

# 공공공사 입찰참가자격제한제도의 문제점 및 개선 방안

2015. 6.

김영덕, 손태홍, 김용중

■ 연구 배경 및 목적 .....	4
■ 입찰참가자격제한제도의 개요 .....	5
■ 공공공사 입찰담합과 입찰참가자격제한제도 .....	7
■ 현행 입찰참가자격제한제도의 문제점 .....	10
■ 외국의 입찰참가자격제한제도 운영 현황과 시사점 .....	21
■ 입찰참가자격제한제도의 개선 방안 .....	27
■ 결론 .....	34

한국건설산업연구원

Construction & Economy Research Institute of Korea



## 요 약

- ▶ **입찰참가자격제한제도는 지난 1970년 「예산회계법」에 처음으로 도입된 이래, 공공 사업의 부정당업자에게 행하는 행정 제재로서 지속적으로 운영되어 오고 있음.**
  - 부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한을 규정하고 있는 관련 법률로는 「국가계약법」(제27조 제1항, 3항), 「지방계약법」(제31조 제1항)과 「공공기관운영법」(제39조 제2항), 「지방공기업법」(제64조의 2) 등이 있음.
  
- ▶ **입찰참가자격제한제도를 명시한 법률 간의 연동적인 규정들로 인하여 사실상 효력의 범위가 모든 공공공사 입찰 참가를 원천적으로 배제하는 데까지 미치고 있음.**
  - 입찰참가자격 제한을 부과할 수 있는 주체는 국가의 경우 각 중앙관서의 장이며, 지방자치단체와 공기업 및 준정부기관, 지방 공기업의 경우 각각 단체의 장이 해당 처분을 부과할 수 있음.
  - 이에 따라서 입찰참가자격 제한 제재의 효력 범위를 국가, 지방자치단체, 지방 공기업, 공공기관 등에서 발주하는 모든 입찰에 대해 적용함으로써 모든 공공공사 입찰에 참여가 불가능함.
  
- ▶ **2014년부터 올해까지 집중적으로 적발된 공공공사 입찰 담합으로 인하여 대형 및 중견 건설업체의 다수가 입찰참가자격 제한을 받게 됨.**
  
- ▶ **현행 입찰참가자격 제한은 법률적인 측면의 논쟁뿐만 아니라 산업 및 경제적인 측면에서의 파급 효과 등으로 인해 지속적으로 문제 제기가 되고 있음.**
  - 현행법상 위임 입법의 한계를 위반하거나 명확성 원칙에 위배될 가능성이 있으며, 형사상 확정 판결에 의하지 않고 행정기관의 판단에 의하여 처벌을 가하는 것은 무죄 추정의 원칙에 위배된다는 측면도 있음. 또한, 다른 법령들에 의해 제재를 받고 있음에도 불구하고 다시 「국가계약법」에서 입찰참가자격 제한을 부과하는 것은 과도한 중복 제재의 우려를 낳을 수 있음.
  - 또한, 최근 건설경기가 크게 악화된 상태에서 입찰참가자격 제한은 산업 전체를 크게 위협하는 요인이 되고 있으며, 대형 및 중견 등 주요 건설업체들의 입찰 참가 배제는 공공공사의 유효 경쟁 저해라는 문제를 유발하고 있음. 국내를 넘어 해외건설 수주에까지 부정적 영향을 끼치고 있음.
  
- ▶ **따라서 입찰참가자격제한제도의 실효성 있는 제도 개선이 요구됨.**
  - 입찰참가자격제한제도의 목적이 공공공사 입찰에서 계약이행 능력을 갖추지 못한 기업들을 배제하는 것이고 입찰 담합과 관련한 처벌은 과징금 중심임을 감안할 때, 제도의 운영은 계약의 불이행 여부에 따른 제재 수단으로 활용되는 것이 바람직함.
  - 모든 공공공사 입찰에 참여할 수 없도록 하는 포괄적 과잉 규제인 입찰참가자격제한제도의 적용 범위를 제재의 사유가 되는 사업 부문에 한정하거나, 해당 발주기관의 향후 공공공사 입찰에 대해서만 입찰 자격을 제한하는 등의 탄력적 운영이 필요함.

## 1. 연구 배경 및 목적

- 입찰참가자격제한제도는 1970년 「예산회계법」에 처음으로 도입된 이래, 공공사업에 있어서 부정당업자에게 가하는 행정제재로서 지속적으로 운영되어 오고 있음.
- 현재 부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한을 규정하고 있는 법률로는 「국가계약법」, 「지방계약법」, 「공공기관운영법」, 「지방공기업법」 등이 있음.
- 이와 같은 입찰참가자격 제한을 복수의 법률에서 규정함에 따라 각각의 법에서 규정한 제재 처분들이 중복적이고 과잉적인 처벌이 아니냐는 문제가 지속적으로 대두되어 왔음.
- 특히, 입찰참가자격 제한이라는 행정처분이 기업 전체의 영업 활동을 제한하는 사실상 형사적 처벌 이상의 효과를 발생시킨다는 문제가 지속적으로 제기되었음.
- 최근 공공공사 입찰 담합이 잇달아 적발되어 주요한 건설기업들에게 막대한 규모의 과징금이 부과되었고, 「국가계약법」 등에 의한 입찰참가자격 제한 제재로 건설업계는 물론, 국민경제적으로 부정적인 영향이 예상되고 있음.
- 입찰 담합 등 위반 행위가 가지는 국민경제적인 악영향을 고려할 때, 근절을 위한 강력한 제재는 불가피함. 그러나 과도하고 처벌 목적이 뚜렷하지 않은 제재들로 인하여 건설산업, 더 나아가 국가 경제에 큰 타격을 준다면, 산업의 건전한 발전을 통한 국가 경제 성장 유도라는 경제 정책 방향에도 부합하지 않음.
- 따라서 공공공사에 있어 입찰참가자격 제한은 합리적이고 목적성을 가진 제도로의 개선이 검토되어야 할 시점임.
- 이에 본 연구에서는 현행 공공공사에 있어 입찰참가자격제한제도의 운영 현황에 대하여 살펴보고, 외국의 입찰참가자격제한제도에 대한 고찰과 분석을 통해 시사점을 도출함. 아울러 현행 입찰참가자격제한제도의 법적, 그리고 산업·경제적인 문제점들을 살펴봄으로써 입찰참가자격제한제도의 실효성을 높이는 바람직한 제도 운영 방안을 제시하고자 함.

## 2. 입찰참가자격제한제도의 개요

### (1) 입찰참가자격 제한의 법적 근거

- 부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한을 규정하고 있는 관련 법률로는 「국가계약법」(제27조 제1항과 제3항), 「지방계약법」(제31조 제1항), 「공공기관운영법」(제39조 제2항), 「지방공기업법」(제64조의 2) 등이 있음.
- 관련 법률 모두 공정한 경쟁과 적정한 계약의 집행 또는 이행 방해 여부를 입찰참가자격 제한의 판단을 위한 주요 근거로 규정하고 있음.

<표 1> 입찰참가자격 제한의 법적 근거1)

법률	주요 내용
「국가계약법」 (제27조, 제1항, 제3항)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여 2년 이내의 범위에서 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 즉시 다른 정부기관에 통보토록 하고 있음.</li> <li>• 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 제1항의 규정에 따라 입찰참가자격을 제한받은 자와 수의계약을 체결해서는 아니 된다고 명시. 단, 입찰참가자격을 제한받은 자 외에는 적합한 시공자가 존재하지 아니하는 등 부득이한 사유가 있는 경우 제외</li> </ul>
「지방계약법」 (제31조 제1항)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 지방자치단체의 장은 대통령령이 정하는 바에 따라 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여 입찰참가자격을 제한해야 한다고 명시</li> </ul>
「공공기관운영법」 (제39조 제2항)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정 기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다고 명시(※입찰참가자격의 제한 기준 등 기획재정부령에 정함)</li> </ul>
「지방공기업법」 (제64조의 2 제4항)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 공사는 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여 2년 이내의 범위에서 입찰참가자격 제한 명시(※입찰참가자격의 제한 등에 관한 사항은 대통령령으로 정함)</li> </ul>

- 입찰참가자격제한제도는 1970년 국가에서 발주한 공사의 입찰 과정에서 부정 행위를 한 자에 대한 제재 수단으로 「예산회계법」에 처음 도입된 이래로 지속적으로 제한 범위가 확대되어 왔음.
- 1983년 12월, 대법원에서 입찰참가자격 제한 조치의 처분성을 인정한 판결 이후 1995년에는 현재의 「국가계약법」으로 이전되었음.

1) 「국가계약법」, 「지방계약법」, 「공공기관운영법」, 「지방공기업법」 중 부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한 관련 조항을 참고하여 작성함.

- 특히, 1997년 8월, 현재의 공공기관 운영에 관한 법률인 「정부투자기관관리기본법」에 입찰참가자격 제한이 규정되면서 현재의 국가, 지방자치단체, 정부투자기관이 받는 입찰 전반에 걸친 제재 수단으로서 자리잡게 되었음.

## (2) 입찰참가자격제한제도의 주요 내용

### □ 입찰참가자격 제한의 주체와 사유<sup>2)</sup>

- 입찰참가자격 제한을 부과할 수 있는 주체는 국가의 경우, 각 중앙관서의 장이며 지방자치단체, 공기업 및 준정부기관, 지방 공기업의 경우 각각 단체의 장이 해당 처분을 부과할 수 있음.
- 반면에 입찰참가자격 제한의 대상은 계약 대상자 또는 입찰자, 그 대리인, 지배인, 사 용인이며, 부과 대상이 법인 기타 단체인 경우에는 그 대표자를 포함하되 당해 입찰 또는 계약에 관한 업무를 관장하지 아니한 대표자는 제외됨.
- 관련 법률과 공사 입찰유의서 등에서 규정하고 있는 입찰참가자격 제한의 주요 사유 중 입찰 담합과 관련한 항목은 다음과 같음.
  - 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 또는 「하도급거래공정화에 관한 법률」의 규정을 위반하여 공정거래위원회로부터 입찰참가자격 제한 요청이 있는 자
  - 경쟁 입찰, 계약의 체결 또는 이행 과정에서 입찰자나 계약 상대자 간에 서로 상의하여 미리 입찰 가격, 수주 물량, 계약의 내용을 협정한 자
  - 특정인의 낙찰 또는 납품 대상자 선정을 위해 담합한 자 등임.

### □ 입찰참가자격 제한의 내용 및 효력 범위

- 입찰참가자격 제한은 당해 제한 기간 동안 그 해당 기관에서 추진하는 모든 입찰에 참가할 수 없도록 해야 하고, 타 기관으로부터 부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한을 통보받거나 국가종합전자조달시스템에 게재된 자에 대해 입찰에 참가할 수 없도록 하고 있음.
- 2006년의 「국가계약법」 시행령 개정에 따라 입찰 참가 외에 계약 체결까지 제한하

2) 「국가계약법」 시행령 제76조 부정당업자의 입찰참가자격 제한

고 있으므로 낙찰자 심사 단계에서 부정당업자 제재를 받은 경우 발주기관은 부정당업자를 낙찰자로 결정할 수 없고 계약 또한 체결할 수 없으며, 수의계약 역시 원칙적으로 체결할 수 없음.

- 입찰참가자격 제한 제재의 효력 범위는 국가, 지방자치단체, 지방 공기업, 공공기관 등에서 발주하는 모든 입찰에 대해 적용되므로 부정당업자 제재를 받은 경우 모든 공공공사 입찰에 참여가 불가능함.
- 「국가계약법」 상 각 중앙관서의 부정당업자 제재를 받은 자에 대해서는 모든 입찰에 참가할 수 없도록 해야 하며, 「지방계약법」과 「공공기관운영법」에 따라 각 지방자치단체 및 지방 공기업의 장도 입찰참가자격을 제한받은 자에 대해 입찰 참가를 금지하도록 하고 있음.

### 3. 공공공사 입찰담합과 입찰참가자격제한제도

#### (1) 공공공사 입찰담합 적발 현황 및 특성

- 2014년에 적발된 공공공사 입찰담합의 규모는 18건이며, 2015년 현재 5건이 적발되었음. 이는 연평균 2~3건 정도였던 예년 수준보다 대폭 증가한 것임.
- 2011년부터 2013년까지 대형 공공공사와 관련한 입찰담합 적발 규모가 각각 3건, 4건, 2건이었던 점을 고려할 때, 2014년의 적발 규모 18건은 이례적으로 증가한 수치로 판단됨.
- 적발된 18건의 공사 발주 시기는 2009년에서 2010년까지이며 대부분의 공사들은 4대강 및 경인운하, 철도 및 지하철 등의 대형 토목사업과 폐기물처리시설과 하수처리시설 등의 환경 관련 사업들임.
- 2014년에 적발된 사업들은 대부분 설계와 시공을 일괄 발주하는 턴키방식으로 집행된 공공공사들로서 지난 1993년 이후 적발된 입찰담합 사례들에서도 확인할 수 있듯이 동일한 발주 방식을 이용한 대형 건설공사에서 대부분이 발생됨.
- 입찰 담합 유형은 최소 2개사에서 최대 21개사들이 사전 합의를 통한 입찰 참가자 및 낙찰자 선정, 들러리 입찰 참여나 공구가 분할되어 발주된 사업의 경우 공구별 낙

찰자를 사전 결정하는 등의 형태가 대부분임.

<표 2> 2014년 공공공사 입찰 담합 현황

사업명(발주 시기)	대상 업체	비고
인천도시철도 2호선(2009. 4월)	현대건설 외 20개사	턴키·대안
공촌하수처리장 및 광주전남수질복원센터 (2009. 1월/2011. 5월)	포스코건설 외 1개사	턴키
대구도시철도 3호선(2008. 12월)	삼성물산 외 11개사	턴키
경인운하사업(2009. 4~5월)	대우건설 외 11개사	턴키
부산지하철 1호선 연장~다대구간(2008. 12월)	현대건설 외 5개사	턴키
운북하수처리장 증설공사(2009. 2월)	한화건설 외 1개사	턴키
대구서부 총인처리시설(2010. 9월)	포스코건설 외 1개사	턴키
이천시 공공하수도 사업(2009. 2월)	대림산업 외 1개사	턴키
완주 폐수종말처리장 사업(2009. 5월)	코오롱위터앤에너지 외 1개사	턴키
김포시 크린센터 사업(2009. 5월)	지에스건설 외 5개사	턴키
의정부 음식물류 폐기물처리시설(2009. 5월)	서희건설 회 1개사	턴키
호남고속철도공사(2009. 9월)	삼성물산 외 27개사	턴키/최저가
광주 하수슬러지 처리시설(2009. 7월)	현대산업개발 외 2개사	턴키
고양 삼송 수질복원센터 사업(2009. 7월)	태영건설 외 1개사	턴키
낙동강 하구둑 배수문 증설공사(2009. 7월)	삼성물산 외 2개사	턴키
서울지하철 9호선 919공구(2009. 8월)	삼성물산 외 1개사	턴키
포항 영일만항 외곽시설 공사(2009. 12월)	현대건설 외 4개사	턴키
4대강 2차 사업(2009. 8월)	한진중공업 외 6개사	턴키
충주기업도시 폐수종말처리/ 목포시 환경에너지센터 사업(2009. 12월)	코오롱위터앤에너지 외 2개사	턴키
고양 바이오매스/청주 하수처리장(2009. 12월)	태영건설 외 2개사	턴키
새만금 방수제/충남도청 신도시 하수처리장 (2009. 12월, 2010. 2월)	삼성건설 외 12개사	턴키
보현산 다목적댐 사업(2010. 2월)	현대건설 외 2개사	턴키
농업용 저수지 뚝높이기 사업(2010. 10월, 2011. 2월)	한화건설 외 7개사	턴키

## (2) 공공공사 입찰담합 제재 현황

- 2014년 적발된 입찰담합 건과 관련하여 부과된 제재는 건설기업에 부과된 과징금이 8,434억원이고 업체마다 최소 6개월에서 최대 2년까지 국내 모든 공공공사에 대한 입찰참가자격 제한이 확정되거나 예정된 상황임.
- 입찰담합 제재가 진행 중에 있거나 확정 단계에 있는 4대강 1차 사업 등을 포함할 경우 과징금 규모는 약 1조 800억원에 달함.

<표 3> 2014년 공공공사 입찰담합 제재 현황

사업명(발주 시기)	처분 내용
인천도시철도 2호선(2009. 4월)	시정명령, 과징금 21개사 총 1,322억원, 부정당제재 24개월, 15개사 검찰 고발
공촌하수처리장 및 광주전남수질복원센터 (2009. 1월/2011. 5월)	시정명령, 과징금 총 121억원, 부정당제재 24개월, 2개사 및 임원 2명 검찰 고발
대구도시철도 3호선(2008. 12월)	시정명령, 과징금 401억원, 8개사 검찰고발
경인운하 사업(2009. 4~5월)	시정명령, 과징금 991억원, 9개사 및 임원 5명 검찰 고발, 부정당제재 24개월
부산지하철 1호선 연장~다대구간(2008. 12월)	시정명령, 과징금 122억원, 3개사 검찰 고발
운북하수처리장 증설공사(2009. 2월)	시정명령, 과징금 32억원, 2개사 모두 검찰 고발
대구서부 총인처리 시설(2010. 9월)	시정명령, 과징금 62억원, 2개사 및 임원 2명 검찰 고발
이천시 공공하수도 사업(2009. 2월)	시정명령, 과징금 40억원
완주 폐수종말처리장 사업(2009. 5월)	시정명령, 과징금 38억원
김포시 크린센터 사업(2009. 5월)	시정명령, 과징금 105억원, 부정당제재 24개월(LH)
의정부 음식물류 폐기물 처리시설(2009. 5월)	시정명령, 과징금 3억원
호남고속철도공사(2009. 9월)	시정명령, 과징금 4,355억원, 15개사 및 임원 7명 고발, 부정당제재 24개월
광주 하수슬러지 처리시설(2009. 7월)	시정명령, 과징금 21억원, 3개사 모두 검찰 고발, 부정당제재 24개월
고양 삼송 수질복원센터 사업(2009. 7월)	시정명령, 과징금 40억원, 2개사 모두 검찰 고발, 부정당제재 24개월
낙동강 하구둑 배수문 증설공사(2009. 7월)	시정명령, 과징금 250억원
서울지하철 9호선 919공구(2009. 8월)	시정명령, 과징금 190억원, 2개사 모두 검찰 고발
포항 영일만항 외곽시설 공사(2009. 12월)	시정명령, 과징금 251억원, 5개사 모두 검찰 고발
4대강 2차 사업(2009. 8월)	시정명령, 과징금 152억원, 7개사 모두 검찰 고발
충주기업도시 폐수종말처리/ 목포시 환경에너지센터 사업(2009. 12월)	시정명령, 과징금 30억원
고양 바이오매스/청주 하수처리장(2009. 12월)	시정명령, 과징금 75억원, 3개사 검찰고발
새만금 방수제/충남도청 신도시 하수처리장 (2009. 12월, 2010. 2월)	시정명령, 과징금 304억원
보현산 다목적댐 사업(2010. 2월)	시정명령, 과징금 102억원
농업용 저수지 독높이기 사업(2010. 10월, 2011. 2월)	시정명령, 과징금 98억원

- 상위 10개사 건설기업들의 과징금 규모는 7,500억원을 상회하고 있으며 공정거래위원회에서 부과한 전체 과징금의 70%를 차지하고 있음.<sup>3)</sup>
- 기업별로 최대 1,545억원에서 최소 74억원에 이르는 과징금이 부과되었고 이는 1개 업체 평균 750억원을 초과하는 규모임.
- 상위 10개사 건설기업들의 과징금 규모가 큰 이유는 업체들이 최소 3건에서 최대 11건에 이르는 공공공사에 참여했기 때문인데, 호남고속철도 건설공사의 경우에는 상위 10개사 중에 9개사가 참여하였음.

3) 공정거래위원회 보도자료 기준으로 리니언서(자진신고자감경제도) 등에 의해 과징금 규모가 조정될 수 있음.

<표 4> 상위 10개사 건설기업의 입찰담합에 따른 과징금 현황

업체명	과징금	관련 공사
삼성건설	1,545억원	호남고속철도 건설공사 외 8건
현대건설	1,429억원	호남고속철도 건설공사 외 10건
포스코건설	596억원	호남고속철도 건설공사 외 6건
대림산업	1,266억원	호남고속철도 건설공사 외 7건
대우건설	690억원	호남고속철도 건설공사 외 9건
GS건설	684억원	호남고속철도 건설공사 외 7건
롯데건설	245억원	호남고속철도 건설공사 외 2건(※1건은 경고 조치)
SK건설	821억원	호남고속철도 건설공사 외 7건
한화건설	74억원	운북하수처리장 증설공사 외 3건
두산건설	159억원	호남고속철도 건설공사 외 4건(※1건은 경고 조치)
계	7,509억원	

- 입찰 담합에 따른 과징금 제재를 받은 대부분의 건설기업들은 현재 진행 중인 제재와 이미 확정된 제재를 포함할 경우 2년의 입찰참가자격 제한을 받을 것으로 예상됨.
- <표 4>에서 보듯이 제재를 받은 건설기업들 대부분이 중복적으로 입찰담합에 개입되어 있기 때문에 법률에서 정하고 있는 최장 기간 동안의 공공공사 입찰참가자격 제한을 피하는 것은 불가능한 상황임.
- 4대강 사업과 관련하여 이미 조달청과 한국수자원공사가 해당 건설기업들을 대상으로 제재 처분을 부과하였고, 한국환경공단, 한국가스공사 및 지차체 등도 입찰참가자격 제한을 부과하거나 부과를 계획하고 있는 상황임. 이에 건설기업들은 부정당업자 제재 처분 취소 소송과 입찰참가자격 제한 제재의 효력 정지를 목적으로 집행정지 신청을 요청한 상태임.

## 4. 현행 입찰참가자격제한제도의 문제점

### (1) 현행법상 제재의 문제점

- 현행의 「국가계약법」, 「지방계약법」, 「공공기관운영법」, 「지방공기업법」에서는 법령에서 정하고 있는 다양한 사유에 해당할 경우 부정당업자로서 2년 이내에서 입찰참가 자격을 제한하는 규정을 두고 있음.
- 「국가계약법」 등 이들 법률에서는 다양한 사유 중 하나로서 「공정거래법」상 입찰

담합 행위로 인해 규제를 받은 사업자에 대하여 입찰 참가를 제한하고 있음.

- 「국가계약법」 등과 「공정거래법」은 규범 목적, 규율 범위, 규제 효과 측면에서 차이가 있으므로, 입찰담합과 같은 동일한 위반 행위에 대하여 각 법률마다 별도의 제재가 이루어진다고 하더라도 그 자체가 문제되기는 어려움.
- 그러나 규제 대상 측면, 즉 입찰참가자격 제한을 받는 건설기업의 입장에서는 각 법률에 따른 제재 효과가 동시에 일시적으로 귀속됨으로 인하여 중복적이고 과도한 제재로서 법 위반에 따른 제재를 감당할 수 있는 한계를 넘어서게 될 우려가 있음.
- 이로 인해 사업자 스스로 입찰담합 유인에 대한 억제력 및 법규 준수에 대한 동기를 상실할 가능성이 있으므로 오히려 규제의 실효성을 약화시키는 결과를 낳을 수 있음.
- 따라서 개별 법률의 제재 목적 및 적절한 수단, 그리고 이에 따른 효과 등을 고려하여 각 법률간 균형을 유지함으로써 실효적이고 합리적인 규제가 되도록 해야 함.
  - 다수 법률에 의한 중첩적 규제에도 불구하고 위반 행위에 대한 제재의 실효성이 확보되지 않는다면 현행 규제 체계의 개선과 함께 구조적 측면에서 문제점을 파악해볼 필요가 있음.
- 현행 부정당업자의 입찰참가자격제한제도에는 사업자가 받게 되는 제재 효과에 비해 지나치게 많은 제재 사유들이 규정되어 있으며, 입찰 담합이나 뇌물 공여, 사기 등의 경우 「공정거래법」이나 「형법」 등 기타 법령에 따른 제재가 가능함에 따라 중복에 따른 과잉 제재가 이루어질 수 있다는 문제점들이 제기되고 있음.
- 최근 다수의 공공사업에서 입찰 담합 등이 위반 행위가 적발된 경우, 발주기관으로부터 주요 건설기업들이 입찰참가자격 제한 처분을 받게 됨에 따라 장기간 공공사업에 대한 입찰 배제가 불가피한 상황임.
  - 이는 해당 건설기업의 일시적 폐업 상태를 초래하는 등 공공 건설시장에서의 경쟁력 있는 입찰 참가 사업자 수의 감소에 따른 경쟁 감소 효과를 초래할 우려가 있음.<sup>4)</sup>

4) 이호영, “건설 입찰담합 특별 조치 방안 검토”, 건설공사 입찰담합 근절 및 경영위기 극복 방안 토론회 발표 자료, 한국건설경영협회, 2014.

## (2) 현행 제도의 법적 쟁점

### □ 입찰참가자격제한제도의 위헌성 여부

- 현행 「국가계약법」 제27조 제1항은 동법 시행령에 부정당업자의 입찰참가자격에 관한 사항을 위임하고 있는데, 이와 관련하여 현행법상 위임 입법의 한계를 위반하거나 명확성 원칙에 위배될 가능성이 있음.
- 「국가계약법」 제27조 제1항 제1문에서는 “경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 자”라고 규정하고 있으며, 이 중 특히 “그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 자”의 경우 그 의미의 범위가 너무 넓어 위임 입법의 구체성, 명확성 측면에서 다소 문제될 소지가 있음.<sup>5)</sup>
- 입찰참가자격 제한 사유 중 일부에 대하여 형사상 확정 판결에 의하지 않고 행정기관의 판단에 의하여 범죄 행위가 있는 것으로 인정하여 처벌을 가하는 것은 무죄추정의 원칙에 위배될 가능성이 있음.
- 입찰참가자격 제한이 조달 계약에서의 공정성과 공익 확보라는 행정법적 성격 측면에서 중요하게 고려되어야 할 것이나, 한편으로는 사업자들에 대한 제재 조치로서 형사법적 성격이 강하게 나타나는 만큼 무죄추정원칙에 위배될 가능성이 적지는 않음.
- 행정기관이 입찰참가자격 제한 조치를 부과하는 과정에서 처분 사유와 관련된 사실 관계 및 법률관계에 대한 충분한 입증은 무죄추정원칙의 위반 가능성 측면에서도 중요하게 고려될 필요성이 있음.
- 국가 계약은 국가와 사인 간의 사적인 계약 행위, 즉 국고작용에 해당하므로 국가와 계약 상대방인 사인은 대등한 계약 관계의 지위에 놓이게 되며, 계약 상대방의 계약 위반이나 불법 행위에 의한 분쟁의 해결은 민사상 절차를 통해서만 이루어질 수 있는 것으로 보고 있음.
- 따라서 「국가계약법」상 입찰참가자격제한제도를 통해 국가에게 행정상의 제재처분 권한까지 주는 것은 지나치게 우월적 지위를 부여해 부당하게 국가를 보호하고 계약

5) 위헌 소지에 대해 부정적인 견해의 경우에도 해당 법문은 입법론적으로 해결될 필요성이 있는 것으로 보고 있음(박정훈, “부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제문제”, 서울대학교 법학 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005, p.294).

상대방인 기업과 차별적 대우를 함으로써 헌법상 평등의 원칙에 위배될 소지가 있음.

- 「국가계약법」 제27조 제1항 제1문에서는 “입찰참가자격을 제한하여야 하며”라고 하여 제한 여부에 대해서는 기속행위로 규정하고 있음. 한편, 「공공기관운영법」 제39조 제2항에서는 “입찰참가자격을 제한할 수 있다”고 하여 재량행위로 규정하고 있음.
- 행정기관은 개별 사안에서 구체적 사실을 고려하여 비례 원칙이나 평등의 원칙에 위배됨 없이 재량행위를 할 수 있다는 점에서 현행 「국가계약법」상 입찰참가자격 제한 부과에 대한 기속행위 규정은 비례의 원칙에 위배될 소지가 있음.
  - 다시 말해 개별 제한 사유에 대한 구체적 판단이나 고려 없이 의무적으로 입찰참가자격을 제한하도록 하는 것은 사안별 제재 사유의 정도에 따라 비례적으로 제재 조치를 해야 함에도 불구하고 획일적 처분을 할 수밖에 없다는 점에서 문제의 소지가 있을 수 있음.
- 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항 단서 조항에서는 “다만, 계약 상대자 등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 입찰참가자격의 제한 사유가 발생한 경우로서 계약 상대자 등이 그 행위를 방지하기 위해 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다”고 하여 입찰참가자격 제한 처분의 경우에도 행위책임의 원칙이 적용된다는 점을 명확히 함.
  - 헌법재판소는 종업원이 업무와 관련해 불법행위를 했을 경우 영업주와 법인도 함께 처벌하도록 되어 있는 양벌규정에 대해 영업주와 법인이 종업원의 불법행위에 대해 어떤 책임이 있는지 묻지 않고 곧바로 형벌을 부과하는 것은 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의 원칙에 반하므로 헌법에 위반된다는 결정을 내려 옴.<sup>6)</sup>
- 그러나 「국가계약법」에 따른 입찰참가자격 제한의 경우 그 제재 사유가 발생하기만 하면 계약 상대자인 영업주나 법인의 주의 의무 위반에 대한 면밀한 검토 없이 획일적인 제재 처분이 이루어지고 있는 것이 현실임.
- 기업의 입장에서 이러한 제재 처분은 형사벌보다 더욱 강력한 처벌에 해당할 수 있으

6) 헌법재판소 2007. 11. 29. 자 2005헌가10 결정에서 처음으로 양벌 규정에 대한 헌법재판소 결정이 내려진 이후 70여 개 법률이 법인 또는 영업주가 관리감독 의무를 다한 사실이 명백한 경우 법인에 대한 형사 책임을 면제하도록 법 개정이 이루어졌음.

므로, 앞서 헌법재판소의 위헌 결정의 취지가 입찰참가자격 제한과 같은 제재적 행정 처분에도 반영될 필요가 있음.

- 이에 따라 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인 등의 범법행위로 인한 입찰참가자격 제한 사유의 발생과 관련해 기업이 주의 의무를 다해 잘못이 없는 경우 입찰참가자격 제한 처분의 부과가 이루어지지 않도록 법 집행에 주의를 기울일 필요가 있음.<sup>7)</sup>

## □ 입찰참가자격제한제도의 법체계상 문제점

- 현행 「국가계약법」에 따른 입찰참가자격 제한 사유들 중 일부는 이미 다른 법령들에 의해 제재를 받고 있음에도 불구하고, 다시 「국가계약법」에서 입찰참가자격을 제한하는 것은 과도한 중복 제재의 우려를 낳을 수 있음.
- 구체적으로 입찰 담합, 서류의 위조·변조 및 부정 행사, 뇌물 공여, 사기, 타 법령 위반 행위들의 경우 「공정거래법」, 「하도급법」, 「형법」, 「건설산업기본법」, 「산업안전보건법」 등에 이미 제재 수단들이 마련되어 있음에도 불구하고 입찰참가자격 제한이 부과됨으로써 중복 제재를 받게 될 수 있음.<sup>8)</sup>
- 이에 대하여 각 법령의 규제 목적, 적용 범위 및 규제 효과가 다르다는 점에서 중복 제재에 해당한다고 보기 어려울 수도 있겠음.
- 그러나 가령 「국가계약법」 시행령 제76조 제1항 제2호에서 「건설산업기본법」 상 하도급의 제한 규정을 위반하여 하도급한 자에 대해 입찰참가자격을 제한하고 있고, 동시에 「건설산업기본법」 제82조 제2항에서도 이에 대해 영업정지나 과징금을 부과할 수 있는 경우 등을 살펴보면, 동일한 사유에 대해 제재의 성격 및 효과에 사실상 차이가 없는 동일한 행정제재를 가하는 것이므로 이러한 규제 체계에 대한 재검토가 필요한 것으로 볼 수 있음.<sup>9)</sup>
- 「국가계약법」 및 「지방계약법」, 그리고 각 시행령에서는 입찰참가자격 제한을 부과할 수 있는 다수의 사유들을 열거하고 있으나, 입찰참가자격제한제도가 ‘국가계약상 경쟁의 공정성이나 계약의 적정한 이행’을 확보하기 위한 취지임을 고려할 때 제도의

7) 정원·류남옥, 『주석서 : 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』, 로앤비 온주, 2014, para. p.27.

8) 두성규, “현행 부정당업자제제도의 문제점 및 개선 방안”, 이슈포커스, 한국건설산업연구원, 2013, pp.17~19.

9) 이동수, “국가계약법상 부정당업자에 대한 제재”, 사회과학논총 제3권, 대구가톨릭대학교 사회과학연구소, 2004, p.28.

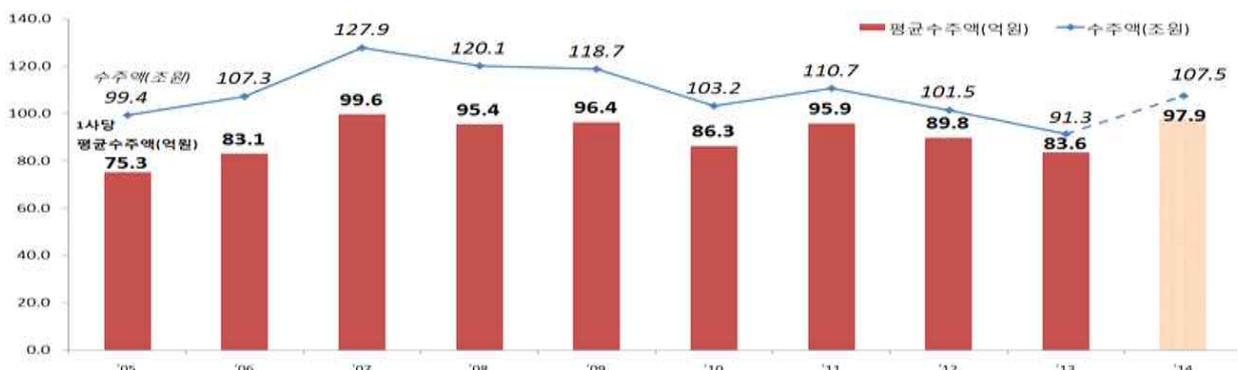
취지와 관련성을 인정하기 어려운 사유들이 다수 규정되어 있음.<sup>10)</sup> 뿐만 아니라, 당사자 간의 계약 위반으로 다른 사적 구제 수단에 의해 해결될 수 있는 사안에 대해서 까지도 국가가 과도하게 개입할 수 있는 근거가 될 수 있다는 점에서 문제점이 있음.

- 「국가계약법」, 「지방계약법」, 「공공기관운영법」 및 「지방공기업법」이 사실상 동일한 내용을 규정하나 다른 법률을 준용하면서 서로 다른 법률에 따라 입찰참가자격 제한을 받은 경우에도 적용함으로써 지나치게 광범위한 제한 효과를 발생시킴.<sup>11)</sup>
- 「국가계약법」 및 「지방계약법」에서는 과징금 규정에 따라 입찰참가자격 제한에 갈음하여 일정 금액 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있음. 이에 따라 시행령에서는 입찰 담합이나 일부 사유들의 경우 과징금 부과 대상에서 제외하고 있으나, 과징금 부과 대상의 기준이 되는 “부정당업자의 책임이 경미한 경우”가 이러한 제외 사유들에 있어서도 충분히 발생할 수 있는 만큼 이에 대한 고려 없이 법문에서 제외하는 것은 타당하지 않음.

### (3) 산업 및 경제적인 측면의 문제점

- 최근 건설경기는 지속적으로 악화되고 있는 상황으로 지난해 주택경기가 다소 회복됨에 따라 수주가 다소 개선되기는 했으나, 여전히 장기 침체 상태에 빠져 있음.

<그림 1> 종합건설업체의 국내 건설 수주액 및 기업당 평균 수주액



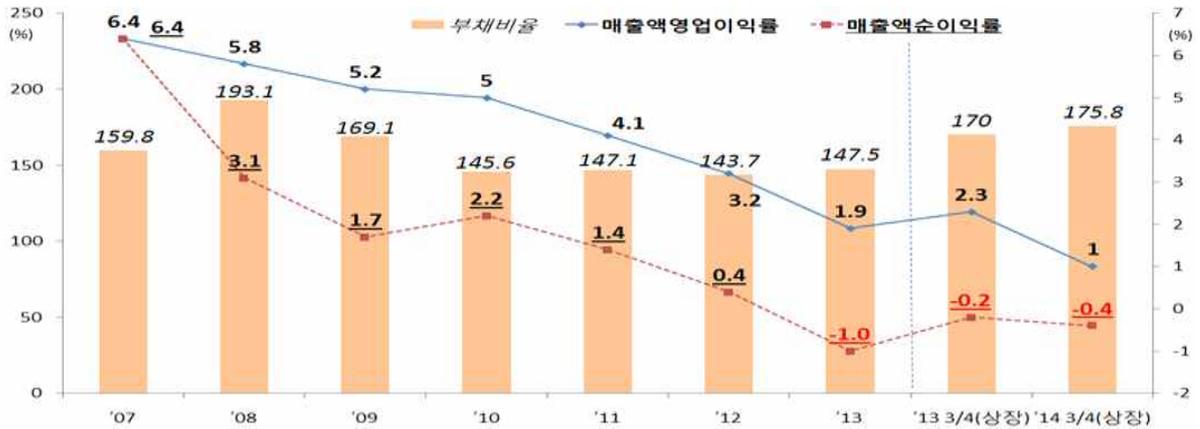
자료 : 대한건설협회, 주요 건설통계(2015).

10) 두성규(2013), pp.21~22.

11) 신현윤·이호영·홍명수·신영수, “국내 건설업계의 입찰담합 근절 및 경영위기 극복을 위한 제도적 해결 방안에 관한 연구”, 연구용역보고서, 한국건설경영협회, 2014, p.209.

- 이에 따라 건설기업들의 경영 여건은 지속적으로 악화되고 있으며, 이익률의 저하가 뚜렷한 상황임. 국내 상장 건설기업들의 매출액 영업이익률은 1%대까지 떨어졌으며, 순이익률은 마이너스를 기록하고 있음.

<그림 2> 상장 건설기업의 이익률 추이



자료 : 대한건설협회, 주요 건설통계(2015).

- 이러한 가운데 최근 잇달아 발생한 공공공사 입찰담합으로 과징금 등 제재를 받고 있는 건설기업들의 경영 여건은 악화되어 있는 상태이고, 과징금이 실제로 부과되면 다수 업체들의 재무구조가 크게 악화될 전망이다.
- 2013년 말 기준으로 과징금 처분을 받은 59개사의 총 영업이익은 561억원, 총 당기순이익은 △4조 936억원임.
- 따라서 2014년 과징금 규모 8,000여억원은 영업이익의 14배 수준임.

<표 5> 입찰담합 제재를 받은 59개사의 경영 실적 현황(2013년 말 기준)

구분		업체 수	금액
영업이익	손실	21개사	△3조 3,669억원
	이익	38개사	3조 4,230억원
	합	59개사	561억원
당기순이익	손실	32개사	△5조 9,417억원
	이익	27개사	1조 8,481억원
	합	59개사	△4조 936억원

- 이러한 상황에서 입찰 담합에 대한 제재로 모든 공공공사에 최장 2년 간의 입찰 참가가 불가능할 경우 기업 경영상 심각한 어려움에 직면하게 될 것임.
- 해외 매출이 없거나 비중이 낮은 중견 건설기업들의 경우, 부동산 경기의 장기 침체

로 민간 주택 경기가 위축된 상태에서 공공공사에 대한 의존도가 높기 때문에 경영의 심각한 악화가 우려되는 상황임.

- 특히, 대보건설, 한양, 한신공영 등 다수 업체는 공공공사 비중이 높은 상황임.
- 입찰참가자격 제한의 제재 사유별로 보면, 입찰 담합으로 인한 제재가 대상 업체 수와 제재 기간 면에서 가장 큰 사유를 차지하고 있는 상황임.
- 부정당 행위로 인하여 입찰참가자격제한제도를 받고 있는 업체들의 제재 사유가 대부분 입찰담합에 의한 것임. 2014년도에 대형 건설공사와 관련하여 부정당업자로 제재를 받은 114개사 가운데 89개사가 입찰 담합에 의하여 제재를 받음.
- 제재 기간에 있어서도 입찰 담합에 따른 제재의 경우 평균 13.1개월로서 뇌물, 안전 사고 등 다른 사유에 의한 제재의 평균 기간이 5개월 내외인 점을 고려할 때, 제재 기간이 길다고 할 수 있음.

#### □ 주요 국책 건설공사의 차질 우려 및 시장 내 유효 경쟁 저해

- 공공공사의 입찰참가자격 제한은 주요 공공공사 추진에 있어 차질을 빚게 할 가능성이 높음. 다수의 대형 업체들이 입찰참가 제한에 대한 취소 소송에서 패소해 2015년 하반기부터 2018년 상반기까지 입찰참가 제한을 받게 될 것으로 예상됨.
- 이렇게 동시에 입찰 담합에 따른 제재가 진행될 경우, 국가 등에서 발주하는 주요한 대형 국책 건설사업들의 발주에 차질이 우려되는 상황임.
- 실제로 울산신항, 광천항 등 항만, 대청댐 계통 광역상수도사업 등 댐, 도담~영천과 이천~충주 복선 철도, 장항선 등 철도, 그리고 북암리 교량 개설 공사 등 2015년 상반기 발주 예상 공사에 시공 실적 및 공사 규모 등을 감안할 때, 입찰 참가 가능 업체는 1~3개 내외에 불과한 상황임.
- 특히, 2014년에 발주된 주요 고속도로 건설공사 입찰에서 PQ 심사를 통과한 업체 38개사 가운데 37개사가 제재 처분을 받았으며, 교량 공사의 입찰에서 PQ 심사를 통과한 32개사 중 31개사가 제재 처분을 받았음을 고려하면, 실제로 입찰에 참여가 가능한 건설기업은 2개사 이내에 그칠 것으로 예상됨.

- 실제로 2014년에 발주된 주요 대형 공공공사에 있어 입찰에 따른 수익계약 등 입찰 및 계약 방식 변경이 이루어진 사례가 다수 발생하였음.
- 공공공사의 수익성 저하로 인하여 입찰 참가에 대한 유인이 발생하지 않은 상황에서 입찰 담합으로 인한 과징금, 입찰참가자격 제한 등 각종 제재는 공공공사를 기피하도록 하고 있음.
- 공공공사를 수행할 수 있는 기술력과 품질을 갖춘 건설기업들이 입찰 과정에서 원천적으로 배제되는 것은 국민 및 국가의 경제적 후생의 손실을 유발한다고 볼 수 있음.

<표 6> 유찰 후 재공고 수익계약 진행 사례

공사명	입찰 방법	발주처	공사금액	입찰 진행 상황
부산도시철도 사상~하단선 1공구 건설공사	턴키	조달청(부산교통공사)	951억원	3차 유찰
정부통합 전산센터(공주) 신축공사	턴키	조달청(안행부)	989억원	2차 유찰
고양 삼송 수질복원센터	턴키	LH공사	416억원	2차 유찰, 3차 공고 진행
제2여객터미널 골조 및 외장공사	실시설계 기술제안	인천국제공항공사	5,682억원	단독 응찰로 2차 유찰 후 수익계약
서울 가좌 행복주택 건설공사 1공구	실시설계 기술제안	LH공사	532억원	단독 응찰로 2차 유찰 후 수익계약
T2 전면 시설 골조 및 마감 공사	실시설계 기술제안	인천국제공항공사	1,176억원	단독 응찰로 2차 유찰 후 최저가 발주
원주~강릉 철도건설 강릉차량기지 건설공사	턴키	철도시설공단	1,936억원	2차 유찰
하남선(상일~검단선) 복선전철 5공구 건설공사	턴키	조달청(경기도)	1,590억원	재공고 진행 중
진접선(당고개~진접) 복선전철 2공구	턴키	철도시설공단	1,243억원	2차 유찰 후 입찰 방법 변경
NH농협 전북통합본부 건설공사	턴키	LH공사	388억원	1개사 등록으로 유찰

□ 해외 건설사업 추진의 애로 사항으로 작용

- 공공공사 입찰담합으로 제재를 받은 건설기업들이 2013년까지 해외에서 수주한 총 누계액은 4,146억 달러로서 2013년의 우리나라 전체 해외건설 수주 누계액인 6,012억 달러의 70%를 차지하고 있는 상황임.
- 해외 건설시장에서의 수주 경쟁은 실질적으로 국가 간의 경쟁으로 한국 건설기업들의 입찰 담합에 따른 제재는 해외건설 수주에 있어 입찰에 참여하는 타 국가들에 의해 입찰 참여에 대한 결격 사유로 악용될 소지가 있음.
- 경쟁이 치열해지고 있는 해외 건설시장에서 국내에서의 입찰참가자격 제한은 수주

경쟁력을 저하시키는 요인이 될 수 있음.

- 최근 있었던 UAE 원전사업과 관련해 UAE원자력공사에서 4대강 사업 입찰 담합에 대한 사실 및 확정 여부에 대한 소명을 요청해 오는 등 영향이 있는 상황임.

<표 7> 주요 입찰담합 제재 기업의 해외건설 수주 실적 현황

순위	업체명	2011년 이전	2011년	2012년	2013년	2014년	총누계(억 달러)
1	현대건설	783	47	105	109	110	1,154
2	삼성물산	193	46	38	135	65	477
3	대우건설	356	51	38	50	35	530
4	대림산업	227	59	23	39	24	372
5	포스코건설	73	69	44	18	24	228
6	GS건설	287	42	45	53	59	486
7	SK건설	183	37	26	48	67	361
8	두산중공업	237	2	18	8	21	286
9	동아건설산업	169	0	1	0	0	170
10	한화건설	20	18	84	8	9	139
11	쌍용건설	80	7	5	1	4	97
12	한진중공업	71	2	0	0	0	73
13	경남기업	60	6	2	2	1	71
14	현대엠코	26	5	4	8	96	139
15	롯데건설	29	7	4	2	3	45
16	한양	36	0	0	0	0	36
계		2,830	398	437	481	518	4,664

자료 : 해외건설협회, 해외건설종합정보서비스.

- 노르웨이 오슬로 터널사업 발주처가 4대강 사업 입찰담합에 대한 공정위 처분과 검찰 기소에 대해 서울고등법원의 심리가 진행 중인 사실과 관련, 해명 자료들을 요청해 왔으며, 검토 후 한국 업체가 참여한 컨소시엄의 입찰참가자격 탈락 여부를 결정하겠다고 통보(2014. 4)
- 브루나이 교량사업 발주처는 입찰에 참가한 한국 업체들에게 4대강 사업 입찰담합 건으로 PQ를 탈락시키겠다는 구두 통보를 해 옴(2013. 11).
- 12조원 규모의 쿠웨이트 신규 정유시설 건설사업에서 현대, 대림, GS, SK가 4개 패키지에 대해 계약의향서(LOI)를 접수했으나(2008년), 제재 처분이 대법원에서 확정될 경우 쿠웨이트 정부의 한국 기업에 대한 사업 참여 배제가 우려됨.
- 알제리(278억 달러), 모로코(90억 달러), 파라과이(20억 달러) 등에서 추진하는 대형 물사업의 수주 차질 우려
- 말레이시아-싱가포르 고속철도사업(100억 달러), 인도 고속철도사업(800억 달러), 브라질 고속철도사업(200억 달러) 수주 차질 우려
- 싱가포르 육상교통청(LTA : Land Transport Authority)이 발주한 지하철 공사에서, 해외 금융기관으로부터 보증서(bond)를 발급받을 때 한국 업체의 담합 과징금 납부로 인한 손실이 재무제표에 반영되는 결과 보증서 발급에 차질이 우려되니 해당 업체의 그룹 차원에서 모회사의 보증을 요구하였으나 현실적인 문제로 거부하였음. 이에 육상교통청에서는 차선택으로 계약금액 만큼 보증서(bond)를 제출하라고 요구하여 제출

- 특히, 입찰참가자격 제한이 확정되면, 해외 건설공사 수주에 있어 입찰 참가의 결격 사유로 작용할 가능성이 커 불이익이 불가피한 상황에 있음.

## □ 공공공사 입찰참가자격 제한의 실효성 문제

- 입찰참가자격제한제도는 1970년 도입된 이래, 40여 년 동안 운영되어 왔음. 정부 조달에 있어 부정한 계약자들이 입찰에 참가하지 못하도록 하는 행정제재 제도로서 이용되어 왔으나 그 제도의 실효성에 대한 문제 제기가 지속되고 있음.
- 부정당업자에 대한 제재 수단으로서 활용되어 제재의 수위가 지속적으로 높아져 산업 전체에 미치는 과급 영향이 매우 크다는 점에서 제재가 실제로 집행되는 과정에서 불필요한 논쟁과 부작용을 유발하여 왔음.
- 공사 입찰담합 등으로 인하여 과징금 재재 처분과 입찰참가자격 제한 처분을 받게 되면서 지속적인 영업 활동 유지를 위하여 대부분의 건설기업들이 취소 소송을 진행하고 있음. 이는 공공공사의 원천적인 배제에 따른 건설기업들의 불가피한 대응책이라고도 볼 수 있음.
  - 41개 사업, 64개 건설기업들이 214건의 과징금 처분 취소 소송을 진행 중에 있으며, 53개 사업, 41개 업체가 226건의 입찰참가자격 제한 취소 소송을 제기하고 있는 상황이며, 효력정지 가처분 소송을 동시에 진행하고 있음.
  - 이는 불필요한 사회적 비용을 증대시키고 있으며, 건설업체 입장에서는 소송에 들어가는 비용으로 인하여 과징금과 더불어 이중고를 겪고 있는 상황임.
- 또한, 입찰참가자격 제한은 과징금 혹은 영업정지, 벌금 등 처벌에 의하여 제재가 이루어지는 상황 하에서 추가적으로 부여되는 제재로서 당초 행정 제재와 형사 처벌의 취지를 무색케 하는 조치임. 결국, 제재만 중복적으로 남발한다는 측면에서 근본적으로 동일한 사안의 재발을 막고자 하는 제도의 실효성도 크게 떨어질 수 있음.
- 이와 함께 입찰참가자격 제한의 효력 범위가 국내에 한정되지 않고, 해외에서의 영업 활동에까지 영향을 미친다는 점과 공공공사의 원천적인 배제로 인해 공공공사의 비중이 절대적으로 높고, 수행하는 사업 부문, 즉 공종이 다양한 건설업체들이 단 한 건의

위반 행위로 인하여 경영 위기에 봉착할 수 있다는 것은 제도 도입의 취지상 의도하지 않은 또 다른 부작용을 낳고 있다고 볼 수 있음.

## □ 건설산업 위축에 따른 국민경제의 부정적 영향

- 건설산업은 일자리 창출 및 경제 활성화에 그 파급영향이 큰 산업으로서 최근 우리 경제는 어려운 여건에 빠져 있는 가운데, 지속적인 건설경기 위축은 새로운 수요 창출과 경기 부양에 악영향을 미칠 것임.
- 현재의 건설산업은 ‘수익성 악화 → 경쟁법 위반 → 과징금 → 소송비용 증대 → 입찰제한 → 해외 인지도 저하 → 수익성 악화’로 이어지는 악순환(negative feedback)으로 인하여 더욱 어려운 상황에 직면함.
- 입찰참가자격 제한으로 대형 및 중견 건설기업의 전체적인 영업 활동이 심각하게 위축되면 하도급, 자재·장비업체 등 건설업계 전체에 타격이 불가피함. 또한, 건설현장에 참여하는 건설 근로자의 생존권까지 위협하게 됨에 따라서 최근 다소 회복 기미를 보이는 국가 경제에 악영향을 끼칠 가능성이 높음.
- 대형 공공 건설사업의 입찰이 원활하지 않을 경우, 당초 계획한 건설 사업이 지연됨에 따른 국가 경제적 손실과 국민 편익의 감소가 발생할 가능성이 큼.

## 5. 외국의 입찰참가자격제한제도 운영 현황과 시사점

### (1) 각 국의 입찰참가자격제한제도<sup>12)</sup>

#### □ 미국

- 미국에서 입찰참가 제한을 명시한 법률은 민간 및 군사 부문을 포괄하는 행정 입법인 「연방조달규칙」(FAR)임.
- FAR에서 부정당업자를 결정하는 중요한 이유로 계약 상대방의 계약이행 능력을 기준으로 삼고 있음.

12) 한국형사정책연구원, “공공공사 입찰담합 제재의 중복 문제 개선 및 실효성 확보 방안 연구”(2014)에서 입찰참가자격 제한 관련 제도들을 재정리하였음.

- 이에 따라 계약이행 능력이 없는 기업의 경우, 일정한 범위에서 발주 등을 금지하는 부정당업자제재제도를 운영함.
- FAR에서 규정하는 입찰참가 제한은 발주 금지와 임시적 발주 제한이 있는데, 임시적 발주 제한이란 조사와 후속 법적 절차 진행 기간으로 효력이 제한되는 경우를 말함.
- FAR 9.4에서 부정당업자의 제재로서 발주 금지(debarment)를 명시하고 있는데 발주 금지의 유형은 법률적 발주 금지, 행정적 발주 금지로 나누어짐.
  - 법률적 발주 금지란 근로자 보호, 환경 보호, 부패 방지, 불법 취업 방지 등에 관한 민·형사상의 법률 위반으로 평가되는 경우를 말하며, 2항에서 입찰서 제출과 관련된 연방 혹은 주의 반독점법 위반 행위를 명시하고 있음.
  - 행정적 발주 금지란 이민과 국적에 관한 법률상 고용 규정을 위반하였다는 점을 국토안보부 혹은 법무부 장관이 인정한 경우, 계약 이행이 불이행된 경우, 현행 계약이행 능력의 신뢰성에 영향을 줄 만큼 심각하거나 중대한 사유가 인정되는 계약업체 또는 하도급업체의 경우를 말함.
- 발주 금지 기간은 최장 3년으로 되어 있으며, 발주 금지 담당 공무원에게는 발주 금지의 부과 여부 및 기간 등에 대해 재량권을 부여하고 있음.
- 재량권의 범위에는 내부 통제 시스템 및 윤리교육 프로그램 시행 여부, 문제 개선 의지 및 노력, 행위자에 대한 적절한 조치 등이 있음.
- 결국, 미국에 있어 입찰참가자격 제한은 제재 목적이 아닌 계약이행 능력, 즉 국가 공공 조달 행사의 공익이 우선되고 있기 때문에 제재를 위해서는 충분한 증거 제시를 우선시하고 있다고 볼 수 있음.

## □ EU

- EU에서 회원국들의 입찰 참가를 배제하는 규정을 명시한 규정은 「일반공공조달지침」(2014) 제57조임.
- 이 지침에서는 입찰참가자격 제한의 대상을 범죄 단체 가입, 뇌물 수수, 사기, 테러 범

죄 또는 테러 활동과 관련된 범죄, 돈세탁 또는 테러 지원, 아동 노동 및 기타 인신매매 등의 사유로 유죄 판결을 받는 경우와 함께 공공 발주자들이 입찰 참가 배제를 할 수 있는 경우를 명시하고 있음.

- 공공 발주자의 입찰 참가 배제 가능 사유에는 사업자가 신뢰에 의심을 가게 하는 중대한 잘못 혹은 다른 사업자와의 경쟁을 왜곡할 목적으로 합의했다는 점에 대해 충분히 설득력 있는 근거를 가질 경우로 한정하고 있음.
- 「일반공공조달지침」에 의거하여 공공 발주자는 입찰 참가 배제 사유 발생시 재량에 따라 입찰 참가를 배제하거나 EU 회원국에게 입찰 참가 배제를 요구할 수 있음.
- 공공 발주자의 입찰 배제에 대해 사업자는 항변권을 가지고 있는데, 해당 배제 사유의 존재에도 불구하고 자신의 신용을 입증하는 데에 충분한 증거를 제출할 경우 입찰에서 배제되지 않음.
- 또한, 범죄 및 위반 행위로 야기된 피해에 대해 배상을 하였거나 배상을 약속하거나, 수사기관에 대한 적극적인 소명, 타 범죄 혹은 위반 행위에 대한 조치(기술적, 조직적, 인적 조치 등) 등이 있을 경우에도 입찰 참가가 배제됨.
- 이상의 내용으로 볼 때, EU는 사업자의 중대한 범죄 혹은 신뢰 의심 행위에 대하여 입찰 참가를 배제하고 있지만, 입찰 배제가 미치는 영향을 감안하여 사업자의 항변권과 충분한 대응 조치를 보장하는 등 입찰 배제를 감면하기 위한 제도를 두고 있음.

## □ 영국

- 영국에서는 「공공계약규정」(The Public Contracts Regulations, 2006)에 입찰참가자격 제한을 명시하고 있음.
- 입찰참가자격 제한의 사유는 크게 절대적 배제 사유와 상대적 배제 사유로 구분됨.

<표 8> 영국의 입찰참가자격 제한 사유

절대적 배제 사유	상대적 배제 사유
<ul style="list-style-type: none"> <li>- 범죄 조직 가담과 관련한 공모</li> <li>- 부패</li> <li>- 뇌물 수수</li> <li>- EU의 금융 이익에 영향을 미치는 사기</li> <li>- 돈세탁</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 파산명령, 폐업명령 등을 받은 경우 등</li> <li>- 자신의 사업 혹은 영업과 관련하여 범죄 행위를 한 경우</li> <li>- 자신의 사업 혹은 영업 중에 심각한 위법 행위를 한 경우</li> <li>- 사회보장세 지불 의무 또는 조세 납부 의무 불이행</li> <li>- 허위의 진술 또는 정보를 제공한 경우 등</li> </ul>

- 그러나 절대적 사유라 할지라도 발주기관이 특정 입찰자가 해당 범죄 행위로 유죄 판결을 받은 사실을 ‘실제로 인지’한 경우에 한하여 배제하고 있음.
- 영국에 있어서 위의 <표 8>에 의한 상대적, 그리고 절대적 배제 사유는 경제적·재무적 상태 및 기술적·직업적 능력 등과 함께 입찰 참가 후보자 선정 기준의 하나에 불과하다고 볼 수 있음.
- 또한, 「공공계약규정」 제23조 제2항과 「EU공공조달지침」 제45조 제1항에 의거하여 일반 이익을 우선할 필요가 있는 경우와 같이 예외적인 상황에서는 입찰 참가 배제 사유가 존재한다고 하더라도 입찰 참가를 허용할 수 있도록 규정하고 있음.
- 결국, 영국에 있어 입찰참가자격제한제도가 매우 제한적으로, 그리고 탄력적으로 운영되고 있다고 볼 수 있음.

## □ 독일

- 독일은 입찰참가자격 제한을 규정하는 연방법이 존재하지 않으며, 다만, 「건설발주계약 규정」(VOB) 제16조 제1항에 해당 입찰에서 담합을 한 경우에 한하여 해당 입찰에 대해 필요적 입찰 배제 사유로 규정하고 있고, 임의적 입찰 배제 사유의 하나로 ‘입찰자의 신뢰성에 의문이 가게 하는 중대한 과오가 입증된 경우’를 명시하고 있음.
- 반면, 독일 연방주들은 다양한 방식으로 일명 부패 기업 리스트인 ‘부패기업등록부’ 제도를 실시하여 공공 건설공사 입찰에서 입찰 참가를 제한하고 있음.
- 입찰참가자격 제한 사유는 각 연방주에 따라서 다르게 규정하고 있음.
  - 헤센주의 경우, 발주 절차와 관련하여 담합 행위 등 경쟁제한금지법을 위반한 행위를 한 기업에 대해 6개월 이상(상한 없음) 주의 모든 지방자치단체와 공기업이 발주하는 조달 계약에서 참가를 배제하고 있음.
  - 브레멘, 베를린 등의 주에서는 1회 위반에 대해 2년, 반복 행위에 대해 4년 동안 입찰 참가를 배제함.
  - 또한, 최근 베를린주, NRW(노스트라인 베스트팔렌)주, 함부르크주 등은 법률로서 입

찰 참가 배제 제도를 입법화하였음.

- 배제 결정이 된 기업은 기업의 신뢰성이 회복되면 사후에 당해 기업의 신청에 따라 참가 배제를 해제하고 ‘재허가’할 수 있도록 하고 있음.
- 이상의 내용을 볼 때, 독일에 있어서는 연방 차원에서는 입찰참가자격제한제도가 없고, 일부 연방주에서 자체적으로 주 내 공공기관 및 공기업 발주 공사에 있어 입찰참가자격 제한을 하고 있으며, 기업의 신뢰 회복 노력에 따라 입찰 배제를 해제하고 있음.

## □ 프랑스

- 프랑스는 다른 나라와 달리 입찰참가 제한을 「형법」에서 명시하고 있는데, 이는 우리나라가 입찰참가자격 제한을 행정적 제재로 보는 반면, 프랑스는 형사적 제재로 규정하고 있음.
- 입찰담합 행위에 대하여 공공부문에서의 입찰담합 행위로 인하여 유죄가 인정된 경우에 입찰 참가를 배제시키는 것을 형사 처벌의 보충형으로 추가 선고가 가능토록 명시하고 있음.
  - 공공부문에서의 입찰담합 행위로 인하여 유죄가 인정된 자연인에 대하여 자유형과 벌금형 이외에 5년 이하의 영업소 폐쇄, 5년 이하의 공계약 배제 등을 추가적으로 부과하고 있음.
  - 또한, 법인에 대해서는 법인의 해산, 영구적 또는 5년 이하의 영업소 폐쇄, 영구적 또는 5년 이하의 공공 계약 배제 등의 제재 부과가 가능함.
- 프랑스는 공공부문의 입찰 담합에 한정해서 사법부의 판단 하에 공계약 배제 등의 제재가 부과된다는 점에서 사건별 상황을 고려하고 있음을 알 수 있으며, 이는 입찰담합 사건을 개별적으로 정치하게 고려하는 것으로 평가됨.

## □ 일본

- 일본의 경우, 입찰참가자격 제한은 ‘지명정지’로서 규정되어 있는데, 국가 또는 지방자치단체는 경쟁입찰 참가 자격을 정지하는 조치를 취할 수 있음.

- 공공공사의 발주자로 구성된 ‘중앙공계련’은 ‘지명정지 모델’을 제정하였는데, 법률에 의한 근거는 없으며, 경쟁 감독기관으로부터 배제 조치 명령 또는 과징금 납부 명령, 형사 고발 등이 있으면 지방자치단체장 등은 자체적인 기준에 따라 지명경쟁 입찰시 일정 기간 지명정지를 하도록 하고 있음.
- 독점금지법 위반으로 행정처분이 있는 경우에 2개월 이상 12개월 이내의 입찰참가자격 제한을 명시하고 있으며, 형사 고발 시 6개월 이상 36개월 이내의 기간으로 입찰참가자격 제한을 시행함.
- 시행 시점은 배제 조치 명령, 과징금 납부 명령, 형사 고발 등을 알게 된 직후 신속하게 시행토록 하고 있음.
- 추가적으로 「건설업자의 부정행위 등에 대한 감독처분기준」에 의거하여 건설업자의 담합·뇌물 등 형법 위반, 독점금지법 위반에 대하여 최대 1년의 범위 내에서 영업정지 처분을 할 수 있도록 하고 있음. 이와 같이 일본은 입찰참가자격 제한을 법률적으로 명시하지는 않고 있으며, 각 지방자치단체의 지침에 의거하여 입찰 참가의 제한을 적용하고 있음.

## (2) 시사점

- 주요 국가 및 EU에서는 우리나라와 마찬가지로 기업의 각종 부정당 행위에 대하여 입찰참가자격 제한을 명시하고 있음. 그러나 각 국의 입찰참가자격 제한에 대한 성격과 그 내용에 있어서는 우리나라와 다름.

<표 9> 각 국의 입찰참가자격제한제도 운영 비교

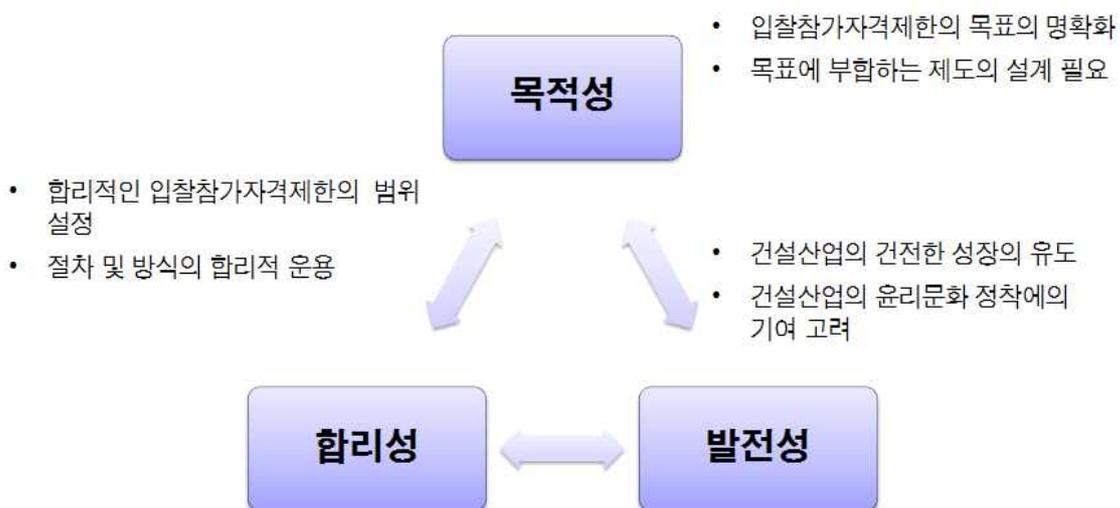
구분	미국	영국	독일	프랑스	EU	일본
제한 주체	발주기관 재량적 조치	발주기관 재량적 조치	주별 발주기관 재량적 조치	법원 판결 (부가형)	발주기관 재량적 조치	발주기관 재량적 조치
제한 기간	3년	×	주별로 차이	5년	×	3년
효력의 범위	개별 발주기관 배제(주별 차이)	개별 발주기관 배제	개별 발주기관 배제	모든 발주기관 입찰 참가 배제	개별 발주기관 배제	개별 발주기관 배제
근거 규정	연방조달규정	공공계약규정	주법 또는 주지침	형법	EU공공조달 지침	각 지자체의 지침

- 우리나라와 같이 「국가계약법」 등에 의거하여 국가 등 모든 공공 발주기관들이 획일적으로 입찰 참가에서 배제시키는 조치를 취하도록 하는 사례는 존재하지 않으며, 그 범위도 각 국의 입찰참가자격 제한이 명시된 법률적 성격에 부합하도록 차등적으로 적용되고 있음.
- 일부(미국, 프랑스 등)에서 우리나라와 같이 모든 입찰 참가에서 배제하는 것을 법으로서 정하고 있으나, 그 경우에 있어서도 발주기관의 재량 혹은 사안에 따른 부가적인 형벌 형태로서 이를 적용하고 있음.
- 결국, 주요국들은 입찰참가자격 제한이 갖고 있는 기업 활동의 제약이라는 막대한 영향력을 감안하여 제도 운영에 있어 제한적으로 적용하고 있다고 볼 수 있음.

## 6. 입찰참가자격제한제도의 개선 방안

- 근본적으로 입찰참가자격제한제도는 건설기업의 영업 활동을 제한하는 형사 처벌에 가까운 처분으로서 앞에서 제시한 바와 같이 법적, 산업·경제적 문제점들이 다수 존재함. 그러므로 제도의 운영에 있어 합리성과 발전성, 목적성이 확보될 필요가 있음.

<그림 3> 입찰참가자격제한제도 개선의 기본 방향



- 제도 운영의 목적성이란 입찰참가자격제한제도 운영의 목표를 명확히 하고, 목표에

부합하는 제도의 설계를 의미함. 그리고 합리성이란 입찰참가자격 제한의 범위 설정과 절차 및 방식을 합리적으로 운용하는 것을 말함.

- 또한 입찰참가자격제한제도 운영을 통하여 건설산업의 건전한 성장을 유도하고, 건설산업의 윤리문화 정착에 기여할 수 있도록 해야 함.

#### □ 입찰담합 근절 종합대책 중 입찰참가자격 제한 개선 내용 및 평가

- 정부에서는 지난 1월 21일, 건설 입찰담합을 예방하기 위하여 경제관계장관회의에서 관계 부처 합동 대책을 확정, 발표하였음.
- 이 중 입찰참가자격제한제도와 관련하여 발표된 내용은 다음과 같음.
  - 입찰참가자격제한제도에 제척 기간을 도입 : 위반 행위 발생 후 5년 경과시 입찰 제한 금지를 신설함.
  - 일률적, 경직적으로 운용되는 입찰참가자격제한제도를 위법성 정도, 책임 경중 등을 감안하여 개별 사안별로 제한의 범위나 기간을 결정할 수 있도록 함.
- 제척 기간 도입 필요성이 지속적으로 제기된바, 조속히 「국가계약법」 개정을 통하여 조치를 취할 필요가 있음.
- 입찰참가자격 제한을 위법성 정도, 책임 경중 등을 감안하여 결정하도록 한 것 또한, 현행과 같은 일률적 입찰참가자격제한제도 운영에 대한 개선 목소리가 높았다는 점에서 바람직하다고 하겠음.
- 다만, 입찰참가자격제한제도가 본질에 있어 입찰 참가 제한의 범위가 지나치게 확대되어 있고, 제재의 효력이 매우 강력하고 과잉이라는 측면에서 보면, 그 제도의 실효성이 낮다고 평가할 수 있음.

#### (1) 제도 운용의 목표 명확화

- 외국의 입찰참가자격제한제도는 공공공사의 입찰에 있어 부적격한 건설업체의 참가를

배제하는 데 목적을 가지고 있음. 즉, 계약이행 능력을 갖춘 건설업체들이 입찰에 참가하도록 하기 위한 장치로서 활용되고 있음.

- 우리나라의 경우에는 입찰참가자격제한제도를 제재의 수단으로써 사용하고 있음. 결국, 입찰참가자격 제한을 과도하게 확대하여 적용하게 되는 원인이 됨.
- 우리나라도 외국에서와 같이 입찰참가자격제한제도의 운영을 계약이행 능력에 초점을 맞출 필요가 있음. 즉, 계약의 불이행 또는 불완전 이행에 대한 제재 수단으로 활용할 필요가 있음.
- 따라서 입찰참가자격 제한의 제재 사유를 계약 불이행에 대한 장치가 불완전한 경우로 한정하여 적용할 필요가 있음.
  - 행정기관의 행정적 목적에 의해 행해지는 입찰참가자격 제한이 다른 행정기관으로부터 요청을 받은 때에도 똑같이 입찰참가자격을 제한을 하게 된다면 정부 계약의 독자성에도 반한다고 볼 수 있기 때문임.
- 특히, 입찰 담합과 관련하여서는 과징금 중심의 규제 체계를 근간으로 삼고 있다는 점에서 입찰참가자격제한제도는 보완적 또는 부수적인 제재로 활용할 필요가 있음.
- 국가 계약의 공정한 집행 및 적정한 이행을 위하여 불가피하게 입찰 담합 등의 행위에 따른 입찰참가자격제한제도를 운영할 필요가 있다면, 그 제도의 운영에 있어서는 탄력적이고 한정적인 적용이 바람직함.

## (2) 제도 적용 범위의 탄력적 조정

- 입찰참가자격제한제도는 어느 한 곳에 사소한 위반 행위만 있어도 그 위반 행위 사업자로 하여금 모든 사업 분야에서 국가, 지방자치단체, 공공기관 등 모든 공공 계약 입찰에 참여할 수 없도록 하는 규제 형태로서, 과잉 규제가 가장 핵심적인 문제임.
  - 특히, 공공 계약을 주로 수행하는 사업자나 여러 사업 부문을 하나의 법인 형태로 운영하는 사업자에게 주는 타격은 상대적으로 매우 큼.

- 이를 보완하기 위해서는 입찰참가자격제한제도의 적용 범위를 탄력적으로 조정하는 방안을 검토할 필요가 있음. 크게 세 가지 방향에서 입찰참가자격 제한의 탄력적 조정을 검토할 수 있음.
  - 첫째, 입찰참가자격 제한의 효력 범위를 탄력적으로 한정하는 방안이 있음.
  - 둘째, 입찰참가자격을 제한하는 기관을 한정하는 방안이 있음.
  - 셋째, 발주기관에 입찰참가자격 제한 조치에 대한 재량권을 부여하는 방안이 있음.

#### □ 입찰참가자격 제한의 효력 범위를 탄력적으로 한정

- 현재 입찰참가자격 제한 기간을 산정할 때, 그 행위의 위반 정도에 따라 그 제한 기간을 달리하고 있음.
- 마찬가지로 입찰참가자격을 제한하는 효력 범위를 제재의 사유가 되거나 위반한 행위에 귀속되는 사업 부문으로 한정하는 방안을 고려할 수 있음.
- 이런 경우, 건설산업은 업종(토목, 건축, 조경, 산업설비 등)이 사업부문에 해당함에 따라서 제재의 사유가 된 혹은 위반을 한 업종에 한정하여 차등을 두는 방안을 검토할 필요가 있음.

#### □ 모든 공공기관에 적용되는 효력을 제한

- 현행과 같이 입찰 담합이 적발되면 모든 공공기관의 건설공사 입찰에 참가하는 자격을 제한하는 부작용을 완화하기 위해 위법 행위가 발생하는 행위의 귀속 주체에 한정하여 입찰참가자격을 제한하는 방안을 검토할 수 있음.
- 모든 공공기관에 대한 입찰참가자격 제한의 효력을 한정하는 방안으로서 제재 사유가 되거나 적발된 사업의 해당 발주기관에 한정하여 적용하는 방안과 위반한 법률에 따른 처분에 한정하여 다른 법률에의 적용 확대는 방지하는 방안의 두 가지를 검토할 수 있음.
- 먼저, 제재 사유가 되거나 적발된 공공사업의 해당 발주기관으로 한정하는 방안은 다

음과 같은 방안이 검토될 수 있음.

- 일본, 독일, 영국 등 선진국에서도 입찰참가자격 제한은 행위가 적발된 해당 발주기관에 한정하여 적용하고 있음.
  - 입찰참가자격 제한이 가지는 효과의 범위를 해당 발주기관에 한정하도록 하는 방안으로서 과도한 확대 적용을 직접적으로 제한할 수 있는 방안임.
  - 제재의 효과를 가지면서도 해당 발주기관에 한정하므로 과도한 영업 제한이라는 비판을 완화시킬 수 있으며, 행정 처벌의 최소침해 원칙에도 부합함.
  - 「국가계약법」 시행령 제76조의 개정 필요 : ⑦항을 당해 중앙관서 이외의 다른 중앙관서의 장은 제재 처분을 받은 사실만으로 입찰참가자격을 제한할 수 없도록 하는 규정을 마련할 필요가 있음. 또한, ⑧항의 「지방계약법」, 「공공기관운영법」 등에의 연동 규정을 삭제할 필요가 있음.<sup>13)</sup>
  - 또한, 「국가계약법」 시행령 제76조 ⑥항 및 「지방계약법」 시행령 제31조 ⑥항의 전자조달 시스템에의 제재 의무 조항을 삭제할 필요가 있음.
  - 이 방안은 외국에서도 폭넓게 적용하고 있는 방안으로서 현재 제기되는 여러 문제들을 최소화할 수 있을 것으로 판단됨.
- 다음으로, 법률에 따른 제재 처분의 범위를 한정하는 방안도 고려할 수 있음.
- 입찰참가자격을 제한하는 각 법률, 즉 「국가계약법」, 「지방계약법」, 「공공기관운영법」, 「지방공기업법」 등에 따라 적용 대상 기관에 한해서만 입찰참가자격 제한 처분을 부과하는 방안임.
  - 예를 들어 지방자치단체에서 발주한 공사와 관련하여 입찰 담합으로 인하여 입찰참가자격 제한 조치를 받은 사업자는 「지방계약법」에 의거하여 입찰참가자격 제한을 지방자치단체로 한정함.
  - 다만, 입찰참가자격 제한을 받는 사실은 다른 법에 의해 발주된 공사 입찰시 감점 요인으로 유도하는 방안도 가능. 이를 위해서는 현행과 같은 각 법률 간의 연동 조항을 삭제할 필요가 있음.

## □ 발주기관에 재량권 부여

- 「국가계약법」 시행령 제76조에 의하면, ‘입찰에 참가할 수 없도록 할 수 있다’고 제

13) 관계되는 법령은 「지방계약법」 시행령 제92조, 「지방계약법」 제31조임.

량 규정을 두고 있으나, 입찰 담합 등의 사유에 대하여는 ‘반드시 제한하여야 한다’고 하여 재량 범위의 예외를 넓게 규정하고 있음.

- 공공의 이익, 산업의 특수한 여건 등을 위하여 필요한 경우에 발주기관의 재량에 따라 입찰참가자격 제한 조치 여부를 결정할 수 있도록 할 필요가 있음.
- 각 발주기관이 위반 정도에 따라 입찰참가자격 제한을 결정할 수 있도록 하고, 각 발주기관이 그 판단을 실질적으로 이행할 수 있는 기관 특성을 고려한 제도적 장치를 마련할 필요가 있음.

### (3) 입찰담합의 중복 처벌에 대한 ‘필요적 감면제도’ 도입

- 입찰 담합의 경우에는 「형법」 등의 형사법에 의하여 처벌을 받고, 행정적으로 공정거래위원회의 과징금, 「국가계약법」 등에 의한 부정당업자 제재, 「건설산업기본법」 상의 영업정지, 등록말소 등 행정 처분을 받으며, 발주기관의 손해배상 청구 소송을 받게 됨.
- 행정적으로 하나의 행위에 대하여 여러 개의 제재를 받게 되는 소위 과잉 제재의 문제로 대두될 수밖에 없음. 사회 통념에 비추어볼 때도 하나의 행위에 대하여 여러 개의 제재를 부과한다는 것은 납득하기 어려움.
- 따라서 동일한 입찰 담합으로 인하여 공정위로부터 과징금 부과 처분을 받은 경우, 발주기관은 일정한 절차를 거쳐 입찰참가자격 제한 제재를 필요적으로 면제 또는 감경하도록 하는 ‘필요적 감면제도’를 도입할 필요가 있음.
- 이러한 입찰 담합에 대한 제재에 있어 ‘필요적 감면제도’의 도입은 헌법상의 과잉금지 원칙에도 부합한다고 볼 수 있음.
- 보다 바람직한 것은 「건설산업기본법」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 등 다른 법령에 의하여 과징금, 영업정지 등 행정 제재를 받은 경우, 동일한 사안에 대해서는 중복적 행정 제재인 입찰참가자격 제한 면제를 「국가계약법」 상에 명시하는 조치임.

#### (4) 항변권의 부여와 충분한 대응 조치에 따른 유예

- 현재 시행되고 있는 입찰참가자격 제한 조치는 위반 행위에 대하여 확실적으로 부과되고 있음.
- 성실 사업자라 하더라도 임직원 부조리 등의 위반 행위가 단 한 번이라도 있으면, 입찰참가자격 제한으로 인해 기업 경영에 심각한 타격을 받고 있음.
- 외국의 경우에는 입찰참가자격 제한을 받은 자에게 충분한 항변권을 부여하는 장치가 마련되어 있는바, 입찰참가자격 제한을 받는 위반 행위에 대하여 행위자들이 충분히 소명할 수 있는 기회를 부여할 필요가 있음. 이를 통하여 확실적인 제재의 부과보다는 사건의 정황을 충분히 고려하여 탄력적으로 제재를 부과하는 여건이 형성되는 것임.
- 또한, 건설기업의 사전·사후적 사건 재발 방지 노력 정도, 사회·경제적인 기여도, 윤리경영 및 공정거래 프로그램의 운용 등 사업자들의 충분한 대응 조치와 리니언시 등 적극적인 협조 행위에 대하여 입찰참가자격 제한 처분의 집행 유예 혹은 감면 등을 적극 활용할 필요가 있음.
- 미국에서는 담당 공무원에게 발주 금지의 부과 여부 및 기간 등에 대해 재량권을 부여하여 위반 사업자의 내부 통제 시스템 및 윤리교육 프로그램 시행 여부, 문제 개선 의지 및 노력, 행위자에 대한 적절한 조치 등에 대하여 담당 공무원이 입찰참가자격 제한의 기간이나 시행 여부를 결정토록 함.
- 입찰참가자격제한의 기간 산정 및 효력 범위 등을 결정할 때 건설기업의 공정거래자율준수프로그램(CP, Compliance Program) 및 윤리경영의 모범적 운용, 사회적 공헌도, 내부 통제 시스템에 의한 행위자 조치, 리니언시 등을 반영토록 함.
- 이는 지속적이고 자발적인 건설기업의 개선 노력을 유발하는 계기가 될 수 있을 것으로 판단됨.
- 입찰참가자격 제한이 행정 처분이지만, 형사 처벌 수준의 효력이 있다는 점을 감안할 때 다양한 감면 및 유예 제도를 신설할 필요가 있음.

## 7. 결론

- 공공공사 부정당업자의 행정 제재인 입찰참가자격 제한은 「국가계약법」, 「지방계약법」, 「공공기관운영법」, 「지방공기업법」 등 복수의 법률에서 규정하고 있어 중복적이고 과잉적인 처벌이라는 이의제기가 지속되고 있음.
- 건설업계의 공정한 경쟁 문화와 윤리경영 확립을 위해 공공공사 입찰담합에 따른 건설기업에 대한 처벌은 반드시 필요하지만, 처벌의 일환인 입찰참가자격 제한이 기업의 영업 활동을 과도하게 제한해 형사적 처벌 이상의 효과를 발생시키는 것은 문제가 있음.
- 입찰 담합에 따른 대규모의 과징금과 발주처들의 손해배상 청구 소송 등도 건설기업이 감당해야 할 처벌이라는 점을 감안할 때, 입찰참가자격 제한으로 국내의 모든 공공공사에 대한 영업까지도 원천적으로 차단될 경우 그 영향은 기업 차원이 아닌 건설산업 전체에 부정적인 결과를 낳을 것임.
- 입찰참가자격제한제도의 목적이 공공공사 입찰에서 계약이행 능력을 갖추지 못한 기업들을 배제하는 것이고, 입찰 담합과 관련한 처벌은 과징금 중심임을 감안할 때, 제도의 운영은 계약의 불이행 여부에 따른 제재 수단으로 활용되는 것이 바람직함.
- 모든 공공공사 입찰에 참여할 수 없도록 하는 포괄적 과잉 규제인 입찰참가자격제한제도의 적용 범위를 제재의 사유가 되는 사업 부문이나 해당 발주기관의 향후 공공공사 입찰에 대해서만 한정하는 등의 탄력적 운영이 필요함.
- 입찰 담합은 건전한 건설산업의 발전뿐만 아니라 국가 경제에도 도움이 되지 않는 부정한 행위로서 반드시 근절되어야 함. 하지만 이와 관련한 현재의 처벌 체계는 중복적이고 과잉적 성격을 가지고 있어 헌법상의 과잉금지의 원칙에도 부합하지 않을 것으로 우려되는 점을 고려할 때 처벌이라는 행위 중심보다는 효과라는 결과 중심의 제도 개선이 필요함.

김영덕(연구위원 · ydkim@cerik.re.kr)

손태홍(연구위원 · thsohn@cerik.re.kr)

김용중(연구위원 · yongjung\_kim@cerik.re.kr)