廠商開工前3日方須施作，又因系爭工程是否開工乃繫諸於招標機關之通知開工，是招標機關所稱申訴廠商自得標簽約後可先行施作安全圍籬云云，實顯屬無稽之論。

2、關於移樹斷根、樹木移植、喬木遷移等部分，招標機關均未擬具過任何樹木保護、移植計畫

，且如申訴廠商擅自將樹木斷根、移除更恐招致環保團體或周遭鄰居抗爭，是申訴廠商自無從為任何施作，而人行道拓寬4公尺之工程亦因招標機關未就實際施作範圍之地界為測量，是申訴廠商更無從確認人行道拓寬範圍。

3、本案為招標機關指定開工案件，故於招標機關110年9月10日通知開工前，申訴廠商無權申報開工，且招標機關於取得建造執照後實未通知申訴廠商開工，諸多開工前之前置作業事項亦尚未完成，是申訴廠商根本無從開工，實非申訴廠商拒不開工。至申訴廠商以物價上漲為由提請解約，乃係基於民法第227條之2情事變更原則所賦予之合法正當權利，且參照申訴廠商於111年5月9日第3次預審會議上所提之新聞報導，及申訴廠商代理人前曾協助辦理國立臺灣藝術大學有章藝術博物館新建工程案件相關事務之2次公開招標公告，均可見近期(申訴廠商得標簽約後)我國營建物價確有因台積電公司以高薪爭搶工人而劇烈上漲。

(十) 另需澄清者乃申訴廠商之正式發出通知解除系爭契約之意思表示時點為110年11月16日，在此之前申訴廠商均僅係「提請」解約而已。

貳、招標機關陳述要旨

一、招標機關於109年11月26日辦理系爭工程採購，雙方於109年12月31日簽訂契約後，招標機關即依系爭契約積

極陸續辦理5次會勘、8次施工前協調會議，邀集申訴廠商、甲○○建築師事務所及系爭工程相關單位聽取意見並逐一協調。詎申訴廠商突以招標機關未能於110年2月21日前交齊申報開工及放樣勘驗所需之前置作業書件，致兩造自109年12月31日簽約後已停工逾8個月無法開工及放樣勘驗，加上疫情使營建物價、工資上漲，縱變更契約亦無法補償，且停工期間申訴廠商需支付待命人員及品管等員工薪資，已造成申訴廠商極大虧損等理由，於110年8月26日函請解除契約。

二、嗣招標機關於110年9月2日函覆無申訴廠商所稱得合法解約事由，並通知申訴廠商限期於110年9月10日前開工，惟申訴廠商仍主張准予解除契約並提前發還履約保證金，招標機關遂於110年9月16日否准。後因申訴廠商迄至110年10月仍未開工，招標機關即依系爭契約及本法第101條之規定，以110年10月8日○○○○字第1102526671號函通知終止契約、不發還履約保證金，並將依本法第101條辦理刊登政府採購公報，依法請申訴廠商陳述意見，申訴廠商以110年10月13日110○○○字第1101013001號函再次重申如110年8月26日及9月10日號函文內容，並表示將申請履約爭議調解，嗣招標機關於110年10月26日召開採購工作及審查小組會議，決議認定本案係可歸責於申訴廠商事由致終止契約，將扣發工程款及不發還履約保證金，並該當本法第101條第1項第12款。

三、招標機關即依上開採購工作及審查小組之認定，及系爭契約第20條第1款第8目、第11目及第4款，以原處分通

知申訴廠商仍維持終止契約、不發還履約保證金，及將依本法第101條第1項第12款及第103條第1項第3款規定刊登政府採購公報3個月。申訴廠商不服提出異議，經招標機關以異議處理結果通知申訴廠商異議無理由，申訴廠商仍不服爰提起申訴，請求撤銷前開異議處理結果，就履約保證金等款項部分則另案提請調解。

四、申訴廠商屢以解約為由，拒不開工，惟未能提出得合法解約事由，顯係可歸責申訴廠商，招標機關自得終止契約、不發還履約保證金，及應依本法第101條第1項第12款及第103條第1項第3款規定刊登政府採購公報3個月：

(一) 按系爭契約第20條第1款第8目、第11目及第4款規定：「乙方履約有下列情形之一者，甲方得以書面通知乙方終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償乙方因此所生之損失：…(八) 無正當理由而不履行本契約者。…(十一) 乙方未依本契約規定履約，自接獲甲方書面通知日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正者。」、「契約經依第1款約定或因可歸責於乙方之事由致終止或解除者，甲方得自通知乙方終止或解除本契約日起，扣發乙方應得之工程款，包括尚未領取之工程估驗款、全部保留款等，並不發還乙方之履約保證金。至本契約經甲方自行或洽請其他廠商完成後，如扣除甲方為完成本契約所支付之一切費用及所受損害後有剩餘者，甲方應將該差額給付乙方(該差額不包括依第14條第13款不發還之履約保證金)；無洽其他廠商完成之必要者，亦

同。如有不足者，乙方及其連帶保證廠商應將該項差額賠償甲方。」。

- (二) 次按本法第101條第1項第12款、第3項、第102條第3項及第103條第1項第3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、理由及依第103條第1項所定期間通知廠商，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，情節重大者。」、「機關為第1項通知前，應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會，機關並應成立採購工作及審查小組認定廠商是否該當第1項各款情形之一。」、「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。」、「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：…三、有第101條第1項第7款至第12款情形者，於通知日起前5年內未被任一機關刊登者，自刊登之次日起3個月；已被任一機關刊登1次者，自刊登之次日起6個月；已被任一機關刊登累計2次以上者，自刊登之次日起1年。但經判決撤銷原處分者，應註銷之。」。
- (三) 查招標機關於110年9月2日通知申訴廠商於110年9月10日前開工，惟申訴廠商以解約為由，迄至110年10月仍拒不開工，又未能提出得合法解約事由

，核屬系爭契約第20條第1款第8目、第11目之無正當理由不履行契約，及自接獲招標機關書面通知日起10日內仍不履行契約，招標機關自得終止契約，同時該當本法第101條第1項第12款規定而應刊登政府採購公報。且招標機關皆已遵循本法第101條及第102條踐行刊登政府採購公報之前置程序，並無違法情事。

五、申訴廠商無得合法解約事由，蓋招標機關依系爭契約積極辦理5次會勘、8次施工前協調會議，並陸續取得相關文件，皆係開工前之履約行為，招標機關並已通知申訴廠商應於110年9月10日前開工，核無無法開工情事，且申訴廠商迄今仍未開工，系爭工程即無停工可言，自無所謂停工逾4個月情形：

(一) 申訴廠商辯稱依公共建設計畫執行作業手冊（下稱系爭手冊）規定，系爭工程前置作業書件包含系爭工程之建造執照、五大管線圖審查合格函及圖說、鄰房現況鑑定報告、基地鑑界等，皆應於工程發包前完成，因招標機關未能完成前置作業致申訴廠商無法辦理開工及放樣勘驗云云。惟查，系爭手冊所稱前置作業與申訴廠商所稱前置作業書件無關，公共建設本依個案情況有不同執行計畫，有些情況於發包之後才發生，故系爭手冊僅係供辦理公共建設之機關參考及指引，並無法律上強制力，且關於申訴廠商所稱前置作業書件，亦非開工所需資料，甚至部分應由申訴廠商自行辦理，招標機關業以110年9月2日○○○○字第

1102523297號函、110年9月16日○○○○字第
1102524750號函及異議處理結果回應：

- 1、建造執照係開工所需資料，業於110年4月15日經新北市政府工務局核准給照。
- 2、基地鑑界部分，非開工所需資料，係開工後、放樣勘驗前始須提供，此依系爭工程建造執照內之新北市政府執照加註明細資料可知，且申訴廠商於8次施工前協調會議皆未提及因鑑界問題無法開工。另查，味王段947-1、947-2地號土地早於109年5月4日鑑界完成，至於味王段947、950地號部分土地及953地號土地之圍籬範圍，招標機關業於第2、3次施工前協調會現場會勘時清楚指定「範圍含新興街入口處及建築基地旁之綠地」，載明於第2次施工前協調會議紀錄結論第3點，並已將步道範圍納入設計圖說，於110年4月13日與申訴廠商簽訂議定書，應由申訴廠商辦理，惟申訴廠商仍以未鑑界無法施作安全圍籬為由，遲不開工施作。
- 3、建物出入口至已開闢道路之4米寬通路，招標機關已納入設計圖，並於110年4月13日與申訴廠商簽訂議定書，應由申訴廠商辦理，惟申訴廠商未開工施作。
- 4、鄰房鑑定部分，招標機關已於110年4月13日與申訴廠商簽訂議定書，應由申訴廠商辦理，申訴廠商於110年4月9日第6次施工前協調會議

提出鄰房鑑定約需3個月，預計7月可完成。

5、建築物距離過近影響消防救災疑慮部分，於110年5月19日第7次施工前協調會已說明依原設計辦理。

6、路燈箱、線路遷移及電桿移除，須待申訴廠商進場圍設施工圍籬後方能進行，招標機關業於第2次施工協調會說明，惟申訴廠商未開工施作圍籬。

7、依系爭工程建造執照內之新北市政府執照加註明細資料序號9、10、11、13及14，及110年7月2日第8次施工前協調會議中，甲○○建築師事務所第1點發言可知，五大管線圖（包含、電信、電力、汙水設備、透水保水、自來水設備、消防設備、汙水設備等受理文件、審查合格函及圖說）並非申報開工所需資料，係開工後、放樣勘驗前始須提供，是系爭工程無須待五大管線核准才能開工履約。

（二）又按系爭契約第7條第1款、第9條之3第3款第2目第1小目約定：「履約期限：本契約乙方應於甲方通知之開工日開工，並於開工之日起270日曆天竣工。」、「施工前會議由甲方在開工前召開施工協調會議。」。

（三）查招標機關依系爭契約陸續取得申訴廠商所稱前置作業書件、辦理5次會勘及8次施工前協調會議，皆係開工前之積極履約行為，招標機關並業於

110年9月2日書面通知申訴廠商應於110年9月10日前開工，是系爭工程並無無法開工或因可歸責招標機關事由致無法開工之情事。

(四) 另按系爭契約第7條第4款第1目、第20條第20款約定：「履約期限內，除另有規定外，符合下列情形之一（且非可歸責於乙方），致影響進度綱圖要徑作業之進行，而需展延履約期限者，乙方應於事故發生或消滅後7日內通知甲方，並於45日內檢具事證，以書面通知甲方，並同時申請展延履約期限，不計算逾期懲罰性違約金…：1.發生第17條第5款不可抗力或不可歸責契約當事人之事故。…4.因辦理變更設計或增加工程數量或項目。5.甲方應辦事項未及時辦妥。6.由甲方自辦或甲方之其他廠商之延誤而影響履約進度者。」、「履行契約需甲方之行為始能完成，而甲方不為其行為時，乙方得定相當期限催告甲方為之。甲方不於前述期限內為其行為者，乙方得通知甲方終止或解除契約，並得向甲方請求因契約終止或解除而生之損失。」。

(五) 依上開規定，申訴廠商已可辦理開工，若開工後因所需資料不齊未能辦理放樣勘驗，亦得依約申請展延履約期限，若認為招標機關有應為之行為而不為，亦得定相當期限催告招標機關，若招標機關不於前述期限內為之，申訴廠商方得通知招標機關終止或解除契約，並請求因契約終止或解除而生之損失，惟申訴廠商遲不辦理開工，亦從

未催告招標機關為任何行為，益顯招標機關並無可歸責不履行系爭契約之行為，是申訴廠商自不得逕行解除契約。

(六) 復查110年2月24日第5次施工協調會議紀錄中，施工廠商列管事項第1點載明，申訴廠商於取得建築執照應盡速申報開工，是自申訴廠商取得建造執照後，即得請求招標機關以書面通知申訴廠商開工，惟申訴廠商反而屢以缺少文件無法申報開工為由，遲不開工，顯係惡意不履行契約。

(七) 未查，既然申訴廠商迄今仍未開工，系爭工程即無停工可言，而無系爭契約第20條第10款第3目可歸責於招標機關通知申訴廠商停工逾4個月而得解約條款之適用。

六、本案構成本法第101條第1項第12款情節重大之事由

按本法第101條第4項規定：「機關審酌第1項所定情節重大，應考量機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或賠償措施等情形。」。是招標機關茲分別審酌申訴廠商可歸責程度、招標機關所受損害輕重、申訴廠商之實際補救或賠償措施如下：

(一) 申訴廠商可歸責之程度重大：

1、申訴廠商自得標簽約後，即已有不配合履約情事。蓋招標機關於109年12月22日第1次施工前協調會議中，即已向申訴廠商及與會單位宣達系爭工程預計於110年2月（農曆春節後）進場施工，並於109年12月29日第2次施工前協調會

議指明圍籬設置範圍，嗣招標機關於110年4月13日與申訴廠商簽訂議定書後，申訴廠商本得先施作安全圍籬、建物出入口至已開闢道路之4米寬通路，並移除電桿、遷移路燈箱及線路，以利後續開工，惟申訴廠商卻以招標機關未指明圍籬設置範圍、不知圍籬設置界線為由，拒絕配合辦理前開可先施作事項，顯然有意拖延、無意履約。

2、且按系爭契約第9條之1第3款前段約定：「凡工程施工場所，除另有規定外，應於施工基地四周設置圍牆（籬），鷹架外部應加防護網圍護，以防止物料向下飛散或墜落，並應設置行人安全走廊及消防設備。」。即明白約定施工基地四周皆應設置圍籬，非僅活動中心建物下之建築基地而已，俾保障施工期間之公眾安全，而系爭工程含人行步道施工、建築基地整地，洵屬施工基地範圍即包含爭議地點，是爭議地點之圍籬依上開約定，屬必要設置。另併予敘明，申訴廠商與系爭工程重新招標之得標廠商展○營造工程有限公司（下稱展○公司）之圍籬編列皆相同，皆為187公尺長。

3、查招標機關於110年2月24日第5次施工協調會議紀錄已載明，申訴廠商於取得建築執照應盡速申報開工，然申訴廠商於歷次施工前協調會議以缺少文件無法申報開工為由，要求招標機關需待文件備齊再辦理開工事項，招標機關不

知申訴廠商意在混淆視聽拖延開工時程，以為申訴廠商有意詳實辦理系爭工程，方等待申訴廠商，惟每次會議均有督促申訴廠商須儘速開工。嗣招標機關於110年4月20日領取工務局核准給予之建造執照後（斯時距109年12月31日簽約日僅3個月餘，未滿4個月），申訴廠商本得申報開工，卻旋於110年5月19日第7次施工前會議表示物價上漲及系爭工程自109年12月決標迄今尚未開工，希望能解除契約，使招標機關無從通知申訴廠商開工，並為此再召開2次施工前協調會議協商履約期間物價上漲問題，招標機關亦同意依工程會101年5月5日工程企字第1100100263號函示及新北市政府工程採購契約範本之物價指數調整條款辦理物價調整並變更系爭契約，概算可增加直接工程費約110萬元，再請申訴廠商自行概算，惟申訴廠商執意要求增加不合理之工程費用，企圖以物價調整為名，填補其低價搶標之失，否則雙方認定之物價調整金額不會差距達364萬元之多（計算式：4,743,362元-1,100,000元=3,643,362元），此顯係申訴廠商計算成本因素而欲解除契約，並非因不可抗力或不可歸責申訴廠商事由致不能履約，而不合於系爭契約第17條第5款不可抗力條款所列任一目之契約解除事由，亦不合於前開101年5月5日工程企字第1100100263號函說明欄第2點之「不能履約者，得免除契約責任」之要件。

4、後申訴廠商更以110年8月26日110○○○字第1100826001號函辯稱109年12月31日簽約至今已逾8個多月仍無法辦理開工及放樣勘驗，並整理數項與申報開工無關之文件，指責招標機關未能提供所需文件，致申訴廠商遲遲無法開工，自認無可歸責事由而有權解約，惟申訴廠商所指全屬無據，不僅未執行得先施作之事項，取得建照後亦不積極申報開工，招標機關至此才確實知悉申訴廠商顯然無意履約，而申訴廠商要求文件備齊才開工，全為拖延時程至申訴廠商可提請解除契約之日所托之辭。嗣招標機關即以110年9月2日○○○○字第1102523297號函回應系爭契約並無申訴廠商所陳疑慮及可行之物價調整方案，並限期申訴廠商於110年9月10日前開工，惟申訴廠商仍執意依系爭契約第20條第16款，主張招標機關有可歸責事由欲解約，縱招標機關再以110年9月16日○○○○字第1102524750號函通知申訴廠商盡速辦理開工，申訴廠商仍拒不開工。

5、由上開情形可知，招標機關於110年9月10日始通知申訴廠商開工，並非怠於通知或惡意不通知開工，而是為能盡力促成系爭工程確實執行，配合申訴廠商之善意行為，招標機關實無可歸責致系爭工程無法開工之情事。且申訴廠商簽約後就已反悔無意履約、惡意拖延、不開工履行系爭契約，卻怪罪招標機關遲不通知開工

，認招標機關具可歸責事由要求解除契約，是其可歸責之程度顯然重大。

(二) 招標機關及市民所受損害核屬重大：

系爭工程屬公共工程，攸關地方人民福祉，系爭契約設有施工前會議，乃為協調系爭契約有關工作，促進系爭工程之執行，詎料申訴廠商卻濫用施工前會議制度，使招標機關自109年12月22日至110年7月2日，長達7個多月間，召開共8次施工前協調會議，仍未能通知開工施作系爭工程，更使招標機關於終止系爭契約後，又須耗費人力、物力及時間成本重新招標，經歷數次招標，遲至111年1月3日才得以決標，不僅已使工程延宕1年有餘、使系爭工程用地長期閒置，又需支付更多工程費用予重新得標廠商，此外更阻滯市民生活品質之提升，已嚴重增加社會成本，是招標機關及市民所受損害顯然重大。

(三) 又查，申訴廠商未曾有任何實際補救或賠償措施。申訴廠商僅一味將責任推卸於招標機關，執意解約，除請求招標機關返還履約保證金外，甚至要求招標機關給付保險費及工程人員薪資，完全不思補救或賠償，其惡意不履約情節昭然可稽。

(四) 綜上，經依本法第101條第4項之規定，審酌申訴廠商可歸責程度、招標機關及市民所受損害顯屬重大，且申訴廠商未曾有任何實際補救或賠償措施等情，堪認申訴廠商有可歸責致終止契約之情

節重大。

七、本案之「契約開工」及申報「建築工程開工」，皆不須提供施工圍籬範圍之鑑界及建築物電信圖說審查回執條，又申訴廠商亦辯稱招標機關從未擬具樹木移植計畫、110年5月3日方收受水利局許可使用排水公地函，而有未完成開工前置作業致其無法開工並逾4個月開工通知期限情事云云，皆為申訴廠商惡意推託狡辯之詞，顯有可歸責致系爭契約終止情節重大之情，是申訴廠商請求撤銷原異議處理結果，並無理由：

(一) 「契約開工」與「建築工程開工」不同，所謂建築工程開工，係指需檢附資料文件向工務局申報開工者，至於本案之契約開工，包含遷移樹木、設置安全圍籬及人行步道等措施，皆毋需檢附資料文件向工務局申報即得先行作業，是申訴廠商辯稱招標機關未於開工前取得若干資料文件致其無法開工（即契約開工），顯是張冠李戴。

(二) 蓋系爭工程各相鄰地號界址範圍相當明確，是整體施作範圍可清楚確認，施工圍籬之範圍無須再為任何鑑界，且招標機關於現場會勘時已指定施工圍籬範圍「含新興街入口處及建築基地旁之綠地」即為已足，故施工圍籬之範圍無須鑑界：

1、雖申訴廠商援引臺灣彰化地方法院91年度重訴字256號民事判決（經臺灣高等法院臺中分院92年度重上字72號判決及最高法院93年度台上字第521號裁定維持確定）、臺灣高等法院

104年度建上更（二）字第31號民事判決（經最高法院106年度台上字第2402號民事裁定維持確定），辯稱招標機關未如判決所示具體指明、標示或告知圍籬地界致其無法施作安全圍籬，惟查，前開第1則判決所稱鑑界，係針對建築工程本體之基地界址應進行鑑界，與安全圍籬無關，招標機關就建築工程之基地即味王段947-1、947-2地號土地，早於109年5月4日鑑界完成；前開第2則判決則因該案本體工程為道路工程，需指定道路正確位置方能進行施工，與申訴廠商所指系爭工程以外之安全圍籬，本質不同，且系爭作業要點第2點並未要求申報開工需檢附施工圍籬範圍之鑑界資料，僅於第5項規定需檢附安全圍籬照片，招標機關更曾明確就「建築基地以外之人行步道、施工圍籬範圍是否需鑑界」一事，再次電洽工務局承辦人確認，並多次告知申訴廠商：人行步道、施工圍籬範圍毋須鑑界，且開工不需提供鑑界資料，於放樣勘驗時始須提供建築基地鑑界範圍，是申訴廠商所辯招標機關未依系爭契約第9條第22款規定，於契約開工前完成施工圍籬範圍之鑑界致其無法開工云云，並無可採。

2、招標機關於第2次施工前協調會現場會勘時指定施工圍籬之範圍「含新興街入口處及建築基地旁之綠地」，即已足確認施工圍籬之範圍，並符合系爭契約第9條第22款應由招標機關指

定地界之約定，且施工圍籬之設置並非需向工務局申報之建築工程開工，而是建築工程以外得先進行契約開工之工程安全措施，是申訴廠商早已可先進行契約開工施作安全圍籬。

- 3、有關味王段947-1、947-4地號部分，已於109年5月4日完成鑑界，現場已噴點位及設置界樁，可清楚確認基地範圍。而申訴廠商所指109年12月29日第2次施工前協調會勘紀錄結論第8項記載：「基地範圍招標機關再另案辦理會勘請地政事務所指界」，及水利局受理申請一般設施使用河川公（私）地案會勘紀錄會審事項第1項附註：「後續施工請依地政事務所指界…辦理」，其中「指界」一詞，並非申訴廠商所稱有委由地政事務所進行專業測量之意，蓋查，招標機關另請地政事務所指界，係因系爭工程於申訴廠商109年12月18日決標前，已在同年5月4日完成鑑界，因申訴廠商未參與鑑界，為使其清楚明白建築基地範圍，招標機關特於110年1月19日再邀集新北市樹林地政事務所、申訴廠商及建築師事務所至現場指界，僅係再次對申訴廠商指明先前鑑界之建築基地範圍，並無其他任何需專業測量之情，此有招標機關109年12月31日○○○○字第1092539696號會勘通知單及110年1月19日○○○○字第1102502036號函可證。是申訴廠商辯稱本案仍需待專業機關具體測量，混淆鑑界與指界二事

，稱未完成全部用地之鑑界前不敢貿然進行契約開工圍設施工圍籬，並無可採。另此敘明，指界當日現場點位及樁位非常明確，顯可確認建築基地與鄰近之鼎家社區交界，且指界當日申訴廠商亦無表達任何疑問或意見。

4、鄰味王段947、947-1、947-4、948-1地號之鼎家社區部分，味王段947、948-1地號靠鼎家社區之圍牆界址明確，且可與味王段947-1、947-4地號之A點界標及B點界標連成直線，此為工程廠商最基本放樣能力，無須鑑界或指界即可設置施工圍籬。至申訴廠商所述鼎家社區曾多次提出異議一事，實與系爭工程地界範圍是否需再鑑界毫無關聯。蓋查，鼎家社區係反應未來蓋好之活動中心外牆與社區距離過近，有消防疑慮，招標機關已於110年4月20日、5月20日、8月18日共辦理3次會勘，於110年4月20日經工務局現場確認，系爭工程與社區距離符合建築技術規則，招標機關即早於110年5月19日第7次施工協調會向申訴廠商明示仍依原設計辦理，110年5月20日之會勘會前會，再經新北市政府消防局現場確認，系爭工程與鼎家社區距離足夠消防員進入及作業，110年8月18日會勘時新北市政府消防局再次確認，系爭工程不影響鼎家社區消防救災，是鼎家社區之異議已經多次會勘說明排除疑慮，又此疑慮產生之前提，必以施工範圍明確、距離可得預知才會產

生，申訴廠商執此辯稱招標機關未指明地界而無從知悉系爭工程施工範圍，顯屬二事，且反可證明系爭工程之整體施作範圍已清楚明確。

- 5、味王段950地號與鼎家社區範圍味王段946地號交界處，已有鼎家社區之圍牆，且圍牆角落處已噴點位、界址明確，無須鑑界或指界即可設置施工圍籬。
- 6、味王段953地號部分，該區使用分區為河川地，因涉及人行步道周邊設置之施工範圍，故招標機關以110年3月29日○○○○字第1102509080號函申請河川公地使用許可，水利局嗣於110年4月30日同意使用，有新北市政府水利局111年4月30日新北水政字第1100606419號函可稽，且靠鹿角溪（復村圳）側已有設置欄杆，界址相當明確，無須鑑界或指界即可設置施工圍籬及施工擋土設施。
- 7、味王段954-1地號部分，靠鹿角溪範圍已有設置欄杆，且綠地及民宅界線分明、界址明確，無須鑑界或指界即可設置施工圍籬。
- 8、味王段949-1地號部分，三面皆為綠地範圍，東側靠民宅側可明確區分綠地及民宅界線、界址明確，無須鑑界或指界即可設置施工圍籬。

(三) 關於申訴廠商辯稱依系爭作業要點第2點第7項「建築物電信圖說審查回執條」應於申報建築工程開工前取得，而招標機關簽約後逾4個月直至110

年6月23日方取得建築物電信圖說審查回執條，致逾契約期限仍未能申報建築工程開工部分，並無理由：

1、108年3月15日發布之系爭作業要點第2點第7項規定申報開工時應檢附建築物電信圖說審查回執條，惟工務局業為因應相關公會需求及建議，於108年10月23日邀集新北市不動產開發商業同業公會、社團法人新北市建築師公會、臺灣區綜合營造同業公會等單位召開會議，共同決議將電信申請文件調整於申報放樣勘驗時方須檢附申請書掛號戳記或憑條影本（即經工務局受理之證明文件，性質相同於「建築物電信圖說審查回執條」），另將電信核准書圖文件（即審查合格函）調整於1樓底板勘驗時方須檢附，此即何以新北市政府執照加註明細資料序號9係明示於放樣勘驗時應檢附受理文件，而與系爭作業要點第2點第7項規定不同，另序號14明示電信審查合格函係於1樓樓板勘驗時須提供，亦與前開會議結論相符。

2、是以，自108年10月23日起，建築物電信圖說審查回執條已非申報建築工程開工所需文件，而係調整於放樣勘驗時方須檢附，就此事實招標機關已二度電洽工務局確認，並數次告知申訴廠商，惟申訴廠商自始至終找盡各種理由，拒不申報建築工程開工，可見申訴廠商自始就無意履行契約，惡意昭然，顯有可歸責不履行

契約之行為。

- (四) 樹木移植計畫係系爭契約第1次變更設計之內容，即應由申訴廠商辦理之契約開工事項，申訴廠商迄未辦理，竟推卸責任於招標機關：

關於樹木移植計畫，招標機關於109年12月22日第1次施工前協調會議結論(一)已表示：「移樹可以先進行斷根，後續依新北市政府綠美化環境景觀處之樹木移植計畫書提送」、110年4月9日第6次施工前協調會議施工廠商列管事項最末列：「列管編號1100409-2-B，樹木移植計畫可先送」，而於110年4月13日第1次變更設計議定書中新增工項壹.四.6.4「既有大喬木移除清運(含移植計畫)；單價20,800元；複價41,600元」，惟申訴廠商迄無提送任何移植計畫。是申訴廠商辯稱招標機關未就樹木保護、移植擬具任何計畫致無法開工，顯係惡意顛倒是非、推卸責任，而無可採。

- (五) 水利局許可使用排水公地與否，不影響申訴廠商先進行其他契約開工事項：

查系爭工程因涉及鹿角溪排水公地之使用，經招標機關向水利局申請使用排水公地，水利局業於111年4月30日許可使用。惟水利局許可使用排水公地與否，不影響申訴廠商先進行其他契約開工事項。然申訴廠商皆不進行，亦從未向工務局申報開工，是申訴廠商辯稱招標機關110年5月3日方收受水利局許可使用排水公地函，而有未完

成開工前置作業致無法開工並逾4個月開工通知期限情事，顯係牽扯無關事項混淆視聽。

(六) 綜上，無論係契約開工或向工務局申報建築工程開工，皆不須進行施工圍籬範圍之鑑界，及取得建築物電信圖說審查回執條，申訴廠商自始至終找盡各種理由，不僅拒先進行契約開工，即樹木移植、圍設安全圍籬及步道工程等（縱使契約開工後因申報工程建物開工遇有文件未完成問題，亦可依契約規定申請展延，亦從未向工務局申報建築工程開工作業，完全無遭工務局退件紀錄，僅隨意指摘無關事項、不理會招標機關及建築師事務所之說明，即拒不履約，可見申訴廠商自始就因自己成本因素，無意履行系爭契約，惡意至為灼然，是申訴廠商顯有可歸責致系爭契約終止情節重大之情，申訴廠商請求撤銷原異議處理結果，並無理由。

八、至申訴廠商辯稱招標機關110年9月2日開工通知及110年10月8日終止契約行為，因悖離兩造既存共識且違反誠信，而無從對申訴廠商發生效力云云，惟此係申訴廠商割裂事實斷章取義之詞：

(一) 緣招標機關於110年4月20日領取建照後，申訴廠商本得依第1、5、6次施工前協調會議結論向工務局申報開工，並先進行契約開工事項，惟因申訴廠商於110年4月至5月間通知招標機關，因疫情及物價上漲欲辦理解約，故招標機關接獲通知後至110年7月2日第8次施工前協調會期間，皆持續與

申訴廠商協調變更設計進行物價調整。

(二) 嗣於第8次施工前協調會議，招標機關、建築師事務所及申訴廠商為物價調整一事，共同決議達成結論(一)：「查本工程單價優於工程會資料庫單價，且可依工程會110年5月5日工程企字第1100100263號函變更契約進行物價調整，惟施工廠商反映因新冠肺炎疫情、缺工及營建物料上漲影響，實際訪價結果比工程會單價高，即使進行物價調整，仍不及實際訪價之物價及人工上漲之費用，故經與會單位共同決議，延後至110年10月31日前開工，屆時再確認市場價格是否恢復漲價前行情、或工程會函示其他調整工程契約單價方式。另自今日110年7月2日至110年10月31日止，三方(新北市○○區公所、甲○○建築師事務所、○○營造有限公司)互不歸責因延後開工所衍生之相關費用。」。

(三) 惟於暫緩期間，申訴廠商突於110年8月26日開始發函反映招標機關有前置作業未完成之問題主張解約，縱招標機關屢次說明申訴廠商所稱前置作業並無影響開工程序，惟申訴廠商仍執意解約，顯然上開既存共識已無從維持。又申訴廠商亦無合法解除事由，故招標機關才於110年9月2日通知申訴廠商開工，既申訴廠商未於系爭契約約定期限內開工，亦未依系爭契約申請展延履約期限，招標機關自得依系爭契約第20條第1項第8款、第10款終止契約，是招標機關所為開工通知及終止

契約核屬有效。

- (四) 由上開脈絡可知，招標機關至110年9月2日方通知申訴廠商開工，係因申訴廠商所致，若非申訴廠商不同意招標機關按工程會函示及新北市政府工程採購契約範本之物價指數調整條款提議之物價調整方案，致需研議暫緩期間，申訴廠商復又於暫緩期間內無端執意解約，系爭工程本於110年4月20日領取建照後，即得申報開工，並先進行契約開工事項，惟申訴廠商惡意不開工履行系爭契約，甚至將責任推卸於招標機關，堪認申訴廠商有可歸責致終止契約之情節重大，而該當本法第101條第1項第12款，應刊登政府採購公報。

九、另有關重新發包編列之預算遠高於原工程預算之原因：

- (一) 招標機關就系爭工程所訂預算金額，在申訴廠商投標時及投標前，是依基本設計及細部設計會議後核定預算書圖，底價金額則由首長參考預算訂定。
- (二) 與申訴廠商終止契約後，招標機關原無調整單價，係以第1次招標的預算(含變更設計)重新招標，惟分別於110年11月5日及同年11月17日招標2次皆流標，而依新北市政府110年4月9日新北府工採字第1103213421號函示，流標達2次以上之案件，機關應召開會議檢討流標問題癥結並研謀改善對策，招標機關遂於110年12月2日邀集工程相關局處及甲○○建築師事務所，共同開會研討招標

改善對策，會中因甲○○建築師事務所訪價後建議需增加工程經費，故招標機關於會議結論即請甲○○建築師事務所參考訪價結果重新編列預算書，以利重新招標。

- (三) 經前開會議檢討、調整預算及底價金額後，招標機關再度重新招標，最終於111年1月3日決標，是招標機關並非恣意變更工程發包價格，而是因重新招標多次流標後，依建築師事務所的建議增加工程經費以改善招標情況，招標機關更無不公平對待申訴廠商之情事。
- (四) 另須強調者，採購案中之投標者本須有能力依工程圖、工程預算等資料，做市場訪價、估算後，決定是否投標，若無利可圖，均可不予投標，讓招標機關流標後，再行調整其預算，辦理重行招標。申訴廠商於109年12月係自願以2,087萬3,800元投標系爭工程，顯係願以該價格承攬系爭工程，則申訴廠商之工程要約、招標機關承諾之契約合意，已然成立，申訴廠商以招標機關另行招標調高預算為由質疑招標機關公平性，實不足採。
- (五) 且系爭契約之履約期間，因申訴廠商表示有物價上漲問題，招標機關亦於第7次、第8次施工前協調會表示可依工程會函示及新北市政府工程採購契約範本之物價指數調整條款辦理物價調整並變更系爭契約；另於第8次施工前協調會亦達成共同決議，將延後至110年10月31日後再與申訴廠商研議、確認市場價格是否恢復漲價前行情、或工程

會函示其他調整工程契約單價方式，可知招標機關從無強硬迫使申訴廠商接受任何價格決定，且善意保留商討空間。

十、此外，系爭工程重新招標得標廠商展○公司已完成設置圍籬，且設置過程毋須鑑界，亦無鑑界爭議。且系爭工程重新招標後展○公司已於111年2月10日向招標機關報請契約開工，工務局於111年5月10日核准建照申報開工日為111年1月19日。而前揭建照申報開工迄至111年5月10日方經工務局核准，主因是工務局原承辦人離職前休假時間較長，且工務局係針對圍籬之封閉範圍、封閉時間、綠美化及警示設備等問題要求補正，沒有因鑑界、指界及公私用地等問題無法設置圍籬，併予敘明。

十一、綜上，系爭契約確因可歸責於申訴廠商致生終止事由，而應刊登政府採購公報，是申訴廠商請求撤銷原異議處理結果，顯無理由。

判斷理由

一、申訴廠商主張略以：(一)系爭工程須藉由專業測量機關測量地界，方得確認系爭工程之施作範圍，且招標機關於開工前負有指定地界之前置作業義務，於招標機關完成該前置作業前，申訴廠商無法開工且無從履行契約。(二)本案係因可歸責招標機關之事由致系爭工程無法開工，並已逾4個月之開工通知期限，故招標機關向申訴廠商所為之開工通知及終止契約對申訴廠商不生效力，其異議處理結果之認定具有重大違誤。(三)招標機關僅願增加直接工程費約110萬元予申訴廠商，嗣後重新招標卻調高預算至3,302萬290元，顯係刁

難申訴廠商並違反誠信原則。(四) 招標機關所為開工通知違反兩造既存共識，且招標機關如今無法履行交付工地之協力義務已陷於給付不能情形。

- 二、招標機關則以：(一) 申訴廠商無意履約，屢以解約為由拒不開工，且無得合法解約事由，故本案係可歸責於申訴廠商致終止契約。(二) 系爭工程之整體施作範圍可清楚確認、界址明確，無須再為任何鑑界。(三) 招標機關於開工前即積極履約，於110年9月10日始通知申訴廠商開工，並非怠於通知或惡意不通知開工，而是為能促成系爭工程確實執行，配合申訴廠商之善意行為，招標機關實無可歸責致系爭工程無法開工之情事。(四) 審酌申訴廠商可歸責程度、招標機關及市民所受損害顯屬重大，且申訴廠商未曾有任何實際補救或賠償措施，堪認申訴廠商有可歸責致終止契約且情節重大之情形。
- 三、本府申訴會參酌申訴廠商及招標機關前開申訴及陳述意旨，認本件兩造之爭點厥為：招標機關以申訴廠商有可歸責之事由，致終止契約，且情節重大，故依本法第101條第1項第12款規定，擬將申訴廠商刊登政府採購公報，是否合法妥當？論述如下：

(一) 系爭契約之終止，洵屬合法有據：

- 1、按「乙方履約有下列情形之一者，甲方得以書面通知乙方終止契約或解除契約之部分或全部… (八) 無正當理由而不履行本契約者。… (十一) 乙方未依本契約規定履約，自接獲甲方書面通知日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正者。」為系爭契約第20條第1款第8目及第11目所規定。

- 2、查兩造於109年12月31日簽訂系爭契約，於110年4月13日就步道、開闢4米寬道路、鄰房鑑定等辦理第1次變更設計，嗣於110年4月20日經招標機關領取工務局於110年4月15日核准之建造執照，暨於110年5月3日收受水利局許可使用排水公地函等情，為兩造所不爭執。則依工程會109年9月29日工程管字第1090300970號函「公共工程開工要件注意事項」中「公共工程開工管制條件機關應辦事項檢核表」第8、9項次「建築許可」、「河川區域使用許可」所載，系爭工程於110年5月3日起符合開工之要件。
- 3、惟查，在招標機關尚未通知申訴廠商開工前，申訴廠商於110年5月19日第7次施工前協調會議提出因工料價格上漲希望工程解約之訴求，嗣於110年7月2日第8次施工前協調會議續就同一問題協調，會中決議延後至110年10月31日後，招標機關再與申訴廠商研議是否繼續履約或解約事宜。嗣招標機關於110年9月2日通知申訴廠商於110年9月10日前開工，因申訴廠商遲未開工，經招標機關於110年10月8日通知申訴廠商終止契約及依法陳述意見，暨於110年10月26日召開採購工作及審查小組會議後，於110年11月3日作成原處分，通知本案該當本法第101條第1項第12款等情事。衡酌系爭工程於110年5月3日起已符合開工之要件，申訴廠商於110年9月接獲開工通知後猶未開工，符合系爭契約第20條第1款第8目及第11目無正當理由而不履行本契約及未於接獲招標機關書面通知日起10日內改正之規

定，則招標機關主張本案因可歸責於申訴廠商之事由，依前揭系爭契約規定於110年10月8日發函終止契約，洵屬合法有據。

4、關於上情，申訴廠商雖以：(1) 系爭基地尚有味王段947、950、953地號之部分使用土地未予鑑界，致無法確認安全圍籬施工範圍而無從開工；(2) 系爭工程因可歸責於招標機關之事由致逾4個月期間無法開工，申訴廠商得依系爭契約第20條第10款第3目規定解除契約，招標機關無從為開工通知並終止契約；(3) 招標機關開工通知違反兩造既存共識等，主張系爭契約終止不合法云云。惟查：

(1) 系爭契約第9條第22款規定：「本契約使用的土地，由甲方於開工前提供，其地界由甲方指定。…」，並無應鑑界始得開工、設置圍籬之規定。再者，系爭工程建造執照核准建造之建物坐落基地味王段947-1、947-4地號土地早已於109年5月4日鑑界完成並經現場噴點位及設置界樁，至於其他本案使用之土地，味王段947、948-1地號、950地號土地靠鄰地鼎家社區交界處有社區圍牆分隔，且味王段947、948-1地號土地與系爭經鑑界味王段947-1、947-4地號土地之各點界標可連成直線，其餘味王段953號河川地部分，亦經水利局於110年4月30日同意使用，靠鹿角溪側並已設有欄杆，均足見界址明確，無須鑑界即得設置圍籬，系爭契約終止後重新招標之得標廠商亦在未經全部鑑界之

現況下設置圍籬完成。申訴廠商主張系爭工程使用之土地未經全部鑑界，僅經招標機關會同指明本體建築基地旁之綠地範圍，致其無從開工之理由無足採。

(2) 次按「十、因可歸責於甲方之情形，甲方通知乙方部分或全部暫停執行(停工):…(三)暫停執行期間累計逾4個月者，乙方得通知甲方終止或解除部分或全部本契約，並得向甲方請求賠償因契約終止或解除而生之損害。因可歸責於甲方之情形無法開工者，亦同。」為系爭契約第20條第10款第3目所規定。查系爭工程於109年12月31日簽訂契約後，至110年5月3日始符合開工之要件，期間係為取得建築執照及河川區域使用許可等情，已如前述，申訴廠商主張系爭契約因可歸責於招標機關之事由致逾4個月期間無法開工，得依系爭契約第20條第10款第3目規定解除契約，固非全然無據。惟查，申訴廠商於招標機關通知限期開工前，並未合法解除或終止契約，此有申請人主張其正式通知解除系爭契約之意思表示時點為110年11月16日，在此之前僅係「提請」解約而已等情可稽。申訴廠商既未行使契約解除權或終止權權利，而招標機關通知開工之110年9月，已符合得開工之要件，則申訴廠商主張招標機關無從為開工通知並終止契約云云，即無可採。

(3) 至於兩造固曾於110年7月2日協調會時做成

110年10月31日後再研議是否繼續履約或解約乙事，惟此部分如招標機關所述，係因申請人一再以工料上漲為由提請解約所致。而系爭契約價金是否須按物價指數調整，應不影響開工通知在內之契約履行，且縱認招標機關曾同意延後至110年10月31日再研議，惟系爭會議結論亦記載：「若施工廠商未依上開時間前開工，本所…將依契約第20條規定辦理解約…不發還履約保證金…將依據政府採購法第101條…第101條執行注意事項規定辦理」，申訴廠商對其主張物價調整與提請解約後招標機關可能之行為與法律效果，非無從預見，申訴廠商以此主張系爭契約終止不合法，仍非有據。

(二) 本案並未構成本法第101條第1項第12款之情形，招標機關以本款將申訴廠商刊登於政府採購公報，並非有據：

1、按「(第1項)機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由及依第103條第1項所定期間通知廠商，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，情節重大者。…(第4項)機關審酌第1項所定情節重大，應考量機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或賠償措施等情形。」為本法第101條第1項第12款及第4項所規定。可知系爭契約終止是否合法，應依法律或契約約定之終止權行使是否合法為斷，惟是否該當本法第

101條第1項應刊登政府採購公報，則需另判斷是否符合本法第101條第1項第12款所載情節重大等要件，並非該當合法終止之情形，均需刊登政府採購公報。

2、查招標機關主張本案構成情節重大，理由略以：申訴廠商以未鑑界不知圍籬設置界線為由拒絕配合，顯係無意履約，且每次會議皆要求申訴廠商儘速開工，惟申訴廠商均主張欲解約，可歸責程度重大；系爭工程至111年1月3日才重新決標，延宕1年有餘又須支付更多工程費用，且阻滯市民生活品質之提升。惟查，系爭工程於109年12月31日簽訂契約後，至110年5月3日招標機關始完成前置作業而符合通知開工之要件，其後，招標機關係至110年9月2日始通知開工。則縱認系爭契約係因可歸責於申訴廠商被終止，惟衡酌招標機關於110年5月3日後未立即通知申訴廠商開工，反依申訴人未具法律效果「提請」解約之要求多次開協調會討論，遲至110年9月2日始正式通知申訴廠商開工之事實，招標機關就時間之延宕及111年1月3日重新決標需支出更多工程費用所受損害，依現有事證尚難認招標機關因終止契約重新招標所受損害均應由申訴廠商負擔而構成情節重大，自非無再由招標機關詳予論斷之餘地。是以，招標機關擬依本法第101條第1項第12款事由將申訴廠商刊登政府採購公報，尚非有據。

四、綜上所述，招標機關依本法第101條第1項第12款規定將申訴廠商刊登政府採購公報之處分，難謂適法；原異議處理結果

續予維持，亦有未洽，應予撤銷。至兩造其餘主張，均不影響前揭判斷結果，爰不逐一論究。

五、據上論結，本件申訴為有理由，爰依本法第82條第1項前段規定，判斷如主文。

新北市政府採購申訴審議委員會主任委員	謝政達
委員	王伯儉
委員	江獻琛
委員	李永裕
委員	李滄涵
委員	林佳穎
委員	孟繁宏
委員	高銘堂
委員	張琬萍
委員	張樹萱
委員	蔡榮根
委員	謝定亞
委員	吳宗憲

中 華 民 國 1 1 1 年 8 月 8 日