

연구보고 2006-

정부계약의 투명성 제고를 위한 법제개선방안

- 정부조달부문의 입찰담합 규제를 중심으로 -

신 영 수

정부계약의 투명성 제고를 위한 법제개선방안

- 정부조달부문의 입찰담합 규제를 중심으로 -

Legislative Proposals for Enhancement of Transparency of
the Government Contract Law

- Focusing on the Regulation of Bid-rigging in the Public
Procurement Sector -

연구자 : 신영수(부연구위원)

Shin, Young-Su

2006. 10.



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

국문 요약

정부계약은 행정법과 계약법의 법리가 교차되는 영역인 동시에 국고의 부담이나 세입의 증대를 유발하는 재정행위이기도 하다. 이 점에서 재정법의 중요한 분과에 해당하며, 따라서 현대 재정법의 주요이념인 투명성을 담보할 수 있도록 계약이 체결·집행되도록 법제적 기초가 마련되어야 한다. 한편 정부계약을 재정법적 관점에서 조망할 때 가장 중핵이 되는 것은 역시 정부조달 계약이라고 할 수 있다. 현재 정부조달시장은 GDP의 11%, 국가재정의 45%에 달하는 규모이다. 따라서 정부조달이 관련 규범체계를 투명하게 유지해서 조달의 목적을 적정비용(value for money)으로 달성토록 제도를 강구할 필요가 있다.

정부조달계약의 투명성은 근래 들어 전자조달의 도입에 따라 괄목할 만한 성과를 거둔 것으로 평가될 수 있으나, 민간기업이 정부를 상대로 투명한 조달에 기여할 수 있도록 하는 제도적 토대는 여전히 미흡한 것으로 판단된다. 이 토대는 기업들의 입장에서 담합없이 입찰에 응하도록 하는 것이라고 할 수 있다. 정부조달에 있어서 입찰담합의 폐해는 단순히 시장질서를 교란시키는 차원을 넘어서, 국가재정의 불필요한 지출을 야기하고 조달의 목적달성을 위한 최적업체선정을 방해함으로써 그 피해가 결국 납세자에게 귀결되기 때문이다.

입찰담합은 일차적으로 시장경쟁에 반하는 행위로서 경쟁법(공정거래법)의 직접적 규율대상이 되는 한편 입찰담합은 거래상대방을 기망하는 행위로서 형법(경매입찰방해죄)의 적용대상이기도 하다. 아울러 입찰담합이 정부조달시장에서 발생할 때에는 전술한 국가재정의 손실을 유발하기 때문에 이 문제는 재정법(국가계약법 등)의 관할범위 내에 존재한다. 현행 규범체계는 이런 구조를 기초로 하여 입찰담합 문제를 상황적, 행태적 측면에서 개별적으로 접근하고 있는데다, 일면

입찰담합을 오히려 유발하거나 입찰담합을 적절히 포착하지 못하는 문제를 가지고 있는 것으로 판단된다. 따라서 다차원의 법제적 대안이 모색되어야 하되, 개별 관련법의 결집이 아닌 고유의 규범적 지위 및 법리를 가지고 구축할 필요가 있다.

이 문제에 관해 가장 직접적이고도 활발한 법제적 대응을 해온 나라는 미국과 일본의 법제를 참고해 볼 때, 현행 법제는 다음과 같이 개선되어야 한다고 본다. 우선 공정거래위원회의 적발 및 심사 중심의 방식을 원칙으로 하되 조달당국 및 발주기관의 역량을 제고시킬 필요가 있다. 입찰담합의 유형 및 심사노하우를 역으로 공정거래위원회가 작성하여 각 행정기관에 제시함으로써 일반 발주기관의 입찰담합 포착능력을 제고토록 하는 것이 필요하다. 입찰담합징후시스템이 가동되어 있지 않은 방위사업청와 일부 공기업 등에도 이를 확대해 나가야 한다. 공정위가 입찰담합사실을 관계기관에 통지할 의무를 법령에 명시할 필요도 있다. 한편 현행 법제는 입찰에 참가하는 자들간에 발생하는 담합을 염두에 둔 것으로서 발주기관의 임직원이 직간접적으로 개입하는 소위 관제담합문제는 상정하고 있지 않다. 대리인 문제 및 조달시장의 구조상 발주자 측의 개입가능성이 높은 만큼, 이를 형사법에만 맡겨두지 말고 별도의 법제적 대응을 할 필요가 있다.

키워드 : 정부계약, 정부조달, 입찰담합, 정부조달의 투명성, 관제담합, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 조달사업에 관한 법률

Abstract

The former legal concerns on the Government Contract have been aroused mainly from the sector of the public administrative law and the contract law, so far. However the government contract should be considered as an important area in the public finance law at the same time, in that the government contract would cause a budget of revenues or expenditure. Among the government contract, this paper put the focus on the public procurement sector which holds 45% of whole public finance in Korea, with the angle of transparency.

In recent year, various legislative trials have been promoted in field of the public procurement and they obtained significant success. But, regarding the process of bidding, another demands of transparency for private bidders still remain. The Cartel among bidders which is called bid-rigging still exists in the public procurement sector. It has not only distorted competition discipline in that market, but also led to unnecessary spending of the budget. The problem is the current legal system doesn't have an adequate measure to solve this issue in terms of the public finance. Although the Government Contract Act and the Fair Trade Act contain relevant provisions, more direct and active legislative steps are urgently needed. This paper reviewed several countries' legislation related and sought to deduce their implications.

Considering mainly the example of U.S. and Japan which have managed this issue with abundant experiences, this paper suggests some ideas to develop the current legal framework. Firstly, the legislative scheme should be converted toward to develop the ability to expose the

bid-rigging of the ordering government agencies. Secondly, the advance consultation between the Korea Fair Trade Commission and the ordering government agencies should be clearly stipulated in the law. Thirdly, current laws have much to be desired for the regulation of public officers' involved Bid-rigging. Finally, as the law to hold above mentioned measures, the paper proposed the amendment of the Act on public procurement service.

Key words : *Government Contract, Government Procurement, Bid-rigging, Transparency of the Public Procurement, public officers' involved Bid-rigging, Government Contract Law*

목 차

국 문 요 약	3
Abstract	5
제 1 장 연구의 목적과 방법	11
제 1 절 연구의 목적과 범위	11
제 2 절 선행연구 및 본 보고서의 연구방법	13
제 2 장 정부조달계약의 투명성과 입찰담합	5... 1
제 1 절 정부계약의 재정법적 지위	15
1. 정부계약에 관한 관심의 소재	15
2. 재정법의 일 분과로서의 정부계약법제	16
제 2 절 정부조달계약의 원칙과 현황	18
1. 우리나라 정부조달의 현황	18
2. 정부조달에 있어서 입찰의 제도적 효용	20
3. 우리나라 정부조달 입찰제도의 발전과정	22
4. 현행법상 정부조달의 원칙과 절차	29
제 3 절 정부조달에 있어서 투명성의 지위와 한계	33
1. 정부조달계약에 있어서 투명성의 필요성	33
2. 투명성의 제고 방법	35
3. 정부조달의 효율성과의 관계	36

4. 정부조달에 있어서 투명성의 한계	38
제 4 절 정보조달계약의 수직적 투명성과 입찰담합	40
1. 입찰참가자들에 대한 투명성 요구: 입찰의 경쟁질서 준수	40
2. 입찰담합의 의미	40
3. 정부조달에 대한 입찰담합 유발의 원인	42
4. 입찰담합의 유형	45
제 5 절 담합유발의 측면에서 본 현행 입찰제도	47
1. 최적이 낙찰제도	47
2. 예정가격제	48
3. 턴키공사 입찰방식	50
제 3 장 조달부문의 입찰담합 규제를 위한 현행 법제의 현황과 문제점	35
제 1 절 입찰담합 규제를 위한 규범체계	53
1. 입찰담합에 대한 규범적 관심의 소재	53
2. 입찰담합에 의한 조달시장의 경쟁저해와 경쟁법의 대응방식	54
3. 입찰담합에 의한 예산낭비와 재정법적 대응	59
4. 발주기관이 담합행위에 연루된 경우	62
5. 발주기관의 임직원이 개입한 경우 - 형사법을 통한 제재	64
제 2 절 기존 규범체계의 한계와 대안	66
제 4 장 주요국의 관련법제 분석	96
제 1 절 일본의 공공조달 및 입찰담합 규제	69
1. 일본 공공조달제도의 개요	69

2. 입찰담합에 대한 대응방안	82
3. 입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률 분석	91
제 2 절 미국의 정부조달 및 입찰담합 규제	98
1. 정부조달 관련 연방기관	98
2. 정부조달 관련 법제 및 규정	99
3. 미국 조달계약의 특징	102
4. 입찰담합규제를 위한 미국의 관련 법제	105
제 3 절 유럽연합(EU)의 정부조달 법제	112
1. 공공조달에 관한 유럽연합(EU) 지령	112
2. 조달절차 개요	113
3. 입찰담합 등 부정행위의 규제	114
제 4 절 외국 법제의 특징 및 시사점	115
제 5 장 현행법제의 개선방안	117
제 1 절 입찰의 제도적 원인과 법제개선의 방향	117
제 2 절 발주기관의 대처능력 제고	119
제 3 절 입찰발주기관과 담합적발기관의 협력확대	122
제 4 절 관제담합방지를 위한 입법적 보완	124
1. 관제담합의 잠재성	124
2. 공정거래법에 의한 제재	125
3. 발주기관의 임직원이 개입한 경우 - 형사법을 통한 제재	126
4. 『조달사업에 관한 법률』에 의한 제재	128

5. 법제보완의 구체적 방안	128
제 5 절 「조달사업에 관한 법률」 중심의 제도 운영	129
제 6 장 결 론	13
참 고 문 헌	19
[부록1] 공공공사(公共工事)의 입찰 및 계약의 적정화의 촉진에 관한 법률	143
[부록2] 입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률 ·3·5 1	
[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한 독점금지법상의 지침	161

제 1 장 연구의 목적과 방법

제 1 절 연구의 목적과 범위

행정계약이나 공공계약으로 불리기도 하는 정부계약(government contract)은 흔히 계약의 일방 혹은 쌍방이 공공기관인 계약을 의미한다. 현대사회에서 국가의 행정범위가 급부행정영역으로 확장되고 그에 따라 내용이 변화하게 되면서 정부계약은 매우 다양한 형태로 출현하고 있으며, 이를 어떤 법리에 따라 규율할 것인지의 논의도 활발히 전개되고 있다. 이에 따라 정부계약의 법적 성격에 대한 규명, 공·사법의 영역에서 계약의 공정성 판단, 정부계약에 참여하는 자의 권리구제방안 등에 관한 다양한 해석론 및 입법안들이 제시되는 상황이다.

본 연구는 정부계약 관련법제의 문제점과 개선방안을 대상으로 하되, 앞서 언급한 논의대상과는 조금은 다른 방향에서 이 문제에 접근하고자 한다. 즉, 정부계약을 국가재정운영 내지 재정법적 관점에서 조망하는 한편, 국가재정운영의 관점에서 정부계약 가운데 가장 큰 비중을 차지하는 정부조달계약을 대상으로 하여, 현행 법제의 문제점과 미비점을 포착하고 그 대안을 모색하려는 것이 본 보고서의 목적이다. 정부계약에 대한 재정법적 쟁점과 현안은 그 동안 우리 학계나 정책실무에 있어서 본연의 지위를 차지하지 못했던 것으로 판단된다. 하지만 주요국가나 국제기구의 경험과 동향에 비추어 보면, 정부계약을 둘러싼 문제들은 일반 행정법이나 계약법의 조합과 함께 재정법이라는 새로운 관점에서 접근할 때 현안에 대한 정확한 분석과 문제해결을 위한 합리적 방안의 도출이 가능하다.

현대 국가의 재정운영에 있어서 건전성과 효율성, 분권화와 함께 투명성이 중요한 지배이념으로 자리 잡고 있다면 정부계약에서도 투명성은 중요한 지위를 갖게 된다. 다만 과거에도 정부계약의 투명성 제

고를 개선방안 논의가 시도되어 왔으며, 정부계약체결 과정에서 정보의 공개 및 부패방지 차원에서의 다양한 방안들이 제시되기도 하였다. 실제로 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 등 관련법제에서 일련의 개선조치들로 이어진 바도 있다.

본 보고서에서는 투명성이라는 관점에서 국가계약을 고찰하되, 종래의 논의를 반복하지 않기 위해서 연구의 대상을 정부계약 가운데 세입증대나 국고지출과 직접적인 관련성을 가지는 공공조달계약에 국한하기로 한다. 다만 기존에도 공공조달 내지 정부조달계약의 투명성 제고를 위해 괄목할 만한 제도개선이 이루어졌던 만큼 현행법 체계에서 미비점으로 보이는 부분에 집중하여 논의를 전개하고자 한다.

이런 원칙에 비추어 볼 때 정부계약 중 공공조달계약의 투명성 제고 측면에서 현재 미비점으로 지적될 수 있는 부분은 입찰담합의 방지제도라고 할 수 있다. 물론 입찰담합이 공공조달부문에서만 노정되는 현상은 아니며, 공공조달부문에서의 입찰담합에 대해 그 동안 활발한 규제실적이 있었던 것도 사실이다. 하지만 현행 법제 하에서 규율대상으로 하고 있는 입찰담합 문제는 주로 입찰에 참가한 사업자들 간의 담합을 어떻게 통제할 것인지의 문제에 치중하고 있는데다, 현실적으로 입찰담합을 심사·확인할 수 있는 제도적 뒷받침도 마련되어 있지 못하다. 또한 공공조달에 대한 입찰담합의 과정에 사업자만이 아니라 발주기관이 직·간접적으로 개입되어 있는 이른바 관제담합에 대해서는 별도의 규범체계를 마련하고 있지 못하다. 이로 인해 종래 공공부문에 대한 입찰담합문제는 주로 공정거래법을 통한 행정규제나, 형사법을 통한 형벌적용에 의존하여 통제되어 왔으며, 그 결과 공공조달 내지 정부계약의 투명성 제고의 차원이 아닌 시장의 경쟁질서유지나 부패관여자에 대한 처벌의 법리에 따라 다루어진 측면이 있었다.

본 보고서는 이 점에서 현재 공공조달에서 발생하는 입찰담합을 유형에 따라 분석하고 현행 적용법규의 현황과 미비점을 지적한 후 주요국가의 관련법제 운용현황을 통해 시사점을 도출하여, 이를 토대로 현행법제의 개선방안을 제시하고자 한다.

제 2 절 선행연구 및 본 보고서의 연구방법

정부계약에 관해서는 행정법 분야에서 다수의 논문이 발표된 바 있으나 정부조달 부문에 대한 법학적 연구성과의 수는 상대적으로 적은 편이다. 특히 입찰담합에 관해서는 종래 건설산업연구원(윤영선·김태황·이선희, 『공공 공사 입찰 담합의 실태와 원인 분석』, 1998), 국토개발연구원(이재우·송병록, 『건설기업의 입찰행동연구』, 1992), 중소기업연구원(김광희, 『공공조달시장의 경쟁성 제고에 관한 연구』, 2004), 서울시정개발연구원(이종규, 박소연, 『민관경쟁입찰제도 도입방안에 관한 연구』, 2003), 감사원 등 유관기관의 연구보고서와 수건의 학위논문들이 이 문제를 간접적으로 다루어 왔다. 다만 조달제도 전반의 일부 부분으로서나 조달시장의 경쟁제한관행 중 일부로서 담합문제를 다루고 있어서 직접적인 연구대상이나 법제개선방안을 염두에 둔 성과는 아니었던 것으로 생각된다. 본 연구는 기존 연구성과를 토대로 하되 선행연구와의 차별성을 두도록 하기 위해 논의를 입찰담합에 집중하여 전개하였다.

아울러 정부조달의 입찰담합은 재정법과 동시에 경쟁법의 규율대상이 되는데, 본 연구에서는 두 법역의 교차와 한계를 보완하는데 주안점을 두었다. 다만 정부조달의 입찰담합에 국한한 법제적 연구는 국내에서 선행되지 않았기 때문에 이 문제를 오래 전부터 고민하고 법제화한 나라들의 사례와 입법동향을 분석할 필요가 있다. 이를 위해 주로 일본과 미국의 관련법제를 중심으로 내용분석 및 시사점 도출에

제 1 장 연구의 목적과 방법

주안점을 두었다. 한편 국가별로 병렬적인 분석을 하기 보다는 개별 법률별 분석에 집중하였으며, 그 결과 최근 들어 유관 법률의 입법이 활발한 일본과 미국을 주된 분석대상으로 하였다. 아울러 국내의 계량분석 자료를 통해 보고서의 객관성과 과학성을 높이고자 하였다.

제 2 장 정부조달계약의 투명성과 입찰담합

제 1 절 정부계약의 재정법적 지위

1. 정부계약에 관한 관심의 소재

정부계약(government contract)은 공공기관이 계약의 일방 혹은 쌍방이 되는 계약으로서 정부의 재정지출을 수반하는 계약은 물론 세입을 유발하는 계약을 포함한다. 본래는 영미법상의 용어로서 대륙법계에서는 국가계약 또는 행정계약으로 불리기도 하며, 주로 공공건설·토목공사계약, 운송계약, 조달계약, 공급차입계약, 연구개발위탁계약 등 다양한 정부사업수행의 기초단계에서 활용되고 있다.

현대국가가 경제적 측면에서 고도화 및 규모확대를 이루게 되면서 정부의 급부로 국가경제 및 국민생활 전반을 충족시킬 수 있는 영역은 점차 축소되고 있다. 그 결과 정부 내지 공공기관이 거래주체로서 민간과 계약을 체결하는 일은 빈번하고도 다양하게 나타나고 있다. 그러나 정부계약이 국가경제에서 차지하는 비중이나 영향에 비할 때 그에 대한 규범적 관심은 그리 넓거나 깊지 않았다. 이제까지 법적 측면에서 관심대상이 되었던 것은 계약법과 행정법의 관심이 교차하는 정부계약의 영역을 어떤 법리에 따라 규율해야 할 것인가 하는 점이었으며, 이에 관한 원론적 차원의 논의가 주를 이루었다.

부연을 하자면 정부계약은 쌍무계약의 하나로서 계약체결에 있어서 경쟁의 원칙이 적용되고 계약이행에 있어서 신의칙이 준수되어야 하는 사법상의 법리를 토대로 한다. 이에 민법상 계약법리가 기본적으로 적용되며, 이에 대한 분쟁도 민사소송의 대상이 된다. 반면 계약상 대방의 지정과 거래조건의 결정과 계약의 해지에 있어서 정부에게 개입여지와 권한을 인정하는 한편 정부의 우월적 남용하지 못하게 함으

로써 공법상의 법리를 절충시키게 된다. 아울러 정부계약에 관한 분쟁 가운데 부정당업자에 대한 제재조치는 행정처분의 성격을 가지므로 행정소송의 대상이 된다. 정부계약의 규율에 관한 기본규범인 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하, 국가계약법)에서도 정부계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되도록 하는 한편, 정부가 우월적 지위를 이용하여 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하지 않도록 하고 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하도록 하는 정부계약의 원칙을 규정하고 있다.¹⁾ 그 결과 계약의 하자 내지 관련 분쟁의 해결, 거래상대방의 의무이행과 권리구제 등의 문제를 어떻게 규율할 것인지가 종래의 규범적 관심대상으로 자리 잡아 왔던 것이다.

하지만 정부계약이 현대국가의 법체계 속에서 가지는 지위와 합의는 법적 성격에 대한 규명론과 아울러 기능론적 접근이 병행될 때 보다 정확히 포착될 수 있다. 계약주체의 공공성에 기초한 계약의 법적 성질 이외에 정부계약이 행정목표 및 국가정책수행의 측면에서 수행하는 기능과 지위를 중심으로 이 문제를 재조명할 필요가 있으며, 그 점에서 정부계약의 당사자는 물론 그 계약으로 인해 직·간접적인 영향을 받게 되는 납세자를 고려의 중심에 놓아야 한다.

2. 재정법의 일 분과로서의 정부계약법제

정부계약은 계약의 주체가 공공성을 띠고 있음으로 인해 발생하는 특성 이외에, 계약으로 인해 국고수입이나 지출부담 등 재정에 미치는 영향이 크다는 점에서도 중요한 규범적 의미를 가진다. 물론 정부계약에는 금전의 수수를 동반하지 않는 경우(예를 들면, 등가교환계약)도 없지 않으나, 실상은 공공부문의 지출원인이 되거나 수입원인이 되는 경우가 주를 이룬다.

1) 동법 제5조 및 동법 시행령 제4조.

국가재정 측면에서 보자면 지출원인이 되는 계약에 있어서는, 대가를 가능한 한 낮은 금액으로 억제해야 하는 반면 수입원인이 되는 계약에 관해서는 가급적 고가의 거래조건을 계약에 관철시키는 것이 바람직하다.²⁾ 특히 지출원인계약은 지출부담 행위의 일종으로, 원칙상 세출예산 등의 범위 내에서 체결되어야 하는 등 보다 엄격한 제약이 뒤따라야 한다. 즉 채무부담에 대한 수권(授權)이 필요하며, 특히 국가는 당해 정부계약이 체결될 때는 세출예산, 계속비 또는 국고채무부담행위의 금액 범위 내에 있는 지를 확인해야 할 의무를 지게 된다. 또한 세출예산 등에 의한 채무부담수권이 없는 계약의 체결은 위법이며, 따라서 계약체결 전에 의결되어 있을 것이 요구된다.³⁾ 정부계약의 체결 및 이행과정에서 제기되는 이 같은 요구는 어느 나라를 막론하고 일련의 법제를 통해 반영되어 있으며 따라서 이러한 일련의 법제는 ‘정부’가 당사자가 되는 ‘계약’이라는 공·사법적 법리의 총합을 넘어서는 법역을 형성하게 된다. 특히 이 법 분과에서 주목하고 있는 것이 정부계약이 예산 내지 재정에 미치는 영향이라는 점에서 재정법과 맥을 같이 한다. 이 점은 일본과 미국 등 주요국의 동향에 비추어 보더라도 확인되는 것으로서 정부계약이 재정에 미치는 영향을 감안하여 예산손실을 최소화하기 위한 제도마련에 치중해 오고 있다.⁴⁾

요컨대 정부계약은 국가재정에 대해 큰 영향을 미치게 되고 그에 따라 다양한 법적 쟁점을 수반하게 되는 만큼 재정법의 중요분과로서의 지위를 가진다. 그리고 정부계약이 재정법적 차원에서 고려되어야

2) 確正光明, 『公共契約法精義』, 信山社, 2005, 51-52頁.

3) 이를 예산사전의결원칙(豫算事前議決原則)이라 부르기도 한다. 전게서, 52頁.

4) 우리나라의 경우 정부계약이 구 예산회계법의 일개 독립 장(제6장)으로 편성되기도 하는 등, 정부계약에 대한 규율의 재정법적 성격은 오히려 과거에 보다 명확했던 것으로 보이기도 한다. 하지만 WTO정부조달협정의 가입을 계기로 1996년부터 정부계약 전반을 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』이라는 독립규범으로 분리하여 운용해 오고 있으며, 그 결과 정부계약에 대한 규범의 주안점이 다소 분산된 감도 없지 않게 되었다.

한다면, 국가재정의 건전성과 효율성, 분권화와 아울러 투명성이라는 재정법 고유의 지배이념이 동일하게 적용되어야 된다. 특히 개발중심의 경제운용기조를 오랜 기간 유지해 온 우리나라의 경우 정부의 재정지출에서 공공계약 또는 정부계약이 차지하는 비중이 매우 커서, 투명성의 결여가 민간경제는 물론 국가재정운영에도 많은 부정적 결과를 초래한다는 점은 경험을 통해 체득한 사실이다. 다만 과거에도 정부계약의 투명성 제고를 개선방안 논의가 시도되어 왔으며, 정부계약체결 과정에서 정보의 공개 및 부패방지 차원에서의 다양한 방안들이 제시되기도 하였다. 이 가운데는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 등 관련법제에서 일련의 개선조치로 이어진 부분도 있다.

본 보고서에서는 먼저 정부계약의 투명성 제고를 위한 법제개선방안 도출을 목적으로 하고 있는 만큼 투명성의 관점에서 현행제도의 현황과 문제점을 고찰한다. 다만 고찰의 그 대상을 정부계약 전체로 확장하지 않고, 정부계약이 국가재정에 미치는 영향이 가장 큰 유형에 국한하기로 한다.

제 2 절 정부조달계약의 원칙과 현황

1. 우리나라 정부조달의 현황

정부계약을 재정에 미치는 영향에 국한하여 보자면 공공건설·토목공사계약, 운송계약, 조달계약, 공급차입계약, 연구개발위탁계약 등 일련의 정부계약 가운데서도 특히 공공조달(public procurement) 또는 정부조달(government procurement)이 중요한 의미를 갖게 된다.

일반적으로 조달은 경제주체가 그의 기능을 수행하기 위해 소요로 하는 제자원(장비, 물자, 시설, 용역 등)을 신뢰할 수 있는 조달원(source of supply)을 통해 필요한 장소와 시기에 획득함으로써 경제주체의 활

동을 원활하게 하는 일련의 행위를 의미한다.⁵⁾ 같은 맥락에서 정부조달은 정부 또는 공공기관이 공공재(public goods)를 공급하기 위해 민간부문으로부터 물품이나 건설공사 및 설계 등 서비스를 구매하는 행위를 총괄하는 개념으로 정리할 수 있다.

우리나라에서 정부조달이 차지하는 경제적 규모는 대략 국내총생산(GDP)의 11%, 전체 재정의 45% 정도를 차지하는 것으로 알려졌다. 또한 공공부문 시설공사계약액도 국내 전체 건설공사계약액의 38% 안팎에 육박하고 있다. 따라서 정부조달제도의 투명한 운영은 국가재정은 물론 국민경제의 건전성 제고를 위한 중요한 전제라 할 수 있다.

주지하다시피, 우리나라의 정부조달은 크게 물자구매와 시설공사계약으로 나뉘어서 행해지고 있다. 이 가운데 물자구매는 조달사업에 관한 법률에 따라 수요물자와 비축물자로 구분되며,⁶⁾ 수요물자는 다시 국내에서 생산 또는 공급되는 물품 및 용역인 내자⁷⁾와 국내에서 생산 또는 공급되지 않거나 차관자금으로 구매하는 물품 및 용역인 외자⁸⁾로 구분된다.⁹⁾ 비축물자는 장·단기물자수급의 원활과 물가안정을 위하여 정부가 직접 구매·비축하여 공급하는 생활필수품·원자재 및 시설자재를 의미한다. 한편 시설공사는 정부기관에서 공공시설물의 건설

5) 정동욱, 『조달이론 및 입찰실무』, 교우사, 2005, 1면.

6) 조달사업에 관한 법률 제2조.

7) 내자란 국내에서 생산 또는 공급되거나 국내자본으로 구매하는 물품 및 용역으로 음·식료품류, 동·식물류, 농·수산물, 무기 등 총포, 화약류와 그 구성품, 차량용 유류를 제외하고 있다. 내자는 저장품과 비저장품으로 분류하는데 저장품의 구매는 재고관리에 의한 경제적 발주시점을 결정하여 적정하게 이루어진다. 비저장품 중 각 기관 공동구매품목은 연초 단가계약을 통하여 그 이외 품목은 수요기관요청건별로 구매한다.

8) 외자란 국내에서 생산 또는 공급되지 않거나 차관자금으로 구매하는 물자 및 용역을 말한다. 외자물품에는 부속품, 구성품, 예비부속품을 포함한 자재, 물건, 비품, 상품 등 일절의 원자재 및 기자재가 포함되며 용역에는 물품구매에 수반되는 설치, 훈련, 운송 및 보험, 엔진수리계약, 리스계약 등이 포함된다.

9) 수요물자에서 음·식료품류, 동·식물류, 무기 등 총포·화약류와 그 구성품, 차량용 유류는 제외된다.

이 필요한 경우 적정한 건설업체를 선정하여 계약하고 낙찰업체가 시공하여 그 결과를 납품하는 방식으로 이루어진다.

현재 우리나라의 정부조달체계는 국가기관, 지방자치단체, 교육기관, 정부투자기관 등 2만 6천여 공공기관들은 일정규모 이상의 물자구매 계약이나 시설공사계약은 조달청을 거치되, 군수조달에 한해서는 방위사업청이 담당토록 하는 이원적 구조로 운영되고 있다.

[표 1] 우리나라 조달사업 현황 (2006년 7월 현재)

(단위 : 억원)

연 도	내 자	외 자	시 설 공 사	비축물자 구매방출	계	전년대비 (%)
2002	74,012	5,587	119,638	5,805	205,042	101.3
2003	81,867	5,519	127,118	5,353	219,857	105.3
2004	91,100	6,435	133,592	10,550	241,677	109.9
2005	96,876	6,875	169,509	12,130	285,390	118.1
2006 계획	102,500	6,900	179,900	12,000	301,300	105.6
2006.7현재 ()는 진도	56,614 (55.2%)	2,581 (37.4%)	157,802 (87.7%)	8,547 (71.2%)	225,544 (75.0%)	111.8

※ 내자는 공급실적 기준, 시설공사는 공사계약·기술용역·시공감리·총사업비 검토·지자체 원가검토 실적의 합, 비축물자는 신규비축·방출·선물·옵션 합

2. 정부조달에 있어서 입찰의 제도적 효용

(1) 조달사장의 공급자 정보우위

조달을 통한 행정목적을 효과적으로 달성하기 위해서는 조달품이나 시공의 품질보장과 적정가격의 수준을 파악하는 일이 중요하다. 특히 조달당국이 공급자들의 비용정보를 확보하고 있다면 조달에서 요구되

는 품질수준을 충족하는 최효율의 업체를 상대로 당해 업체의 한계비용과 일치하는 가격으로 계약을 체결할 수가 있다. 이를 통해 금전적 가치에 부합하는 조달(value for money)과 예산의 절감 그리고, 사회전체적인 파레토 효율을 달성할 수 있게 된다. 하지만 수요자인 조달당국으로서 입찰자가 입찰내역을 제출하기 전까지는 입찰행위에 대한 시장정보를 파악할 수 없는 경우가 대부분이다.¹⁰⁾ 즉 일회성의 물품 제공이나 시공 주문을 내용으로 하는 정부조달시장에서는 일반 사업자간의 물품거래에 비해 정보비대칭성(information asymmetry)이 강하게 나타난다. 이 같은 조달당국의 불완전정보, 특히 공급업체에 대한 비용정보 부족은 조달품의 가격인상과 품질저하, 공급자의 계약불이행 등을 유발하는 원인이 되기도 한다.

(2) 수요자의 독점지위와 입찰선호

한편, 정부조달시장에서 정부나 지자체 등은 수주를 원하는 다수의 공급자를 상대로 하여 특정 물품이나 용역 또는 시공의 발주를 원하는 단독의 수요자가 되며, 그 결과 조달시장은 수요독점(monopsony) 상태에 놓이게 된다. 이 때 독점적 지위에 있는 수요자(조달당국)는 자신이 처한 정보열위의 문제를 극복하기 위해 공급을 원하는 자들로 하여금 가격을 제시하도록 함으로써 비용정보를 얻고 이를 기초로 가장 비용효율적인 업체를 낙찰자로 선정하는 방식을 채용하려 한다. 즉 입찰(bidding)을 통한 계약체결 방식이다. 이를 통해 조달당국은 시장의 정보비대칭성에도 불구하고 자신의 독점적 교섭력을 이용하여 거래상대방의 잠재적 경제지대(초과이윤)의 대부분을 흡수하여 최저입찰자를 최적의 거래상대방으로 선택할 수 있게 되는 것이다. 다만 입찰이 공급비용에 관한 정보비대칭을 극복할 수 있는 방법이지는 하

10) 김광희, 『공공조달시장의 경쟁성 제고에 관한 연구』, 중소기업연구원, (2004). 37-38면.

나, 조달품의 품질이나 공급자의 기술능력, 계약이행능력에 대한 정보까지 제공하지는 못한다. 품질이나 계약이행능력이 중시되는 조달에서는 입찰방식이 거래상대방 결정의 최선안이 아닐 수도 있다. 이에 따라 조달당국은 공급자의 입찰자격을 사전심사하거나, 낙찰자에 대하여 이행보증을 요구하는 등의 방법으로 공급자의 기술능력, 계약이행능력에 대한 불완전성을 상쇄하고자 하는 것이다.

3. 우리나라 정부조달 입찰제도의 발전과정

(1) 조달제도의 성립과 기초

우리나라의 정부조달제도의 기원이 된 규범은 1951년에 제정된 『국가재정법』이라고 할 수 있다. 동법을 통해 우리나라 입찰제도는 일반경쟁, 지명경쟁, 수의계약 방식을 복합적으로 인정하는 한편, 최저가 낙찰방식을 기초로 한 낙찰제도를 수립하게 되었다.

주지하듯이 일반경쟁은 계약의 목적물을 공고하여 일정한 자격이 있는 불특정 다수의 희망자로 하여금 경쟁입찰을 시킨 후 계약주체에 가장 유리한 조건을 제시한 자를 선택하여 이와 계약을 체결하는 방식이다. 반면, 제한경쟁은 계약의 목적, 성질, 규모, 지역의 특수성을 고려하여 시공능력, 기술보유상황, 실적, 재무상태, 지역, 중소기업 여부 등을 기준으로 입찰참가자격을 제한하여 계약을 체결하는 방식이다. 조달품질을 일정수준으로 유지할 수 있으나 조달시장에 대한 균등한 참가기회의 원칙에 반하는 폐단이 있다. 한편 지명경쟁은 국가가 자산과 신용이 확실하고 기술이 우수하다고 인정되는 자 중 공사의 규모와 난이도 등을 고려하여 도급순위에 따라 수인을 지명 통지하여 승낙을 득한 자를 대상으로 하여 경쟁방법에 따라 입찰을 실시, 상대방을 결정하는 방식이다. 행정비용이나 절차를 간소화할 수 있는 반면, 담합의 우려를 내포하고 있다. 이에 비해 수의계약은 일절 경쟁입

찰에 부치지 않고 국가가 계약이행에 최적이라고 판단하는 특정인을 선택하여 조달을 받는 방식이다. 행정절차 및 비용절감, 조달사업의 비밀보장 등의 요청되는 부문에서 불가피하게 채택되고 있으나, 조달업체선정과정에서 정실에 흐를 우려가 있으며, 경쟁배제에 따른 고가구매의 가능성을 내포한 방식이다.

우리정부가 조달에 경쟁중심의 입찰계약 제도를 원칙으로 한 취지는 자본주의 시장경제하에서 공급업자간의 건전한 경쟁을 촉진하고, 이를 통하여 수요기관으로 하여금 원하는 품질의 제품을 저렴한 가격으로 구입할 수 있도록 하려는 데에 있었다. 그런 점에서 우리 조달제도가 경쟁입찰 및 최저가 낙찰제도로부터 출발되었다는 것은 시장기능의 원칙을 조달의 최우선 원칙으로 인식했음을 보여주는 것으로 해석할 수 있겠다.

하지만 이후 입찰제도는 당초의 취지 이면에 파생되는 새로운 문제들과 직면하게 되었고 이를 해결하기 위한 대처과정에서 본래의 기초를 수정하는 과정을 반복하여 거치게 되었다. 그만큼 정부조달에 있어서 완결적 제도를 구축하는 것이 용이치 않음을 반증하는 것인데, 이를 테면 최저가 낙찰제도는 시장경쟁 원리에 입각한 제도이기는 하지만 입찰과정에서 덤핑을 유발하여 조달품 및 시설공사의 부실화를 야기하고 업체의 채산성을 악화시키는 부작용을 가지는 제도이다. 반면, 조달업자에게 적절한 수준의 대가를 보장하는 제한적 평균가 낙찰제는 덤핑입찰의 폐단을 방지하는데 도움이 되기는 하지만 시장기능에 따른 경쟁원리에 반하는데다, 과당경쟁을 초래하고 업체의 기술개발과 혁신유인을 저해하는 폐단을 가지고 있다. 이 같은 양면성은 제도의 운영과정에서 그대로 노정되었다.

(2) 시대별 조달제도의 변천과정

우리나라 정부조달제도의 변천과정을 관련법령의 제·개정을 통해 살펴보면 크게 세단계로 정리할 수 있다. 우선 『국가재정법』이 시행

되었던 1951. 3월부터 1961년 12월까지를 첫 번째 단계로 구분할 수 있고, 『예산회계법』이 시행되기 시작했던 1962년 1월부터 1983년 6월까지의 ‘최저가 낙찰제’와 ‘제한적 평균가 낙찰제’가 교차적으로 시행되었던 일종의 과도기적 제도정비기로 부를 수 있겠다. 그 후 1983년 7월부터 현재까지는 제한적 평균가 낙찰제의 적용범위를 점차 축소시켜가는 과정에 있으며 1995년 7월부터는 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』의 적용을 계기로 조달시장의 개방과 투명성이 좀더 제고되는 시기로 접어들었다.¹¹⁾

1) 제도 수립기의 조달제도(1951.3.~ 1961.12)

전술한 1951년 국가재정법 이전의 정부조달제도는 일제식민지하의 『구회계법』을 통해 이루어졌었다. 이후 일시적으로 미군정 회계제도에 의한 조달계약이 체결·집행되다가, 1951년 9월부터 비로소 『국가재정법』을 통한 독자적인 조달체계를 수립하게 된 것이다. 물론 동법 역시 일제시대와 미군정의 회계제도를 기본으로 한 것으로서 우리 현실을 반영한 제도로 인정하기는 어려운 측면이 있지만 형식적 측면에서 우리 조달제도의 출발점을 1951년 『국가재정법』으로 삼아도 무리는 없을 것이다.

당시 『국가재정법』상 조달제도에 관한 직접 규정은 동법 제57조로서 동조에 따르면 정부조달은 공개경쟁을 원칙으로 하며 낙찰자의 결정방법은 예정가격 이하의 최저가 입찰자를 낙찰자로 결정하는 최저가 낙찰제를 채택하고 있다. 이러한 제도는 약 10년간 지속되었다. 그러나 1960년 7월 제2공화국이 수립되면서 건설업계의 과당경쟁과 덤핑입찰 등의 폐해를 시정하고 도급질서를 확립하고자 최초로 제한적

11) 이하는 감사원의 2003년 연구논문집 가운데, 장태범·최상곤, “공사입찰·계약제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구-건설업체증가에 따른 부실업체의 문제를 중심으로-” 2003, 96-118면을 기초로 재정리한 내용이다.

낙찰제를 도입하였고 한동안은 재무부장관이 정하는 낙찰자 결정방법에 의하는 방식으로 전환이 이루어졌다.

2) 전환기의 조달제도(1962. 2.~ 1983. 6)

제한적 평균가 낙찰제 방식의 조달제도는 오래 가지 못하였으며 6개월 후인 1960. 12. 19. 『예산회계법』의 제정과 함께 폐기되었다. 제한적 낙찰제가 일종의 요행수 입찰제도 내지 운찰제적 성격을 가지고 있다는 판단에 따른 것인데 그 결과 입찰제도는 다시 최저가 낙찰제로 환원되었다. 하지만 조달시장을 둘러싼 업체간의 과당경쟁이 다시 발생하게 되었다. 특히 공공공사부문에서는 1원 입찰 등 무리한 덤핑행위로 도산기업들이 급증함에 따라 업체들이 담합을 함으로써 운번제 수주, 연고권에 의한 수주, 사례금 제공 등의 방법을 통한 담합행위가 성행하였다. 특히 이 시기에는 건설업 면허기준 및 신규면허 발급주기를 제한하여 업체수가 감소됨에 따라 담합을 용이하게 하는 상황도 조성되었다. 이에 따라 1971년 말에는 공공공사를 중심으로 계약질서를 확립하고자 하는 목적 하에 이미 폐기된 바 있던 제한적 평균가 낙찰제를 한시적으로 재도입하여 예정가격의 80% 이상으로 입찰한 업체의 평균금액을 기준선으로 하여 그 이하를 제시한 업체 중 가장 기준선에 근접한 자를 낙찰자로 선정하는 방법을 채택하였다.

하지만 1975년 말에 『예산회계법』을 개정하면서 1972년부터 시행되어 오던 제한적 평균가 낙찰제는 다시 폐지되었으며, 일반경쟁에 의한 최저가 낙찰제가 또다시 환원되었다. 반면 계약의 목적과 성질에 비추어 필요한 경우에는 도급한도액이나 공사실적, 보유장비 등 일정 기준에 따라 입찰참가자의 자격을 제한할 수 있도록 하는 제한경쟁 입찰 제도를 도입하였고 장기계속계약에 대한 규정도 신설하여 계약 제도를 대폭 보완하였다.

한편 1970년대 후반에 들어서면서 제2차 석유파동으로 중동 건설시장이 위축되고 국내 정치상황 불안 등 건설경기의 악화 요인이 발생하고 그에 따른 공공사업의 부실이 우려되자 1981년 2월에 한시적으로 제한적 평균가 낙찰제를 부활시켰다. 다만 과거의 기준을 다소 수정하여 낙찰자의 선정을 예정가격의 85%이상으로 입찰한 업체의 평균금액을 기준선으로 하여 그 이하를 제시한 업체 중 가장 기준선에 근접한 자를 낙찰자로 선정하였다.

1983년 3월 계약의 부실이행을 방지하고 관련업계의 기술개발과 품질향상을 도모하여 신규사업자의 참여기회를 확대하는 방안으로 일반 공개경쟁 입찰에 대한 참가자격을 완화하고 공동도급계약 및 저가심사에 의한 최저가 낙찰제도와 제한적 평균가 낙찰제도를 병행하도록 입찰계약 제도를 개선하였다.

3) 현행의 조달제도(1983.7.~현재)

이처럼 최저가낙찰과 제한적 평균가 낙찰제를 오가면서 이원적으로 운영되던 조달제도는 시장개방과 투명성 제고의 요청에 따라 제한적 평균가 낙찰제의 적용범위를 점차 축소시키는 방향으로 제도변화를 모색하게 되었다. 그리고 1990년대에 들어서면서 최저가 낙찰제로 일원화하되 저가심사제를 도입하는 것을 골자로 하는 제도구축이 이루어졌다.¹²⁾ 하지만 이 제도는 업체간의 경쟁을 근본적으로 저해하고 비용 경쟁력이 있는 업체보다는 직접공사비를 잘 탐지하거나 잘 추측하는 자가 낙찰되어 과거 제한적 평균가 낙찰제도와 같이 요행수로 낙찰되는 것과 유사한 폐단을 초래하였다. 이에 따라 1990년 5월 「계

12) 저가심사에 의한 최저가 낙찰제도는 시설공사조달의 경우 예정가격이 일정규모 이상의 조달에 대하여 예정가격의 일정 수준 미만으로 투찰하였을 경우 부실공사 등 해당 공사의 적정한 이행이 되지 아니할 우려가 있거나 공정한 거래의 질서를 문란하게 할 우려가 있다고 인정되는 때에 계약심사위원회 또는 예산집행심의회와의 심의에 부치고 부적격 판정을 받을 경우 낙찰대상에서 제외하는 제도이다.

약사무 처리규칙』을 개정하여 그 동안 대형공사에는 최저가 낙찰제를 중·소형 규모의 공사에는 제한적 평균가 낙찰제를 적용하였던 것을 저가심사제에 기초한 최저가 낙찰제로 일원화하여 제도를 대폭 정비하였다.

1993년 7월 100억 원 이상의 공공공사에 대하여는 입찰참가자격을 사전에 심사하여 적격자를 선정하고 적격자만이 입찰에 참가할 수 있도록 하는 입찰참가자격 사전심사(PQ:Pre-Qualification)제도를 최초로 도입하였다.¹³⁾ 이후 1994년 4월에 체결된 WTO 정부조달협정에 따라 일정규모 이상의 정부조달계약을 대외 개방하기 위하여 기존의 「예산회계법」내용 중 제6장 「계약편」을 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」로 독립시키는 변화가 있었다. 특히 동년 7월부터 소위 국가계약법으로 불리는 동법을 통해 사전자격심사제도를 확대함과 아울러 적격심사제¹⁴⁾를 도입하였으며, 이후 희망수량입찰제¹⁵⁾ 등 다양한 제도적 보완이 이루어지고 있다.

[표 2] 낙찰자 결정방법에 따른 분류

종류별	개 념	적용대상	국가계약법령
최저가 낙찰제	- 예정가 이하의 최저가격으로 입찰한 자를 낙찰자로 결정	- 추정가격 2.1억원 미만 물품구매	- 국가계약법 시행령 제42조

13) 구 예산회계법시행령 제91조의2, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제13조 및 동법 시행규칙 제23조.

14) 적격심사제도는 최저가격 낙찰제의 덤핑입찰을 방지하기 위하여 가격 외에 조달수행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도 등을 종합하여 낙찰자를 결정하는 제도이다.

15) 희망수량입찰제는 국가나 공공기관이 다량의 물품을 제조 또는 매입하거나 매각할 경우에 입찰자로 하여금 희망수량과 단가를 입찰하게 한 후 그 중에서 세출의 원인이 되는 계약에 있어서 예정가격 이하의 최저입찰자 순으로 희망수량에 도달할 때 까지 복수의 자를 낙찰자로 결정하는 방식이다.

제 2 장 정부조달계약의 투명성과 입찰담합

<p>적격심사제*</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 예정가격 이하 최저가격으로 입찰한 자의 순으로 계약이행 능력을 심사하여 일정점수(85점) 이상을 취득한 자를 낙찰자로 결정 	<ul style="list-style-type: none"> - 추정가격 2.1억원 이상 물품구매 - 모든 용역구매 	<ul style="list-style-type: none"> - 국가계약법 제10조 및 동법시행령 제42조
<p>2단계 경쟁입찰</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 규격입찰을 실시하여 적격자로 확정된 자를 대상으로 가격입찰 실시 	<ul style="list-style-type: none"> - 미리 적절한 규격 등의 작성이 곤란하거나, - 기타 계약의 특성상 필요하다고 인정되는 경우 	<ul style="list-style-type: none"> - 국가계약법 시행령 제18조 제1항
<p>규격·가격 분리입찰</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 규격·가격 입찰서를 동시에 접수하고 규격적격자에 한하여 가격개찰 	<ul style="list-style-type: none"> - 계약의 특성 등에 따라 필요하다고 인정되는 경우 	<ul style="list-style-type: none"> - 국가계약법 시행령 제18조 제3항
<p>종합 낙찰제</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 입찰가격 이외에 품질·성능·효율 등을 종합적으로 고려하여 가장 경제성 있는 가격으로 입찰한 자를 낙찰자로 결정(입찰금액 + 총에너지 소비비가 가장 낮은 자) - 관련업체의 품질향상 및 에너지 다소비품목의 저에너지 제품 개발 	<ul style="list-style-type: none"> - 변압기, 모터, 펌프, 보일러, 교류전동기 속도제어장치, 전기냉장고, 전기냉방기, 백열전구, 형광램프, 냉동기 등 	<ul style="list-style-type: none"> - 국가계약법 시행령 제44조
<p>희망수량 입찰제</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 예정가격 이하의 단가로 입찰한 자 중 최저가격으로 입찰한 자 순으로 수요물량에 도달할 때까지의 입찰자를 낙찰자로 결정 	<ul style="list-style-type: none"> - 1인의 능력이나 생산시설로는 전체공급이 불가능하거나 곤란하다고 인정되는 물품 - 다수의 공급자와 분할계약 하는 것이 가격, 품질, 기타 조 	<ul style="list-style-type: none"> - 국가계약법 시행령 제17조 제2항, 제46조

		건이 유리한 품목	
협상에 의한 계약	<ul style="list-style-type: none"> - 다수의 업체로부터 제안서를 제출받아 입찰공고에 명기된 평가기준에 따라 평가한 후 - 협상절차를 거쳐 국가에 가장 유리한자와 계약 	<ul style="list-style-type: none"> - 물품, 용역계약에 있어서 계약의 특수성, 긴급성, 기타 국가안보목적 등의 이유로 필요하다고 인정되는 경우 	<ul style="list-style-type: none"> - 국가계약법 시행령 제43조
복수물품 공급계약	<ul style="list-style-type: none"> - 품질, 성능 또는 효율 등에 차이가 있는 유사한 종류의 물품을 수요기관이 선택할 수 있도록 2인 이상의 입찰자를 낙찰자로 결정 	<ul style="list-style-type: none"> - 복수업체와 단가계약을 체결함으로써 수요기관의 선호에 따라 물품을 선택할 수 있는 물품 	<ul style="list-style-type: none"> - 조달사업법 시행령 제72조의2

자료: 조달청(2003), 조달업무총람, pp. 23~25.

*적용제외: 2단계 경쟁입찰, 규격·가격 분리입찰, 복수물품공급계약, 협상에 의한 계약, 재공고 후 수의계약

4. 현행법상 정부조달의 원칙과 절차

(1) 물자구매 조달

1) 공급대상기관

정부조달의 유형은 크게 중앙집중방식과 분산조달방식으로 분류된다. 이 가운데 어느 것을 선택할 것인지는 나라마다의 경제문화와 산업구조, 규범체계에 따라 결정되는데, 일반적으로 중앙집권적 정치구조를 가지고 있거나 구매예산의 효율적 집행을 강조하는 나라에서는 중앙집중식이 선호되는 반면, 지방정부의 자율권이 강한 나라에서는 분산조달방식이 주를 이루는 것으로 나타난다.¹⁶⁾

16) 중앙집중식과 분산식 조달제도의 특징과 장단점에 대해서는, 정동욱, 앞의 책, 22-24면 참조.

우리나라의 정부조달방식은 『정부조직법』 제27조 제2항 및 『조달사업에 관한 법률』에 따라 조달청을 통해 물자구매와 시설공사계약을 체결·집행하는 중앙집중식을 원칙으로 하고 있다. 이때 조달청으로부터 물품을 공급받는 기관을 수요기관이라 하는데, 수요기관에는 국가기관, 지방자치단체, 국가 또는 지방자치단체가 투자·출연한 기관이나 기타의 기관으로서 물자의 구매·공급 또는 시설공사 계약의 체결을 요청하여 조달청장이 인정하는 기관이 된다.

이중 국가기관 및 지방자치단체는 원칙적으로 조달청을 통하여 물자를 공급받아야 하는 ‘당연기관’이며, 나머지 기관은 법적의무는 없으나 자체판단에 따라서 필요한 경우 조달청으로부터 물자를 공급받는 ‘임의기관’이다.¹⁷⁾

[표 3] 조달 수요기관 현황 (2006년 7월 현재)

구 분	합 계	당 연 기 관			임 의 기 관	
		국가기관	지방자치 단 체	교 육 위원회	투자기관	기 타
기관수	34,920	4,750	6,424	10,308	802	12,636
비율(%)	100	13.6	18.4	29.5	2.3	36.2

2) 조달의 방식 및 절차

수요기관으로부터 조달요청서가 접수되면 구매규격을 검토하고 계약방법을 결정하게 된다. 정부조달계약은 공개성, 공정성, 경제성 확

17) 수요기관이 조달청을 통하지 않고 직접 구매할 수 있는 경우는 천재지변, 긴급한 행사 등에 필요한 물자의 구매, 국방목적수행 관련물자, 비밀이 요구되는 물자의 구매, 지방자치단체의 장이 관할지역 소재 업체로부터 직접 구매함이 효율적이라고 판단, 신속 구매하고자 하는 물자의 구매 등이 있다.

보를 위해 가능한 한 일반경쟁계약¹⁸⁾으로 유도하게 되나, 제한적으로 제한경쟁¹⁹⁾, 지명경쟁²⁰⁾, 수의계약²¹⁾ 등의 방법도 허용된다.

우리나라의 조달시장에서 이들 방식의 채택비율을 살펴보면, 내자사업의 경우 계약방법에 따른 구매실적을 보면 아래 [표 4]에서도 확인되듯이, 유형에 따라 수의계약이 상당비중을 점하는 것으로 나타나고 있는데, 경쟁입찰이 원칙임에도 불구하고 이 같은 결과가 발생하는데는 정부의 중소기업제품우선구매정책에 따라 중소기업조합과의 단체 수의계약이 활성화된 것이 주된 원인인 것으로 분석된다.

[표 4] 계약방법별 조달사업 현황 (2005년도 기준)

(단위:억원)

구 분		계	내자구매	외자구매	시설공사 ¹⁾ 계 약	비축물자 ²⁾ 구 매
계		230,015 (100%)	96,876 (100%)	6,875 (100%)	120,787 (100%)	5,477 (100%)
경 쟁 계 약	소 계	175,641 (76.4%)	48,239 (49.8%)	4,913 (71.5%)	117,444 (97.2%)	5,045 (92.1%)
	일반경쟁 ³⁾	91,614 (39.8%)	44,192 (45.6%)	4,893 (71.2%)	37,484 (31.0%)	5,045 (92.1%)
	지명경쟁	116 (0.05%)	96 (0.1%)	20 (0.3%)	-	-
	제한경쟁	83,911 (36.5%)	3,951 (4.1%)	-	79,960 (66.2%)	-
단체수의계약		34,421 (15.0%)	34,421 (35.5%)	-	-	-
일반수의계약		19,953 (8.6%)	14,216 (14.7%)	1,962 (28.5%)	3,343 (2.8%)	432 (7.9%)

1) 시설공사는 신규 총공사 부기금액 기준

2) 원자재 비축사업 12,130억원에서 비축물자 구매와 관련 없는 사업 6,653억원 제외(비축물자 방출 4,438억원, 선물·옵션 2,215억원)

18) 국가계약법 제7조, 국가계약법 시행령 제10조.

19) 국가계약법 시행령 제21조, 제22조.

20) 국가계약법 시행령 제23조.

21) 국가계약법 시행령 제26조 내지 제28조.

3) 국제입찰(시공능력공시액), 등급별 경쟁계약, 지역제한 실적은 일반경쟁으로 분류

계약방법이 결정된 후에는 예정가격(arranged price)²²⁾을 작성하고 이를 기초로 입찰을 실시하여 낙찰자를 결정하게 된다. 낙찰자선정은 예정가격 이하 최저가격을 제안한 입찰자를 낙찰자로 선정하는 것을 기본원칙으로 하되 규격·가격분리입찰의 경우에는 규격(기술)입찰과 가격입찰을 동시에 실시하여 적격자 중 최저가입찰자를, 종합낙찰제의 경우에는 입찰가격 외에 품질·성능·효율 등을 종합적으로 고려하여 가장 경제성 있는 가격으로 입찰한 자를 낙찰자로 최종 결정한다.

끝으로 계약체결 후 물자는 수요기관에 납품되며 계약물품을 이상 없이 검사, 검수하였음을 확인한 후 수요기관의 물품납부 및 영수증 접수 하면 조달청이 수요기관에 대금지급을 의뢰함으로써 계약내용의 이행이 완료된다.

[표 5] 조달업체 현황 (2006년 7월 현재)

구 분	2005년도	2006. 7월 현재
계	159,300(157,722)	176,775(152,833)
내 자 업 체	54,240(53,564)	64,972(55,822)
외 자 업 체	5,429(5,299)	5,588(5,088)
국 외 업 체	74(59)	84(69)
시 설 공 사 업 체	69,744(69,380)	71,348(61,201)
용 역 업 체	29,460(29,129)	34,407(30,335)
기 타	353(291)	376(318)

※ ()안은 중소기업

22) 입찰 또는 계약체결 전에 낙찰자 및 계약금액의 결정기준으로 삼기 위하여 미리 작성·비치하여 두는 가액으로서 예정가격 결정방법에 의하여 작성된 가격을 의미한다.

(2) 시설공사의 조달

시설공사는 도로, 철도, 항만, 공공청사, 학교 등 사회간접자본시설로서 소관기관에서 사업계획을 기초로 설계도서를 작성하여 조달청에 계약요청을 의뢰함으로써 발주가 시작된다. 조달청에 공사계약요청서가 접수되면 국가계약법령, 건설관계법령 등에 근거하여 기술검토를 거쳐 계약방법을 결정하고 입찰공고를 하게 된다.

입찰의 집행은 입찰에 참가하고자 하는 자에 대하여 입찰 전에 시공경험, 기술능력, 경영상태 등을 종합적으로 평가하여 입찰참가자격을 부여하고, 입찰자가 당해 공사 입찰금액의 적정한 산출과 기술시공을 도모하기 위하여 현장설명을 실시하는 한편, 공사원가계산을 기초로 예정가격을 작성하여 입찰참가자를 대상으로 입찰을 진행하게 된다. 입찰이 종료되면 입찰가격과 공사수행능력 평가자료를 이용하여 종합적으로 심사하여 낙찰자를 결정하고 계약을 체결한다. 계약체결 후 계약대상자는 공사감독관의 지시를 받아 시공하고, 준공검사합격을 받아 공사대금을 수령하며, 일정기간 동안 납품한 시설물의 하자관리를 책임지게 된다.

시설공사의 경우는 그 특성상 발주자인 수요자 1인과 수주를 원하는 다수 공급자 간의 수요자 독점적 시장이며, 물품의 경우보다 품질, 안전, 부실공사 예방 등 요구되는 조건이 많아 국가계약법외에 건설산업기본법, 건설기술관리법, 하도급공정화법, 엔지니어링 관련법, 건축사법 등 다수의 법령이 직·간접적으로 관련된다.

제 3 절 정부조달에 있어서 투명성의 지위와 한계

1. 정부조달계약에 있어서 투명성의 필요성

정부계약 가운데 정부조달계약 부문을 논의의 대상으로 국한할 때 현행 정부조달계약제도가 투명성 관점에서 어떤 문제를 가지고 있으

며, 개선의 방향은 어떻게 설정되어야 하는지가 문제된다.

사실 정부조달계약에 있어서 투명성이라는 화두는 이미 주요국이나 WTO나 OECD 등 국제기구 차원에서 빈번히 논의되어 온 것으로서,²³⁾ 그 내용은 우리에게도 생소한 것이 아니다. 이를테면, 정부조달부문이 개별 국가의 경제에서 점하는 비중이 매우 커서 투자한 비용에 걸 맞는 가치효율적 조달이 이루어져야 하며(value for money), 다른 행정분야에 비해 부패의 개연성이 높기 때문에 부패방지 차원에서 절차가 투명하여야 하고(anti-corruption), 대등하지 않은 당사자간의 계약을 전제로 하므로 입찰자를 보호할 필요가 있으며(bidder-protection), 개방화 시대에 외국기업에 대한 조달시장의 접근성을 확대하기 위한 차원에서(non-discrimination) 투명성이 반드시 필요하다는 것이다.²⁴⁾

정부조달계약에 투명성이 확보될수록 제도에 대한 공급자들의 신뢰가 제고되고, 그만큼 많은 수의 공급자들이 입찰에 참여하게 되어 경쟁이 촉진되며, 그 결과 경제적 효율성이 극대화된다.²⁵⁾ 또한 투명성이 확보될수록 공급자들은 보다 정확한 예측가능성을 가지고 입찰에 응하게 될 뿐만 아니라 낙찰에서 실패하더라도 필요한 경우 적절한 구제방안을 모색할 수도 있게 된다. 이와 관련해서는 심사체계를 합리화하는 것이 중요한 과제로 부각된다.

한편 과거 우리나라의 정부조달은 국내 산업진흥정책 및 중소기업 진흥정책의 수단으로 활용되기도 하였으나, 우리나라가 1995년에 WTO

23) WTO, Ministerial Declaration, Ministerial Conference First Session, 13 December 1996, WT/MIN(96)/DEC; OECD, Transparency in Government Procurement: The Benefits of Efficient Governance and Efficient Governance and Orientation for Achieving it, (TD/TC/WP(2002)31/FINAL).

24) Sue Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO, Studies in Transnational Economic Law*, v.16 (2003), pp.452-457; 김대인, “정부조달계약에 있어서 투명성의 법적 의미”, 행정법연구, 제13권, 행정법이론실무학회, 2005년 5월, 195면 이하.

25) 다만 투명성의 제고와 경제적 효율성이 항상 정(正)의 상관관계를 가지는 것은 아니라는 지적이 있다(김대인, 앞의 논문). 예컨대 정부계약의 투명성을 위하여 엄격한 심사 및 절차를 거치도록 할 경우 신속한 조달에는 오히려 장애요인으로 작용하여 새로운 비용을 유발할 수가 있기 때문이다.

정부조달협정에 가입함에 따라 정부조달이 통상정책적 차원에서도 중요한 비중을 차지하게 되었다. 이점에 국한하자면 정부조달계약의 투명성은 외국기업들이 입찰에 응할 수 있는 실질적 기회가 증대된다는 즉, 이에 따라 시장접근이 용이해진다는 의미를 갖게 된다. 다만 국방 등 일부 영역에서는 정부조달계약에 완전한 자유경쟁을 도입하기 어려운 특수성이 존재하는 만큼, 조달시장의 자유화에 한계를 설정할 필요가 있다는 주장도 유력하게 제기된다. 따라서 국내입찰에 의한 경우와 국제입찰에 의하는 경우에 투명성의 정도를 어떻게 차이를 두는 것이 바람직할 지가 문제로 대두된다.

2. 투명성의 제고 방법

현재까지 국제기구나 주요국에서 정부조달계약의 투명성을 제고하기 위해 제시되는 방법으로는 다음과 같은 항목들을 들 수 있다.

1) 적정한 통지: 먼저 입찰참가자들로 하여금 입찰계획을 수립하고 입찰에 준비토록 하기 위해서는 적절한 시기에 통지기회를 부는 것이 중요하다. 특히 국제적 입찰에 있어서는 통상 입찰제안서 제출시점으로부터 최소 60일 이전에 통지가 행해지는 것이 필요하다.

2) 중립적인 기준: 가능한 한 자격을 갖춘 자들은 누구든 조달절차에 자유로이 참여할 수 있도록 하기 위해 가급적 기술 설명서(혹은 명세서, 시방서) 등의 기준을 폭넓게 운용하여야 한다. 특히 국제입찰에 있어서는 입찰 계획서를 국제적으로 통용되는 기준에 의해 작성할 것이 요구되며, 성과기준에 있어서 역시 동등수준의 제품을 동일하게 취급하는 것을 원칙으로 해야 한다.

3) 참여기회의 보장: 모든 공급자들은 제안요청서의 발급이 있기 전에 계획서의 개선이 있을 경우 이에 참여할 기회를 가져야 한다.

4) 객관적 기준: 입찰서류에는 가격을 포함하여 입찰과정에서 평가될 요소나 적용될 원칙 등 관련요소들이 특정되어 있어야 한다.

5) 공공 제안 및 입찰개시: 제안서 및 입찰서류는 조달국가 내에서 공중이 이용가능토록 하여야 하며, 모든 입찰상황은 입찰자들의 입회 하에 공개되어야 한다.

6) 계약체결의 원칙: 계약은 최저가를 제시한 입찰참가자나 혹은 객관적인 기준에 따를 때 가장 높은 가치를 가진 제안서를 제시한 자와 체결되어야 한다.

7) 중립적으로 공정한 분쟁해결: 발주기관은 입찰을 받지 못한 참가자들에게 입찰절차에 관하여 공정하고, 중립적이며, 독립적인 방법으로 이의신청을 받도록 하여야 한다. 적정한 이의신청을 위한 절차가 서면으로 비치되어 있어서 한다.

8) 지적재산권의 보장: 조달과정에서 입찰참가자들이 보유한 기술적 데이터나 특허권 등 지적재산권은 보장되어야 한다. 기술적 제안서 역시 하나의 소유권으로서 취급되어야 하며 기밀이 유지되어야 한다.

이상의 요소들을 종합하자면 투명성은 절차적 합리성이나 내용적 공정성을 모두 포섭하는 개념으로서 정부조달의 가장 중요한 정책목표의 하나임에 틀림없다. 다만 정부조달에 있어서 투명성이 유일한 목표라고는 할 수 없는데 이 때문에 투명성만으로는 담보할 수 없는 또 다른 보호가치, 가령 효율성이나 경쟁보호와 투명성간에 상충여지는 있는지, 상충된다면 이들과의 관계설정은 어떻게 조정할 것인가 하는 점이 과제로 남게 된다. 정부조달관련 법제의 운용방향과 범위도 이 문제에 대한 해답과 밀접한 관련성을 가진다.

3. 정부조달의 효율성과의 관계

정부조달의 주된 목표로 거론되는 소위 ‘value for money’ 내지 ‘비용부합적 가치’는, 조달이 물품이나 시설공사의 질적 수준을 담보하면 서도 재정의 부당한 지출을 방지할 수 있는 것이어야 한다는 의미로

서, 일종의 비용/편익적 분석을 통해 그 성과가 추론될 수 있는 관념이라고 할 수 있다. 부연 설명하자면 품질이 투입한 비용 면에서 효율적이어야 한다는 것이며, 이 점에서 정부조달의 투명성이 효율성의 제고에 기여할 것이라는 데에 의문이 없다. 즉 정부조달이 투명할수록 공급자들의 신뢰가 높아지게 되며, 시장을 신뢰한 공급자들이 다수 입찰에 참여하여 경쟁이 촉진되고 효율성도 극대화될 수 있다.²⁶⁾

그런데, 비용부합적 가치는 사실 민간기업의 물품구매 및 시설공사 업무에서도 요구되는 원칙이라고 할 수 있다. 특히 민간입찰은 중간재나 자본재, 기타 설비의 공급을 목적으로 하게 되며 입찰결과가 최종재의 품질과 가격에 중대한 영향을 미치게 된다. 하지만 이 경우에는 입찰이 거래상대방 선택의 한 수단일 뿐이며, 양질의 제품을 저렴한 가격에 공급받는 것이 최대의 목표인 민간발주자로서는 비용면에서 효율적인 방안을 최우선적으로 고려할 수밖에 없다. 즉 입찰절차가 투명한지 보다는 비용효율적인지가 더 중요하며, 거래방법이 불공정하지 않은 한²⁷⁾ 민간조달에 있어서 투명성을 강요하기는 곤란하다. 이를 법으로 강제하는 것은 대등당사자간의 특정거래에서 어느 일방 당사자의 유·불리를 문제삼지 않는 사적자치의 이념에도 반한다. 즉 민간기업의 효율성을 저해하는 투명성을 절차적으로 요구할 수는 없으며, 투명성은 효율성과 경쟁수단의 공정성을 해치지 않는 범위 내에서 의미를 갖게 된다.²⁸⁾

26) 김대인, 앞의 논문, 196면.

27) 발주자의 거래수단이 불공정한 경우에는 문제가 될 수 있다. 예를 들어 부당한 거래거절, 부당한 차별취급은 공정거래법에 따라 위법하다는 평가를 받을 수 있다.

28) 이 점에서 효율성은 절차적 가치가 만아 아니라 오히려 결과적 혹은 내용적 측면에서 더 중요한 의미를 지니는 가치로 이해되어야 한다. 즉 정부계약절차를 간소화한다는 의미에서 효율성이 요구된다기 보다는 투입한 비용(재정)과 산출가치(조달목적)의 사이에서 동일한 투입비용을 들여서 더 많은 가치를 창출하든지, 동일한 가치를 산출하려면 투입비용을 줄이든지 하라는 요구가 곧 정부조달에서의 효율성이 가지는 본연의 의미라고 생각된다.

반면, 정부조달에서는 비효율적이더라도 투명한 방법을 선택하지 않으면 안 된다. 조달의 절차전반이 공정하여야 하며, 입찰에 참가한 자들이 그 결과에 수궁할 수 있는 것이어야 한다. 이 점에서 정부조달에서의 효율성은 투명성과 상충적이다. 투명성을 지나치게 강조하다보면 절차적 효율이 감소하고 거래비용이 증가된다는 측면도 간과할 수 없다. 여기서 말하는 효율성은 투입량의 증가분을 분모로 하고 산출량의 증가분을 분자로 하는 등식으로 성립되는 생산적 효율성(productive efficiency)에 가깝다.

한편 배분적 효율성(allocative efficiency)과의 관계에서도 투명성이 우선적 순위에는 변화가 없다. 구매자로서 정부가 조달시장을 통해 기대하는 목표치는 민간부문과 마찬가지로 파레토최적(pareto optimum) 상태이다. 하지만 정부조달을 통한 파레토 최적 역시 경제적 효율성만을 가지고는 충족되지 못하며 다분히 정치적 합의 특히 다수의 가치판단에 의한 윤리적 정당성을 확보하지 않는 한 만족될 수 없다고 본다.²⁹⁾ 그 결과 정부조달의 목표개념인 value for money는 비용/편익분석과 함께 정치적 목표를 함께 감안할 때 비로소 달성될 수 있게 된다.³⁰⁾

따라서 조달당국 및 발주기관은 공급자를 상대로 조달전반을 투명하게 운영할 의무를 지게 되며, 이에 따라 국가는 전자입찰, 조달정보의 공개 등을 위한 적극적인 대처와 함께 조달당국의 재량권을 축소하기 위한 조치를 아울러 요구받게 된다.

4. 정부조달에 있어서 투명성의 한계

정부조달에서 요구되는 투명성은 주로 조달당국 및 발주기관이 민간입찰업체에 대하여 준수해야 하는 정책과제이다. 반면 입찰에 참가

29) Peter Trepte, *Regulating Procurement*, Oxford University Press, 2004. p.69.

30) *Ibid.*

하는 자들에게도 일정한 투명성의 준수 의무가 존재하는데, 이를테면 입찰물품이나 용역, 공공시설의 가격 및 품질을 중심으로 경쟁한다는 요구가 그것이다.

그런데 사업자에게 요구되는 투명성은 수평적 관계가 아닌 발주기관과 입찰자간의 수직적 관계에서 관철되어야 하는 성격의 것이다. 즉, 사업자들간에 가격정보나 거래조건의 공개 및 교류를 가능케 하는 투명성이어서는 아니 된다. 경쟁사업자간의 투명성은 경쟁을 통한 적정상대방의 선별이라는 입찰본연의 기능에 반할 우려가 있을 뿐만 아니라, 사업자들간에 묵시적 공모(tacit collusion) 내지 의식적 병행행위(conscious parallelism)의 계기가 될 수도 있다. 과도한 투명성은 오히려 경쟁제한의 요인으로 작용할 수 있으며, 조달을 통한 국민후생도 저해할 가능성이 있다. 기업들간에는 오히려 투명하지 않은 상태가 조달의 신뢰와 효율성에 도움이 될 수 있으며, 이론적으로도 시장에 불완전 경쟁요소들이 있을 경우 이를 제거하여 완전경쟁시장의 필요조건을 충족시켜나가는 것 보다는 오히려 불완전 경쟁요소를 더 투입할 때 경쟁이 제고될 수 있다고 주장되기도 한다(Gegengiftthese; remedial imperfections). 그러한 이유에서 입찰의 예정가격(견적가격)을 제시하되 최고가와 최저가의 간격을 크게 함으로써 추정을 어렵게 하거나, 공표 자체를 하지 않는 경우를 주요국의 사례에서 찾아 볼 수 있다. 즉, 민간입찰에 있어서 투명성은 입찰자들 사이에서는 절대적인 것이 아니며, 시장의 경쟁성(competitiveness)과의 조화 속에서 의미를 가진다.

결국 정부조달에서의 투명성은 조달당국이나 발주기관이 입찰자들에 대해 준수해야 하는 것이자, 수직적으로 입찰자들이 상호간의 정보교류나 합의 없이 가격과 품질을 중심으로 경쟁하여야 한다는 의미라 할 수 있다.

제 4 절 정보조달계약의 수직적 투명성과 입찰담합

1. 입찰참가자들에 대한 투명성 요구: 입찰의 경쟁질서 준수

수직적 관계에서의 요구되는 투명성은 그간 많은 법제 및 제도개선을 통해 괄목할 만한 성과를 거둔 것으로 평가되고 있다. 특히 전자조달 및 조달관련 정보공개 시스템 구축이 정부측면에서 조달의 투명성제고에 커다란 기여를 한 것이 사실이다. 하지만 조달제도의 목적달성 및 재정의 적정집행은 정부부문의 투명행정 노력만으로는 담보될 수 없다. 계약자로서 경쟁입찰에 참가하는 자들 사이에서도 조달계약의 체결과 이행을 위한 일종의 투명성이 준수될 때 비로서 재정의 적정 집행과 조달목적 달성이 가능해 진다. 이 점에서 민간기업들에게도 정부조달에 기여해야 할 의무가 부여된다.

하지만 이러한 의무는 사업자들에게 적극적으로 요구할 수 있는 공법적 성질의 것으로 보기는 어렵다. 영리추구를 목적으로 하는 사기업으로 하여금 투입비용을 공개하라는 식의 투명성은 기대하거나 강요할 수 없는 것이기 때문이다. 그 점에서 입찰에 참가하는 기업들에 대해 요구할 수 있는 투명성은 입찰과정에서 부당한 행위를 하지 않을 것을 요구하는 소극적 수준에 그칠 수밖에 없다. 요컨대 사업자에 대해 정부조달계약의 투명성을 준수하라는 의미는 정부조달의 효율적 이행을 저해하는 부당행위에 가담하지 않아야 한다는 소극적 요구라 할 수 있는 바, 여기서 말하는 부당행위의 대표적인 것이 입찰담합(Bid-rigging)이다.

2. 입찰담합의 의미

입찰담합은 물품구매나 건설공사의 위탁 등 발주자가 의뢰하는 목적물에 대해 둘 이상의 사업자가 공모함으로써 관련시장내의 경쟁을

제한하는 행위라고 할 수 있다.³¹⁾ 입찰담합은 시장의 구조, 산업 및 상품의 특성에 많은 영향을 받게 되는데, 일반적으로 다음과 같은 경우에 유발되기 쉽다.

먼저 시장구조적 요인들을 보면, 시장집중도가 높고, 공급자가 소수일 때 공동가격 책정(price fixing) 및 생산량 할당에 대한 합의가 쉽고, 진입장벽이 높은 경우 한계비용이상으로 가격을 올리기가 용이하므로, 그리고 시장의 투명성이 높은 경우 담합 이탈자에 대한 감시가 쉬우므로 담합의 유지비용이 적게 들어 담합이 용이하게 성립될 수 있다. 또한 수요가 비탄력적인 산업, 고정비용 비중이 높은 산업, 상품의 차별화가 어려운 동질적 상품시장의 경우와 같이 가격경쟁이 상대적으로 중요한 산업의 경우 업체들은 파괴적 가격경쟁을 피하고 담합을 하고자 하는 동기가 높아지게 된다. 수요가 정체 내지 감소하는 상품, 성숙단계에 있는 상품, 그래서 기술혁신이 거의 일어나지 않는 상품의 경우에도 이미 잘 알고 있는 경쟁자들 끼리 한정된 수요를 놓고 경쟁하게 되므로 담합유인이 높다.

물품의 경우 실제로 공정거래위원회에 의해 담합으로 심결을 받은 사례들을 분석해보면 거의 모두 위에 언급한 시장구조, 산업 및 상품의 특성을 갖는 경우이다.³²⁾ 비교적 단순한 제품구조 및 유사한 생산

31) 横川和博, “公共入札と談合”, 『獨禁法の理論と展開』, 三省堂, 2002. 354頁.

32) “대한석탄공사 철망구매입찰 참가 3개 철망제조사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(의결 제2003 - 210호, 2003. 12. 16일)”: 용접철망은 동질적인 제품이며 시장규모는 약 1,000억원으로 피심인들은 업계순위 1위에서 3위에 해당하는 위치를 차지하고 있다. 특히, 2001년과 2002년에는 대한석탄공사에서 구매입찰한 규격 9∅ 1x140x65x900x630mm 철망은 피심인들만이 생산하여 100%의 시장점유율을 나타내고 있다. “철도청의 66kV전력선 구매입찰 참가 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(2003-097호, 2003. 4. 28일)”: 66kV전력선의 연간 시장규모는 약 7억원 정도이며, 엘지, 대한, 일진 등 3개 사가 주로 생산하고 있다. 현재 사용되고 있는 전력전송선은 대부분 154kV급 이상으로 66kV전력선은 구식철도용으로 철도청에서만 사용하고 있다. ‘가스절연부하개폐기’ 사건의 경우 2003년도 말 현재 시장규모는 190 억원이고 국내생산량의 전량을 한국전력공사에서 소비하고 있으며, 국내 사업자는 11 개사가 전량공급하고 있어 이들 담합업체들의 시장점유율이 100%를 차지하고 있다.

공정과 비용구조를 갖고 있는 동질적 제품이며, 시장의 규모도 크지 않고 수요의 증가도 예상되지 않는 등 부당한 공동행위가 일어날 소지가 큰 시장이라 하겠다.

3. 정부조달에 대한 입찰담합 유발의 원인

(1) 조달시장의 저가수주경쟁 및 그에 대한 저항

입찰제도는 발주자로서 자유경쟁을 통해 자신의 이익을 합리적으로 확보하려는 수단이 되지만, 입찰업체의 입장에서는 절대적 최저가격 수준으로 조달품을 공급하게 만드는 원인이 된다. 정상적인 이윤을 추구하는 기업의 경우 경쟁 입찰 방식하에서도 평균가변비용에 해당되는 직접 조달비용 이하에서의 수주를 회피하려 할 것이다. 한계 비용이 한계 수익을 초과하는 상태에서의 생산 활동의 지속은 순손실을 초래하기 때문이다.

그러나 정부조달 및 공공시설공사는 일반 제조업과 달리, 선수주 후생산의 과정을 거치므로 수주 계약시에 산정된 비용이 실제 생산과정을 통해 증감될 수 있는 가능성이 크다. 즉, 순비용의 규모는 납품물이 완성된 시점에서 산정되어야 하므로, 생산 과정의 여건에 따라서는 당초 산정된 총비용보다 실제 총비용이 감소할 수도 있다. 또한 생산 단위의 규모가 거대하고 생산활동기간이 장기이며 큰 비중의 차입 자본에 의존하므로, 순수익이 보장되는 공사뿐만 아니라 순비용이 발생하더라도 우선 생산 실적을 필요로 하는 차원에서 입찰에 나설 수도 있다.

가격 중심의 낙찰 제도하에서 직접 공사비에 미달되는 덤핑수주를 하는 이유는 크게 다음 세 가지 측면에서 설명된다.³³⁾

33) 김광희, 『공공조달시장의 경쟁성 제고에 관한 연구』, 중소기업연구원, (2004).

첫째, 심리적 요인으로서, 정보의 비대칭적 구조하에서 건설기업들은 각자의 견적하에 합리적으로 행동하기를 기대하지만 실제의 경우에는 상대방과의 입찰경쟁 게임에서 이기기 위해서는 적자 수주를 감수할 수도 있다. 입찰참여자간의 게임상황에서 죄수의 딜레마(prisoner's dilemma)와 유사한 상황을 초래된다는 것인데, 가령 다른 입찰자들이 정상적인 이윤을 포함한 입찰가격을 제시하는데 비해, 어느 한 업체가 정상적인 조달원가에 미치지 못하는 저가로 입찰하여 수주를 할 경우, 입찰자들은 향후 반복되는 입찰기회에서 상호간에 불신이 발생하여 과잉저가수주 경쟁이 초래될 수도 있는 것이다.

둘째, 기업의 경영 여건과 관련된 전략적인 측면에서 직접 공사비 이하의 덤핑 수주를 시도하는 경우도 있다. 건설 경기의 불황으로 극심한 경영난에 직면한 건설업체가 당장의 긴급한 운영 자금을 확보하기 위하여 적자 시공을 감내하고라도 덤핑으로 수주하는 경우가 발생할 수 있다. 또한 해당년도 공사실적이 다음 해의 공사물량획득에 중요한 변수가 되는 현행 도급제도하에서는, 실적확보차원에서 전략적으로 직접 공사비 이하의 저가 수주를 할 수도 있다.

셋째, 시공과 관련된 구조적 요인으로서 덤핑 낙찰후 적자 시공분을 보전받을 수 있는 장치로서 부실시공, 하도급업체로의 공사비 전가, 공사비 보전을 위한 계약 변경 등이 자주 지적되고 있다.³⁴⁾ 부실시공은 우리 건설산업의 대표적인 문제점들 중의 하나로서 부실한 감리·감독 하에서 발생한다고 볼 수 있으며, 덤핑 수주에 의한 기대 수익률의 저하가 그 주된 동인이 되는 것으로 판단된다. 저가 입찰은 부실 공사의 3대 주요 원인중의 하나로 나타나고 있다. 또한, 건설 생산에 있어서 외주비는 해마다 증가하고 있는데, 덤핑 가격으로 수주할 경우 원도급 업체는 채산성을 확보하기 위해 또는 비용 증대를 경감시키기 위해 하도급 업체에게 비용 부담을 전가하는 관행이 자주 지

34) 이재우, 『경쟁과 담합 -제도적 경쟁저해요인에 대한 분석-』, 한국경제연구원, 1997.

적되고 있으며, 이는 곧 부실시공으로도 연결될 수 있다. 한편, 덤핑 가격으로 수주한 시공업체는 편법적으로 계약을 변경함으로써 공사비를 보전하는 방법이 활용되는 것으로도 지적되곤 한다.

이 같은 저가경쟁은 장기공급계약에서 특히 두드러진다. 따라서 공급자들은 수요독점 상태에서 최저가 공급을 강요받는 조달시장에 대해 일종의 방어 내지 저항수단을 강구하려는 유인을 가지게 된다. 그리하여 입찰 참가 기업들은 이러한 과멸적 경쟁을 회피하고 각자의 수익이 확보될 수 있는 방안을 모색하고자 하며 저가 경쟁을 제한하는 동시에 적정 수익을 확보할 수 있는 가격 수준을 상호 조정하는 것이 유리하다고 판단한다. 저가경쟁의 과급효과가 커질수록 담합에 대한 동기유발의 요인도 증대되는 것이다.

(2) 정부조달시장의 대리인 문제

대리인(agent)이 주인(principal)의 이익에 반하여 자신의 이익을 추구하거나 대리인으로써의 의무를 충실히 수행하지 않음으로 인해 발생하는 소위, 대리인 문제(agency problem)는 주인보다 대리인이 정보에서 우위를 점하는 상황에서 주로 나타난다. 이 점에서 대리인 문제는 정보비대칭성의 연장선상에 있다고도 할 수 있다. 이 때 대리인 관계는 납세자와 정부간(taxpayer-government)에는 물론이고 정부기관과 관료간(government -bureaucrat)에도 형성된다.

정부조달의 경우 대리인인 조달당국 또는 발주기관의 임직원이 주인인 납세자에 비해 조달과정 전반에 관해 더 많은 정보를 갖게 되며, 납세자가 발주기관 임직원의 업무를 감독하는 것이 불완전할 수밖에 없다. 이와 같은 상황에서 발주기관의 임직원이 상당한 재량권을 가지게 되는 경우에는 공익과 반하는 자기이익 추구 및 비리 발생, 기타 조달관리의무의 소홀 등 대리인 문제가 나타날 수 있다.³⁵⁾

35) Peter Trepte, *op.cit.*, p.84.

그 결과 비효율적인 업체가 낙찰자로 선정되어 조달의 성과가 저하되거나,³⁶⁾ 발주기관의 임직원이 이익집단에 포획되어 입찰관련 정보를 제공하거나 담합에 관여하는 등의 비리가 발생하기도 한다.³⁷⁾

4. 입찰담합의 유형

한편 입찰담합이 구체적으로 발현되는 형태는 매우 다양한데, 특히 각국의 조달관행과 경제상황, 시장구조 및 법률체계에 따라 그 유형의 편차가 달리 나타나고 있다. 그 결과 담합의 유형분류 방식도 다소의 차이가 있다. 이를테면 담행행위의 유형을 협상형(bargaining model), 매수형(bribery model), 위협형(coercion model) 및 사술형(disguise model)으로 분류하기도 하며,³⁸⁾ 일본에서 1994년 공표된 「공공적 입찰에 관계된 사업자 및 사업자단체의 활동에 관한 독점금지법상의 지침」(소위, 공공입찰가이드라인)에서는 수주자의 선정에 관한 행위, 입찰가격에 관한 행위, 수주수량 등에 관한 행위, 정보의 수집, 제공, 경영지도 등을 공공입찰에 대한 담합유형으로 꼽고 있다.³⁹⁾

반면 공공부문과 민간부문의 전반에 걸쳐 입찰담합의 적발, 심사노

36) *Id.* p.77.

37) *Id.* pp.84-85. 공공기관 임직원에 관련된 대리인 문제에 관해서는 본 논문의 말미에서 보다 상세히 언급기로 한다.

38) 김정현, 공공공사 입찰에 있어서의 담합행태에 관한 연구, 연세대학교 행정대학원 석사학위논문, 1995. 이에 따르면 매수형은 사전에 입찰참가자간에 통보하여 금품을 수수하는 방식이며, 위협형은 경쟁자에 폭력 또는 위력을 행사하여 위장 입찰을 강요 또는 입찰참여를 포기토록 하는 경우, 사술형은 경쟁이 성립할 수 없는 입찰을 사술을 써서 입찰이 성립된 것처럼 위장하는 행위, 협상형: 현시적 또는 묵시적으로 입찰 참가자들간에 서로의 공동 이익을 위하여 주고받는 방식을 의미한다. 이 중 협상형이 가장 빈번하게 발생하는 담합의 유형이다. 참여자들간의 죄의식이 희박하고 상호 연대 의식이 강한 특성이 있으며 주로 대형 건설업체들이 많이 이용하고 있다. 이러한 협상형 입찰담합은 다시 연고권을 중심으로 한 밀어주기 방식(assist model), 나눠먹기 방식(distribution model), 그리고 경쟁 상대방과의 연합 방식(coalition model)의 3가지 유형으로 구분되기도 한다.

39) 横川和博, “公共入札と談合”, 『獨禁法の理論と展開』, 三省堂, 2002. 354頁.

하우를 오랜 기간 축적해 온 미국 연방 법무부는 다음과 같은 네 가지 유형을 입찰담합의 주류적인 것으로 제시하고 있다.

(1) 입찰억제(Bid suppression)

먼저, 입찰억제방식의 담합을 들 수 있다. 이 유형은 입찰에 참가했을 것으로 예상되거나 과거에 입찰에 참가했었던 하나 또는 그 이상의 사업자들이 입찰을 하지 않거나 입찰을 철회키로 합의함으로써 특정 사업자가 낙찰을 받도록 하는 방식이다. 부동산 경매 등에 관한 입찰에서 흔히 발생되고 있다.⁴⁰⁾

(2) 보조형 입찰(complementary Bidding)

보조형 입찰은 외형상 경쟁입찰이 이루어지는 형태를 띠도록 하면서, 특정 입찰자는 낮은 가격을 제시하는 반면 다른 입찰자들은 높은 응찰가격 또는 특별조건을 제시함으로써 수요자가 특정 입찰기업의 조건 외에는 받아들이기 곤란하도록 하는 담합형태이다.⁴¹⁾ 응찰자의 최소수를 정한 입찰에서 흔히 행해지며,⁴²⁾ 담합가담자들이 대부분 연고권을 가지고 있는 우리나라의 공공건설계약에서 특히 보조형 입찰 담합이 자주 목격되고 있다.⁴³⁾

(3) 순환형 입찰(Bid Rotation)

순환형 입찰은 담합에 가담한 기업들이 입찰서를 제출하지만, 그 중 한 기업이 낮은 입찰가를 제출하고 나머지 기업들은 높은 입찰가를

40) United States v. Romer, 148 F.3d 359(4th Cir. 1998).

41) 미국의 공공조달 및 공사에 관한 보조형 입찰사례로서는 United States v. W.F. Brinkley & Son Construction Company Inc. 783 F.2d1157(4th Cir. 1986) 참조.

42) Robert E. Connolly, U.S. Department of Justice, Bid Rigging - It happens: What it is and What to Look for, *An Antitrust Primer for Procurement Professionals*. p. 2.

43) 예를 들어 서해안고속도로 건설공사 등 3개 공사 입찰담합 관련 사건. (공정위 재결 제99-71호) 참조.

제출한다는 점에서는 보조형 입찰과 유사한 형태이다. 반면 모든 담합참가자들이 미리 정해진 순번에 따라 순서대로 입찰을 받게 된다는 점에서 전자와 구별된다. 순번을 정하는 규칙은 다양한데, 경쟁자들이 계약의 규모에 따라 참가자들에게 동일한 이익을 분배하거나, 규모에 따라 배분하는 방식 등이 활용된다.⁴⁴⁾

(4) 시장분할(Market Division)

시장분할형 입찰담합은 담합에 참가한 기업들이 특정 고객이나 고객층, 상품 혹은 지역을 기준으로 할당되는 방식이다. 예를 들어 한 기업이 특정 고객이나 고객층에 대한 입찰에 응하기로 되어 있으면, 다른 경쟁자에게 할당된 고객 내지 고객층에 대해서는 응찰하지 않는 방식이다.⁴⁵⁾ 여러 건의 시설공사를 일시에 발주하는 종종 경우에 발생한다.

제 5 절 담합유발의 측면에서 본 현행 입찰제도

1. 최저가 낙찰제도

현행 최저가 낙찰제도 하에서는, 공사비나 공급비용 이하의 덤핑 입찰이 발생할 가능성이 높다. 입찰 참가 기업들은 이러한 파멸적 경쟁을 회피하고 각자의 수익이 확보될 수 있는 방안을 모색하고자 한다. 즉, 저가 경쟁을 제한하는 동시에 적정 수익을 확보할 수 있는 가격 수준을 상호 조정하는 것이 유리하다고 판단한다. 그리하여 상호 저가 경쟁의 파생 효과가 커짐에 따라 담합에 대한 동기 부여의 비중도 증대된다. 현행 공공 발주 공사의 약 30% 내외가 덤핑 행위에 의해

44) United States v. Fishbach and Moore, Inc. 694 F.2d 312(4th Cir. 1982).

45) United States v. Portsmouth Paving Corp. 694 F.2d 312(4th Cir. 1982).

수주되는 것으로 추정되고 있으나, 한 건의 덤핑 수주는 나머지 입찰 참가자 전체의 가격 산정 체계를 교란시키므로, 덤핑 행위의 발생에서 비롯되는 담합의 동기 부여는 30% 이상의 효력을 발생시킨다고 볼 수 있다. 따라서, 이러한 가격 중심의 낙찰 제도 운영 방식은 본질적으로 담합 행위를 유도한다. 적격심사방식 역시 최저가격제시자에 대한 적격 여부를 심사하는 것이므로 여전히 덤핑 입찰을 유도하고 나아가 담합의 소지를 제공할 가능성이 큰 것으로 지적된다.⁴⁶⁾

2. 예정가격제

예정가격이란 입찰 또는 계약체결 전에 낙찰자 및 계약금액의 결정 기준으로 삼기 위하여 미리 작성·비치해 두는 가액으로 낙찰자 선정 기준 및 계약체결 최고 상한금액을 의미한다. 계약담당공무원은 경쟁 입찰이나 수의계약에 부칠 사항에 대하여 당해 규격서 및 설계서 등에 의해 예정가격을 결정하고 이를 밀봉하여 미리 개찰장소 또는 가격협상 장소에 두어야 한다.⁴⁷⁾ 예정가격은 추정가격이 1억원 이하인 공사 또는 추정가격이 3천만원 이하인 물품의 제조나 구매, 용역계약의 경우 등 일정금액 미만의 수의계약을 체결하고자 하는 경우, 개산계약을 체결하고자 하는 경우, 그리고 설계·시공 일괄입찰(턴키공사)의 경우 등을 제외하고 모든 조달에 있어 작성된다.⁴⁸⁾

예정가격의 결정기준은 법령에 의하여 결정된 가격, 거래실례가격(적정한 거래가 형성된 경우), 원가계산가격(신규개발품, 특수규격품 등 특수한 물품, 공사, 용역 등 계약의 특수성으로 인하여 적정한 거래실례가격이 없는 경우), 실적공사비(공사의 경우 이미 수행한 사업

46) 윤영선·김태황·이선희, 『공공 공사 입찰 담합의 실태와 원인 분석』, 건설산업연구원, 1998.

47) 동법 시행령 제2조 및 제7조의 2.

48) 동법 시행령 제7조의 2.

을 토대로 축적된 가격), 기타 감정가격, 유사한 물품·공사·용역 등의 거래실례가격 또는 견적가격에 의하도록 규정하고 있다. 또한 예정가격의 결정에 있어서는 계약수량, 이행기간, 수급상황, 계약조건 및 기타 제반여건 등을 고려하도록 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 계약수량이 많으면 규모의 경제성으로 단가가 내려가는 것이 일반적이므로 예산절감 차원에서 이와 같은 것을 고려하여야 함을 규정한 것이라 하겠다.

그런데 예정가격제도는 산정상의 기술적 곤란성 보다 예정가격의 공시상 발생하는 담합유발요인이 문제이다. 먼저 예정가격의 결정과정을 보면, 계약관은 거래실례가격, 원가계산, 감정가격, 유사한 거래실례가격, 견적가격 등의 가격에 대하여 기초조사를 하여 계약목적물에 적합한 기준으로 기초금액을 결정한다. 이 기초금액은 입찰일 전일부터 기산하여 7일전까지 조달청의 나라장터에 공개된다. 예정가격은 기초금액의 $\pm 2\%$ 상당 금액의 범위 내에서 컴퓨터에 의해 자동 산정된 15개의 복수예비가격 가운데 입찰참가자가 추첨한 4개의 예비가격의 평균가격으로 결정된다. 전자입찰의 경우에는 입찰참가자로 하여금 전자입찰서 제출 시 2개의 예비가격 번호를 선택하도록 하여 가장 많이 추첨된 4개 번호의 평균가격으로 결정된다.

예정가격은 원가계산에 의해 계산된 기초금액의 $\pm 2\%$ 범위에서 결정될 수밖에 없고, 이 기초금액이 입찰공고 시 제시된다. 더구나 입찰자는 적격심사점수를 자신의 계산으로 정확히 알 수 있고, 거의 만점을 받으므로 적격심사를 통과하여 최저가로 낙찰받을 수 있는 가격을 산정해 낼 수 있다. 그리고 모든 입찰자들은 이와 똑같은 입찰행태를 보인다. 단지 15개 복수 예비가격 중 추첨되는 4개의 산술평균가격이 어떻게 결정되는가에 따라 자신의 입찰가격이 적중될 것인가 안 될 것인가가 결정된다.

49) 동법 시행령 제9조.

즉, 현행 제도 하에서는 입찰공고 시 공시되는 기초금액으로 입찰자 누구나 거의 정확하게 낙찰 예정가격을 추정할 수 있음으로 인해 ‘운찰제’ 현상을 초래하게 되고, 이는 곧 경쟁의 유발이나 경쟁으로 기대되는 성과를 가져오는 것이 아니라 오히려 경쟁의 의욕을 저해하게 되는 원인이 되는 것이다. 조달행정의 과도한 투명성 보장으로 인해 발생하는 문제라 볼 수 있다.

조달시장의 가격결정 체계에 있어서 예정가격의 기능은 무엇인지가 문제된다. 이점에 관해, 국가계약법 시행령 제42조, 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에서의 낙찰자 결정방법은, “예정가격이하로서 최저가격으로 입찰한 자의 순으로 당해계약이행능력을 심사하여 낙찰자를 결정한다.”로 규정하고 있다. 즉 예정가격은 구매예산의 상한선을 제시하는 기능을 한다고 볼 수 있다. 조달시장을 수요-공급에 의해 가격이 결정되는 시장경제질서 측면에서 보면, 예정가격은 수요자인 발주기관이 구매대상에 대하여 지불할 용의가 있는 최대 가격, 즉 수요자가 가격이라고 해석할 수 있다. 여기에 입찰자들의 공급가격인 투찰가격이 대응되어 낙찰가격이 결정되는 것이 조달시장의 가격결정 메커니즘이라 할 수 있다.

3. 턴키공사 입찰방식

한편 공공시설공사 시장의 경우도 설계·시공일괄공사(턴키공사) 부문에 관한 담합유발 요인의 지적이 제기된다.⁵⁰⁾ 턴키공사의 입찰은 입찰시 공사의 설계서 기타 시공에 필요한 도면 및 서류를 작성하여 입찰서와 함께 제출하도록 되어 있다. 일반경쟁입찰은 가격조건 만에 의해 낙찰자를 결정하나 일괄입찰은 가격뿐 아니라 당해공사수행능력과 설계평가를 종합적으로 고려하여 최종 낙찰자를 결정한다. 일괄입찰은

50) 윤영선·김태황·이선희, 『공공 공사 입찰 담합의 실태와 원인 분석』, 건설산업연구원, 1998.

입찰자 중 설계점수가 높은 순으로 4명을 선정하여 적격심사기준에 의거하여 종합평점이 가장 높은 업체가 실시설계적격자로 결정되고, 실시설계적격자는 실시설계서를 중앙건설기술심의위원회 또는 발주기관의 설계자문위원회에 제출하여 적격통지를 받아야 낙찰자로 확정된다.

턴키공사는 단일의 계약자가 설계와 시공을 함께 함으로서 책임소재가 일원화되고 공기단축 및 비용 절감을 가져올 수 있는 장점이 있다. 그러나 턴키공사로 발주되는 공사에 입찰하려면 총공사비의 2~3% 정도가 소요되는 거액의 설계비가 선투입되어야 하고, 더구나 설계점수가 3등 이내에 들 경우에는 설계비의 일정 분을 보전 받지만 4등 이하의 설계비를 일체 보전 받지 못하므로 자금력이 있는 소수의 대형건설업체가 아니면 입찰참여가 어렵다.

턴키공사는 초대형·고난도·고기술회 공사 위주로 발주되므로 1건의 발주규모가 크고, 낙찰되지 않을 경우의 설계비 부담이 크기 때문에 입찰업체의 수주를 위한 노력이 치열하다.

그런데 턴키공사에서 낙찰을 좌우하는 중요한 항목은 설계평가점수이다. 설계평가점수의 비중이 45점으로 가장 클 뿐만 아니라 입찰가격점수나 당해공사수행능력점수는 대부분의 입찰자가 동일하기 때문이다. 공사수주를 위해서는 설계심사위원을 대상으로 치열한 로비를 시도하지 않을 수 없고, 따라서 설계심의과정의 공정성시비가 항시 제기되고 있다. 상위권의 초대형업체들은 실제로 3,000여명에 달하는 전국각지의 설계심의위원들을 지역으로 나누어 관리하고 있다. 따라서 수주에 대한 불확실성을 낮출 수 있다면, 선투자 설계비용 및 심사위원의 관리비용 부담에 대한 위험을 줄이고, 수주를 위한 치열한 경쟁을 피할 수 있으므로 담합의 유인이 작동하지 않을 수 없는 구조라 하겠다. 턴키공사의 평균낙찰률이 일반경쟁입찰에 비해 30% 이상 높은 수준에서 결정되고 있는 것도⁵¹⁾ 턴키공사시장의 담합에 대한 의혹을 짙게 한다.

51) 지하철 9호선 개별공구의 낙찰률은 94-99% 수준으로 알려졌다.

제 3 장 조달부문의 입찰담합 규제를 위한 현행 법제의 현황과 문제점

제 1 절 입찰담합 규제를 위한 규범체계

1. 입찰담합에 대한 규범적 관심의 소재

입찰담합은 시장경제의 가장 중요한 이념인 경쟁에 근본적으로 반하는 행위로서 이를 통해 독점이윤이 창출되고 경쟁질서가 왜곡되므로, 시장경제체제를 기반으로 하는 나라에서는 예외 없이 입찰담합을 엄격히 규제하고 있다. 이 점에서 입찰담합은 원초적으로 경쟁법(공정거래법)의 적용범위 내지 공정거래위원회의 관할권의 내에 속하게 된다.

그런데 입찰담합이 민간영역이 아닌 정부영역 내지 공공부문에서 발생할 경우에는 행위의 유형 면에서 여전히 경쟁법의 관심대상이기도 하나 동시에 재정법 차원의 문제가 되기도 한다. 즉, 시장경제질서를 왜곡 내지 훼손 행위이자 국가재정의 손실을 유발하는 행위이기도 하다. 공공조달에 있어서의 입찰담합행위는 통상 경쟁가격 수준보다 높게 낙찰가격을 형성하게 함으로써 담합에 가담한 자들에게 안정적인 독점이윤을 보장하게 되며, 그 결과 공공사업에 대한 담합행위의 경우 입찰참가 기업들이 정한 자의적 가격수준과 경쟁가격과의 차이에 상당하는 금액이 부당하게 유출됨으로써 재정적 손실 및 세금의 낭비를 초래하기 때문이다. 이 때문에 국가재정 관련법에서는 입찰절차의 투명성 제고를 위한 엄격절차를 규정하는 한편, 담합에 대한 제재근거를 마련해 두고 있다.

아울러 입찰담합은 발주기관을 기망하는 행위로서 우리 형사법에 의한 처벌대상이 되기도 한다. 우리 형법 제315조가 규정하고 있는 경매 입찰방해죄가 그러하다.

이하에서는 입찰담합이 지니는 시장적 의미와 재정적 의미를 중심으로 관련규범의 대응방식을 비교법적으로 분석해 보기로 한다.

[표 6] 입찰담합관련 규정의 비교

구 분	형법(제315조)	국가계약법 (제27조)	건설업법 (제59조)	공정거래법 (제19조)
1. 시행자	공공기관, 기업, 개인	국가기관	공공기관, 기업, 개인	공공기관, 기업, 개인
2. 보호법익	입찰의 공정	경쟁의 공정한 집행	건설업의 건전한 발전	경쟁의 촉진
3. 구성요건	위계, 위력 기타의 방법	사전 협정	사전 공모	계약, 협정, 협의, 기타의 방법
4. 대상행위	입찰행위 (공사·물품·용역의 입찰)	입찰행위 (공사·물품·용역의 입찰)	입찰행위 (공사의 입찰)	부당한 공동행위 (공사·물품·용역의 입찰)
5. 위반시벌칙	2년 이하의 징역 100만원 이하의 벌금	2년 이내의 입찰 참가자격제한	5년 이하 징역 5천 만원 이하 벌금	3년 이하 징역 2 억원 이하 벌금
6. 벌칙 적용 대상	개인	법인	법인	법인
(행위자가 법인일 경우)	(행위자와 법인 양벌규정 적용)	(법 인 에 게 만 적용)	(행위자와 법인 양벌규정 적용)	(행위자와 법인 양벌규정 적용)

2. 입찰담합에 의한 조달시장의 경쟁저해와 경쟁법의 대응방식

(1) 입찰담합의 경쟁제한성

흔히 입찰담합은 카르텔 가운데에서도 경쟁제한성이 유독 뚜렷하여 소위 노골적 카르텔(naked cartel) 혹은 경성카르텔(hardcore cartel)로 불리고 있으며,⁵²⁾ 독점이나 기업결합 처럼 효율성을 증대시킬 수도 있

52) OECD는 1998년에 공표한 Recommendation Against Hard Core Cartels에서 “가격고정, 입찰담합, 출고제한, 시장분할을 위해 경쟁자들간에 이루어지는 반경쟁적 합의 내지 동조행위”를 경성카르텔로 규정한 바 있다.

는 부수효과를 전혀 가지고 있지 않고, 오로지 소비자의 피해와 업체의 혁신유인 저하, 국민경제의 인플레이션 등 폐단만을 유발하는 행위로 지목되고 있다. 그 때문에 입찰담합에 가담한 사업자에 대해서는 유보없이 규제와 처벌이 가해지며, 그 정도는 독과점이나 불공정 거래행위 보다도 엄격해야 하는 것으로 인식되고 있다. 실제로 미국의 독점금지관련 판례도 당연위법(*per se illegal*)의 원칙에 따라 입찰담합을 규제한 사례들이 다수를 이루고 있다. 공공조달시장에서 발생하는 입찰담합도 이 같은 부정적 시각으로부터 벗어나 있지 않다.

따라서 입찰담합에 대한 보편적인 규범평가에 비추어 보자면 이 문제에 관한 경쟁법적 대응방식은 매우 간명하면서도 엄중한 것이라 할 수 있다. 담합으로 인한 경쟁제한성의 규명 및 분석작업 없이도 행위의 존재만으로 사전예방이나 사후규제 절차가 곧바로 적용될 것이기 때문이다.

(2) 입찰담합의 위법성 판단

1) 합의의 존재

부당한 공동행위의 성립요건은 행위에 가담한 자들 사이의 공동성과 그 행위의 부당성이라고 할 수 있다. 이 가운데 공동성은 통상의 의사 연락 즉 합의(合意)와 행위의 외형상 일치로 이루어진다고 보지만, 특히 중요한 것은 합의의 존재라고 할 수 있다. 우리 공정거래법도 공동성은 행위의 공동성이 아닌 의사의 공동성이라고 규정하고 있다. 즉 행위의 일치까지는 이르지 않고 합의만 존재하더라도 공동성을 인정하고 있다.⁵³⁾ 그 점에서 입찰담합의 위법성을 입증하기 위한 첫 번째 전제는 합의의 존재 규명작업이라고 할 수 있다.

53) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 1항.

그런데, 입찰담합의 경우 장기간의 계획 하에 개별 입찰과정에서 합의의 효과가 영향을 주게 되므로 합의의 성립 및 그 시점을 확인하기가 통상적인 가격협정(price fixing) 사건에 비해 더 곤란한 경우가 많다. 이 때문에 입찰담합에 있어서는 개별 입찰에서 회합 등 합의의 내용을 일일이 확인할 필요성은 적다고 보게 된다.⁵⁴⁾ 일본의 경우, 가격협정사건에서는 합의의 성립에 집착하는 심판결도 입찰담합의 기본합의에 관해서는 그러한 합의의 존재만으로 충분하며 합의의 성립시점이 문제되는 경우는 거의 없는 것으로 나타난다. 합의의 구속력도 가격협정 만큼 문제가 되지 않으며⁵⁵⁾ 개별합의에서 기본합의의 존재를 추인하는 것도 가능하다고 본다.⁵⁶⁾

2) 입찰담합과 관련시장

한편 합의의 존재규명과는 달리 관련시장획정에 대해서는 대개가 일회적인 입찰에 의해 수주자는 피해를 받기 때문에 개별입찰사건을 중심으로 시장을 획정될 필요가 있다. 다만, 입찰담합이 분할발주된 동종의 안건에서 업무를 분담하는 분담형으로 이루어지는 경우에는, 복수회의 동종 입찰을 한 개의 시장으로 획정되는 것이 바람직할 것이다.

구미의 경우 입찰담합에 대해 이와 같이 기본합의를 필요로 한다는 사고방식은 채용되어 있지 않지만, 미국에서는 일회적인 개별입찰을 다루어 소추하는 경우가 많은데⁵⁷⁾ 비해, 유럽에서는 장기간에 걸친 실행을 포괄적으로 하나의 합의로 인정하는 방법이 취해지고 있다.⁵⁸⁾

54) 越知保見, 『日米歐 獨占禁止法』, 商事法務, 2005. 229頁.

55) 개별담합의 회합에 의지하는 것 자체가 기본합의의 구속력을 나타내는 증거가 되기 때문이다.

56) 協和エクシオ事件 審判審決 平成6年3月30日 審決集 40卷9頁, 東京高判 平成 8年 3月 29日 判時 1581號 37頁.

57) United States v. Reicher 938 F.2d 168 (10th Cir. 1992).

58) Pre-insulated Pipe Cartel, OJ 1999 L24/48: [1999] 4 CMLR 402.

일본의 실무는 유럽에 좀 더 가깝다고 할 수 있다. 담합참가자 전체를 일괄적발, 규제한다는 측면에서 기본적인 약정인 기본합의를 문제로 하고, 개별담합은 기본합의의 입증의 간접사실로서 이용되는 경우가 많기 때문에, 일회적인 개별입찰에 대해서는 일정한 거래분야가 성립하지 않는다고 보고 있다.⁵⁹⁾

3) 수주능력이 없는 자의 담합행위

입찰담합의 경우, 입찰자격이 없는 자에게 담합의 책임을 물을 수 있는지가 문제될 수 있으나, 특정 사업자를 밀어주기 위해 가짜 입찰(질 것을 알고 있는 금액에서의 입찰)을 하는 것인 한 수주의 능력이 없는 자에 대해서도 카르텔의 가담을 인정해야 한다는 것으로 정리된다. 미국의 경우 사업자가 사업능력을 보유하고 있지 않아도 이를 속이고 입찰에 참가하는 것이 가능하다고 보며 그러한 허위입찰행위에 의해서도 담합은 성립하는 것으로 간주된다.⁶⁰⁾

(3) 우리나라의 공정거래법 및 지침 운용실태

1) 공정거래법상 입찰담합 금지규정

정부조달이나 공공공사에서 발생하는 입찰담합행위는 일차적으로 경쟁법의 규율대상이 되며, 이에 따라 우리 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하, 공정거래법) 제19조 제1항 및 제26조 제1항이 입찰담합행위에 적용되어 오고 있다.⁶¹⁾ 다만 동법에서는 입찰담합을 별도의

59) 越知保見, 前掲書, 231頁.

60) United States v. Reicher 938 F.2d 168 (10th Cir. 1992).

61) 최근 3년간 제19조가 적용되었던 공공조달 입찰담합 사건으로는, 시각장애인용 음성유도기 제조 3사의 부당한 공동행위에 대한 건 (사건번호: 2006제카0659, 의결일자: 2006-06-30), 경주시 등의 문화재관련 설계 및 감리용역입찰 참가 2개사의 부당한 공동행위에 대한 건(사건번호: 2005구사2563, 의결일자: 2006-03-16), 정부기관 발주 지게차 구매입찰참가 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(사건번호: 2004공동3792, 의결일자: 2005-06-24), 정부기관 발주 굴삭기 및 휠로더 구매입찰참가 3개

공동행위유형으로 열거하지 않는 대신, 제19조 제1항 1호(가격의 결정·유지·변경행위)나 4호(거래지역 또는 거래상대방 제한)의 형태로 파악하고 있다.

그 결과 입찰담합 사건에 있어서 관련시장의 획정이나 경쟁제한성 분석 등 위법성 판단기준은 일반적인 부당공동행위 사건과 거의 동일하게 적용되고 있으며, 집행실무에서도 공정거래위원회의 ‘공동행위심사기준’⁶²⁾이 마찬가지로 입찰담합사건에 적용된다.

한편 입찰담합의 추정과 관련해서도 공정거래위원회의 공동행위심사기준에서는 다소 추상적이고 이론적이기는 하나 몇 가지 정황증거들이 제시되어 있다. 이러한 정황증거는 관련 행위의 일치를 확실히 설명할 수 있는 수준에 이르면 추정에 이용될 수 있겠지만, 보통은 여러 정황증거들이 종합적으로 고려되어 추정에 활용된다. 이러한 정황증거로는 합의사실을 나타내는 회사내부문건, 실무자·중역모임 또는 협의체 등에서 가격인상을 논의한 사실, 가격인상요인이 없고 초과공급 등으로 인해 시장상황이 가격인상에 적합하지 않음에도 불구하고 유사한 시기에 동일한 폭으로 가격이 인상된 사실, 높은 낙찰률 기타 시장구조 및 과거 범위반전력 등을 들 수 있다. 이 가운데 입찰담합과 직접 관련을 가지는 정황증거는 통상적인 수준 보다 높은 낙찰률이 나타나는 경우인데, 통상 입찰담합 사건에 있어서는 높은 낙찰률 사실 자체만으로는 합의로 추정될 수 없겠으나, 여타 요소들과 결합하여 합의의 추정을 가능케 하는 요소로 활용될 수 있다.⁶³⁾

사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(사건번호: 2004공동3654, 의결일자: 2005-06-24), 서울특별시지하철 1~4호선 역구내편의시설물 임대입찰 참가사업자들의 부당한 공동행위에 대한 건(사건번호: 2004공동1019, 의결일자: 2005-03-08), 삼성전자(주)와 엘지전자(주)의 부당한 공동행위에 대한 건(사건번호: 2004공동0519, 의결일자: 2004-05-27), 조달청 철근구매입찰 참가 9개 철근제조사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(사건번호: 2003공동1184 의결일자: 2003-11-01) 등을 들 수 있다.

62) 공정위예규 제20호.

63) 가령 1997년의 ‘6개 강관제조업체의 입찰담합 건’(1997.3.24, 의결 제97-45호)에서 수자원공사의 도복장강관입찰 건(3차례)과 관련하여 매번 1개 업체만이 예정가격의

2) 공정거래위원회의 입찰질서 공정화 지침

공정거래위원회는 정부조달부문에 국한된 것은 아니지만, 1995년 6월부터 ‘입찰질서 공정화에 관한 지침’을 제정하여 실무에 활용하고 있다. 이 지침에서는 입찰담합의 유형을 입찰가격담합과 낙찰예정자의 사전결정, 경쟁입찰의 수의계약으로의 변경, 경영간섭행위 등으로 분류하여 개별유형별 경쟁제한성 심사기준을 제시하고 있다.

지침에 따르면, 사업자가 공동으로 입찰에 관련한 최저입찰가격 등을 결정하거나 관련 사업자가 이에 응하는 행위, 사업자가 공동으로 입찰에 관련한 최저입찰가격 등을 결정하거나 관련 사업자가 이에 응하는 행위, 사업자간에 입찰가격을 협의하거나 그에 관한 정보의 교환, 제공을 통해 입찰가격을 결정하는 행위와 사업자단체가 입찰가격 결정에 관여하고 그 사실을 관련사업자에게 제공하는 행위는 입찰가격담합에 해당하며 경쟁을 제한하는 것으로 원칙적으로 위법하다고 보고 있다. 또한 사업자가 공동으로 수주를 희망하는 자 가운데 낙찰예정자를 미리 결정하고 이에 협조하는 행위, 수주예정자 선정과 관련하여 사업자가 공동으로 낙찰예정자를 결정한 후 이를 관련사업자에게 통지하고 협조를 구하는 행위는 낙찰예정자의 사전결정에 해당한다고 보고 있다.

3. 입찰담합에 의한 예산낭비와 재정법적 대응

(1) 개 관

정부계약에는 금전의 수수를 동반하는 형태와 동반하지 않는 형태

96.7%, 100%로 입찰하고 여타업체들은 예정가격을 상회하는 수준으로 입찰한 점, 수자원공사 등의 도복장강관입찰시 피심인들이 사전에 낙찰예정자를 정한 후 형식적으로 입찰에 참여하는 것이 관행이라고 진술한 점, 피심인들이 매월 1회꼴로 영업탐장모임을 갖고 입찰예정가격을 높이는 방안을 협의한 점 등이 추정의 한 요소로 이용되었다.

(예를 들면, 등가교환계약)가 있으며, 전자는 다시 공공부문의 지출원인이 되는 경우와 수입원인이 되는 경우로 나뉘어진다. 이 가운데 지출원인이 되는 계약에 해당하는 정부조달계약은 지출부담행위의 일종으로, 세출예산 등의 범위 내에서 체결되어야 한다. 따라서 채무부담에 대한 수권(授權)이 이루어져 있어야 함은 물론이고, 지출원인계약에 있어서는, 대가를 가능한 한 낮은 금액으로 억제하여야 하며, 반대로 높은 금액이 되는 계약은 가급적 억제하여야 한다.

우리나라의 경우 2004년 기준 정부의 구매규모는 전체 GDP의 11%에 해당하는 77조원에 달하고 있으며, 이는 전체 재정 규모의 44.5%에 해당하는 수준이다. 같은 해 공공부문 건설공사 계약액은 32조원 수준으로 국내 전체 건설공사 계약액(약 84조원)의 38.4%가량을 차지하고 있다. 정부조달부문의 입찰담합은 조달가격 상승으로 인한 국가예산의 막대한 낭비를 초래하고, 공공 공사와 조달물품의 품질을 떨어뜨림으로써, 거래상대방인 정부는 물론, 납세자인 국민을 기망하는 범죄적 행위라고 할 수 있다.⁶⁴⁾

이에 따라 각국에서는 입찰담합 문제를 경쟁법적 차원에서 대처하는 것 이외에 국가예산의 효율적 관리라는 재정법적 고려요소를 감안한 별도의 법제를 마련하여 운용하고 있다.

(2) 국가계약법 등에 의한 제재

정부조달계약은 일차적으로 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』(이하, ‘국가계약법’)의 규율대상이 된다. 동법은 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 계약을 체결함에 있어서는 원칙적으로 일반경쟁입찰에 부치도록 하는 한편, 예외적으로 계약의 목적·성질·규모

64) Gregory W. Sullivan, Massachusetts and Federal Law Regarding Fraud, False Statements, and Bid Rigging in Public Contracting, (A Guide for Massachusetts Public Officials), Feb. 2002, pp.3-4.

등을 고려하여 필요하다고 인정될 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명하여 경쟁에 부치거나 수의계약에 의할 수 있도록 하고 있다.⁶⁵⁾

이점에서 입찰담합행위는 국가를 당사자로 하는 계약의 기본원칙으로서 경쟁이념에 정면으로 반하는 것으로서 동법 제27조에서는 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대해 2년 이내의 범위에서 입찰참가자격을 제한하도록 규정하고 있으며, 이런 내용을 통보받은 여타 중앙관서의 장은 해당자의 입찰참가자격을 제한토록 하고 있다.⁶⁶⁾

한편 동법 시행령 제76조에서는 부정당업자의 입찰자격제한 사유를 보다 구체화하여, 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자에 대해서는 각 중앙관서의 장이 당해 사실이 있는 후 지체없이 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한토록 하고 있다.⁶⁷⁾

하지만 국가계약법에서는 입찰담합에 가담한 사업자에게 입찰참가자격을 배제한다는 원칙을 확인하고 배제기간을 설정하고 있을 뿐, 담합을 어떻게 적발할 것인지는 명확하게 규정하고 있지 않다. 조달청이나 발주기관은 입찰담합에 대한 조사권이 없는 만큼 사실상 담합행위의 존재여부 및 심사는 공정거래위원회에 의존할 수밖에 없는 것이 사실이다. 규제의 실효성을 확보하기 위해서는 조달당국 및 발주기관과 담합의 존재 및 위법성을 심사할 권한과 능력을 가진 경쟁당국과의 유기적인 상호협력이 중요할 것으로 보인다.

65) 국가계약법 제7조.

66) 동법 제27조 제1항. 종전에는 입찰자격제한기간을 일정기간으로 하였던 것을 2005년 12월 법개정을 통해 2년 이내의 범위로 구체화하였다.

67) 동법 시행령 제76조 제1항 7호.

아울러 국가계약법에 의한 입찰담합 제재의 정도는 비교적 약한 것으로 보인다. 즉 제재의 내용이 향후 입찰참가자격의 제한이어서 장래적 효과를 가지는데 그치고 있으며, 사후적 제재 내지 부당이득의 환수에 대해서는 별도의 제재 수단을 두고 있지 않다. 물론 입찰참가자격제한이 일정부분 담합의 억제효과를 가질 수 있다고는 할 수 있겠으나 행위의 위법성과 경쟁제한효과, 재정손실유발 효과에 비추어 상대적으로 미미한 제재인 점은 부인할 수 없다. 이 때문에 공공조달의 입찰담합행위에 대한 실질적인 제재는 타법을 통하여 달성할 수밖에 없는 것이 현실이다.

(3) 건설산업기본법에 의한 제재

건설산업기본법 제95조는 건설공사의 입찰에 있어 부당한 이익을 취득하거나 공정한 가격결정을 저해할 목적으로 입찰자간에 공모하여 미리 조작한 가격으로 입찰한 자에 대해 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다. 따라서 공공공사에 대한 입찰담합은 건설산업기본법이 적용될 수도 있다. 여기서 공모란 형법에서 사용하고 있는 의미와 같다고 보며, 그 의미에 대해서 우리 대법원은 공동가공(共同加功) 또는 공동실행의 의사라는 표현을 사용하고 있는데, 그 내용은 의사의 연락(意思의 連絡)이라 풀이하고 있어서 공정거래법 제19조에서 규정한 “공동으로”라는 의미와 같은 것으로 해석된다.⁶⁸⁾

4. 발주기관이 담합행위에 연루된 경우

(1) 국가계약법에 의한 제재 가능성

발주기관이 입찰담합에 개입하는 경우를 흔히 관제담합(官製談合)이라고 부른다. 공공기관이 발주한 입찰에 있어서 담합행위의 상당수는

68) 법원행정처, 『형사법에 관한 제문제(상)』, 법원행정처, 1990, 436면.

발주기관의 임직원이, 혹은 발주기관이 직접 담합에 가담한 경우이다. 이에 대해서는 현행 국가계약법에 아무런 제재조항을 두고 있지 않다. 그 결과 발주기관이 개입한 입찰담합은 국가계약법이 아닌 타법을 통해 제재할 수밖에 없다.

정부계약 특히 정부조달계약에 있어서 투명성 저해의 문제는 사실 발주기관이 입찰의 경쟁을 제한하는 경우에 주로 발생하고 있다. 현재 WTO나 OECD등 국제기구에서 논의되고 있는, 이른바 “정부조달에 있어서의 투명성(Transparency in Government Procurement)”도 실제로는 정부에 의한 입찰시장의 진입제한 및 담합개입에 주안점을 두고 있다. 그 점에서 현재 국가계약법이 사업자들간의 담합에만 초점을 맞추고 있는 것은 정부계약의 투명성 제고라는 점에 비추어 볼 때 미흡한 것으로 지적해 볼 수 있다.

(2) 공정거래법에 의한 제재

우선 발주기관이 직접 담합행위에 개입하는 경우 당해 행위는 일종의 수직적 카르텔적인 성격을 띠게 된다. 즉 수요자와 공급자가 공동으로 경쟁을 제한키로 하는 합의를 체결한 것으로 볼 수 있으며, 합의의 단면이 수직적인 형태를 띠고 있을 뿐 그 경쟁제한성은 수평적 공동행위와 별반 다르지 않다. 그런데 우리나라의 학설과 실무는 수직적 카르텔을 공정거래법 제19조 소정의 부당한 공동행위로 볼 수 있을 지에 대해 의견이 수렴되어 있지 않으며 공정거래위원회 역시 이에 관해 부정적인 해석을 하고 있다. 따라서 현재로서는 이러한 행위를 담합 내지 부당한 공동행위로 규제하기는 쉽지 않은 것으로 판단된다.

결국 이 경우에 대해 공정거래법을 적용한다면 근거규정은 제19조가 아닌 제23조 즉, 불공정거래행위금지규정이 될 것이다. 그 가운데서도 입찰참여 사업자가 발주기관에 대하여 낙찰에 유리한 조건을 제

시하는 경우에는 공정거래법 제23조 제1항 3호 전단에 의한 부당한 고객유인행위⁶⁹⁾에 해당할 수 있으며, 반대로 발주기관 측이 낙찰의 대가로 일정한 반대급부를 요구하는 경우에는 ‘거래상 지위 남용행위’ 가운데 ‘이익제공 강요행위’에 해당할 가능성이 있다.

국가 및 지방자치단체 또는 공공기관이라도 사경제주체로 활동하는 경우에는 제한적으로 사업자성이 인정될 수 있다. 즉 국가 등 공공기관이 고권적 활동 이외에 사업자적 활동을 하는 경우에는 그 범위 내에서 공정거래법이 적용될 수 있다고 해석된다.⁷⁰⁾ 판례 역시 이점을 확인하고 있다.⁷¹⁾

하지만 민간사업자와는 달리 발주기관이 리베이트 수수를 목적으로 입찰행위에 개입하고 특정 사업자에게 수주를 주는 경우는 현실적으로 발생가능성이 낮으며, 주로는 발주기관의 임직원이 사육추구 목적으로 입찰담합에 개입하는 경우가 대부분이다. 이 경우 일반 형사법 및 공무원에 관한 처벌법규의 적용을 생각해 볼 수 있다.

5. 발주기관의 임직원이 개입한 경우 - 형사법을 통한 제재

발주기관의 임직원이 담합행위에 가담한 경우에는 우선 형법 제315조가 정하는 경매입찰방해죄에 해당할 수 있다. 다만 동 조항에서는 “위계 또는 위력 기타의 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해하는 자는 2년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다”고 함으로써 위계 또는 위력 기타의 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해할 경우 경매입찰방해죄가 성립된다고 규정하고 있다.

69) 그 가운데도 부당한 이익에 의한 고객유인행위로 볼 수 있다. 독점규제및공정거래에관한법률시행령 별표1 4호 가목 참조.

70) 권오승, 『경제법』, 법문사, 2005, 137면.

71) 대법원 1990.11.23. 선고, 90다카3659 판결. 이 판결에서 대법원은 국가나 지방자치단체가 사경제의 주체로서 타인과 거래행위를 하는 경우에는 그 범위 내에서 공정거래법 소정의 사업자에 포함된다고 판시하였다.

문제는 통상적인 정부조달에서의 입찰담합의 경우 동 조항에서 문 제삼는 경매입찰방해행위에 해당하는가 하는 점이다. 위계 또는 위력 으로 입찰담합이 이루어져서 입찰의 공정을 해하였다면 형법 제315조 가 적용된다는 점에 이의가 없다. 하지만 그 밖의 방법으로 입찰담합 이 이루어졌을 경우에는 이를 입찰방해죄의 구성요건에 해당된다고 볼 것인지에 대해 논란이 있다. 이에 대해 판례는 비교적 소극적인 입장이어서, 담합금이 지극히 적은 경우 또는 담합의 목적이 일반적 구체적 사정으로 보아 일반 상거래에 있어서의 적정한 가격을 유지하 고, 또 발주자의 예정가격 범위 내에서 무모한 경쟁을 방지하려 함에 있는 경우에는 비록 금품을 수수한 경우라도 입찰의 공정을 해하였다 고는 볼 수 없으며 따라서 본 죄의 위법성이 조각된다고 보는 것이 대법원의 입장이다.

그 밖에 형법 제355조의 배임죄 내지 제357조의 배임수증죄의 경우 도 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 타인의 청탁을 받 고 재물 또는 재산상의 이득을 취한 자에 대한 처벌규정이라는 점에 서 입찰담합의 과정에 금전적, 재산적 반대급부를 취득한 경우에 적 용될 여지가 있다.

한편 발주처가 정부 등 공공기관일 경우에는 임직원의 담합가담행 위에 대한 처벌규정이 별도로 적용될 수 있다. 이를테면 『회계관계 직원의 책임에 관한 법률』 제4조는 회계관계 직원이 고의 또는 중과 실로 법령 그 밖의 관계규정과 예산에 정해진 바에 위반하여 국가, 지방자치단체 기타 감사원의 감사를 받는 단체 등의 재산에 손해를 끼친 때에는 변상할 것을 규정하고 있다. 동 법률 제4조는 변상책임만 을 규정하고 있으나, 『특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률』 제5조가 특 히 국고 또는 지자체의 손실이 5천만 원 이상일 때는 3년 이상의 유기 징역 등의 형사처벌조항을 두고 있어 매우 엄정한 처벌이 가능하다.

요컨대, 국가계약법령에서는 공공기관에 의해 행해지는 입찰에 대한 담합행위에 대해 적용되는 반면, 형법에서는 사인이 행하든 공공기관이 행하든 모든 입찰 및 경매에 적용된다. 입찰담합을 형법상의 범죄로 규정함으로써 형벌에 의한 엄격한 처벌이 가능하며, 그 한도 내에서 억제력을 기대할 수도 있다. 하지만 여전히 입찰담합의 존재를 규명하는 일은 사법경찰관리나 검찰의 입장에서도 용이한 일이 아니며 설령 입찰담합이 존재하더라도 공정거래법 위반의 입증과는 달리 형사처벌의 전제로서 구성요건 해당성을 추출해 내는 일이 쉽지 않다.

제 2 절 기존 규범체계의 한계와 대안

최근 수년간 우리 조달당국은 조달의 투명성 제고를 위하여 입찰정보의 공개 및 전자조달시스템의 정착, 예정가격제 등을 통한 낙찰의 공정성 확보 등 괄목할 만한 성과를 거둔 것으로 평가받고 있다. 특히 입찰초청 및 계약체결에서 계약금의 지불에 이르기까지 정부조달의 모든 절차를 전자시스템화함으로써 입찰자들이 입찰장소에서 서로 대면할 기회를 줄이는 한편 정부조달시장에 대한 진입장벽이 크게 낮추게 되어 담합을 방지하기 위한 환경을 구축한 것으로 평가된다.⁷²⁾

한편 공정거래위원회 차원에서도 공공기관이 발주하는 입찰 관련 정보를 조달청 전자조달시스템(G2B)로부터 온라인으로 전송받아 낙찰률과 참여업체 수 등 입찰담합의 징후를 계량적으로 분석하는 ‘입찰담합징후시스템’을 2006년 1월부터 도입하여 운영중에 있다.⁷³⁾ G2B에서 자동적으로 전송하는 입찰은 50억 이상의 공사, 25억 이상의 물품 및 용역의 대규모 입찰을 대상으로 한다. 온라인으로 전송되지 않는 입찰의 경우는 상시 G2B에 접속하여 입찰담합의 징후를 포착하게 된다.

72) 김대인, 앞의 논문, 212면.

73) 공정거래위원회, 공공부문 입찰담합 징후분석 시스템 가동에 관한 보도자료 (2006. 1. 18) 참조.

아울러 2004년 12월 중소기업진흥및제품구매촉진에관한법률을 개정하여 2007년 1월부터 단체수의계약제도를 완전 폐지하되, 2년간 유예기간을 두고 2006년 말까지 단체수의계약 지정물품을 중소기업의 공공구매시장에서도 경쟁의 개념이 도입되는 중소기업간 경쟁물품으로 전환하기로 한 것도 조달시장의 경쟁제고에 기여할 것으로 평가된다.⁷⁴⁾

하지만, 정부조달에 대한 입찰담합에 관한 현행법제는 입찰참가자들 간에 이루어지는 경우와 발주기관이 임직원 등을 통해 개입되어 있는 경우가 모두 투명성 측면에서 미비점을 내포하고 있다. 규제와 처벌의 목적이 시장경쟁의 유지 내지 부패의 방지에 있으며, 정부조달계약에 대한 입찰담합행위가 국가재정에 주는 영향을 고려하고 이 문제를 해결하기 위한 노력은 포섭할 수 없는 규범철학의 괴리에서 발생하는 문제라고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 미비점은 입법적 보완을 통해 해결될 수밖에 없을 것으로 보이며, 그 대안은 다음의 두 가지 방향으로 이루어져야 할 것으로 판단된다. 우선 i) 입찰참가자들간의 담합행위의 경우 담합행위를 적발하여 조사할 수 있는 여건을 현실적으로 확보하여야 한다. 그리고 ii) 공공기관이 발주처로서 입찰담합에 개입한 경우에는 입찰가담 사업자와는 별도로 해당 임직원에 대한 제재와 재정적 손해의 변상의무를 부과하는 방안이 추가적으로 고려되어야 할 것이다. 이하에서는 이러한 논의방향에 착안하여 우선 주요국의 관련 법제를 분석한 후 우리 법에의 시사점을 도출하고자 한다.

74) 공정거래위원회, 공정거래백서, 2005, 166면.

제 4 장 주요국의 관련법제 분석

제 1 절 일본의 공공조달 및 입찰담합 규제

1. 일본 공공조달제도의 개요

(1) 현행 공공조달제도의 개요

일본 공공조달제도는 국가 등에 대해서는 회계법 및 예결령⁷⁵⁾에, 지방공공단체 등의 경우는 지방자치법 및 동법 시행령⁷⁶⁾을 근거로 하여 운영된다. 이처럼 이원적인 구조를 취하고 있으나 국가·지방공공단체 모두 제도상의 가격을 평가기준으로 한 일반경쟁입찰을 원칙으로 하고 있으며, 예외적으로 지명경쟁입찰 또는 수의계약을 방식을 채택할 수 있는 경우를 인정하고 있다는 점에서도 공통된다. 한편 국가·지방공공단체 등이 일정액 이상의 물품·서비스를 조달하는 경우에는 WTO 공공조달협정⁷⁷⁾에 의한 조달의무를 준수하여야 한다.⁷⁸⁾

또한, 공공조달에 계약담당관 등은 경쟁입찰의 실시에도 적당하고 사양서·설계서 등에서 예정가격을 정하도록 되어 있다. 이에 따라 예정가격을 넘는 가격으로 입찰한 자를 낙찰자로 선정될 수 없다.⁷⁹⁾ 이 점에서 예정가격은 예산범위 내에 계약을 하기 위한 상한가격으로서 의미를 갖게 된다.⁸⁰⁾

75) 『예산결산 및 회계령』(1947. 4. 30. 勅令 제165호).

76) 『지방자치법시행령』(1947. 5. 3. 政令 제16호).

77) WTO 공공조달협정(1996.1.1.발효)은 국가·지방공공단체 등에 의한 조달에 관하여 내국민대우 원칙 및 무차별 대우 원칙 적용, 고충신청·협의·분쟁해결에 관한 실효적 절차를 정하고 있다.

78) 예를 들면, 건설서비스 조달 경우, 6억6천만엔 이상 국가 조달, 22억2천만엔 이상 지방공공단체의 조달은 WTO 공공조달협정의 적용대상이 된다.

79) 회계법 제29조의6제1항, 지방자치법 제234조제3항 등.

80) 적정화지침에는 예정가격에 대하여 『입찰전에 공표하면, 예정가격이 표준으로 되

(2) 공공조달의 참가자격

현행 회계법령에는 일반경쟁입찰을 원칙으로 하고 있지만 일반경쟁 입찰을 실시하기 위해서는 입찰에 참가하는 자가 당해 계약을 책임질 수 있어야 하며 당해 계약을 완전하게 이행하는 능력을 보유하고 있을 것이 전제되어야 한다.

1) 결격요건

현행 회계법령은 일정한 결격요건을 정하고, 당해 계약체결 능력이 없는 자 등에 대하여는 입찰참가를 인정하지 않는 것 외에 조달물품의 품질·수량에 관하여 부정을 한 자 등 일정한 요건에 해당하는 자를 입찰에 참가시키지 않을 수 있도록 하고 있다.⁸¹⁾

2) 적극요건

현행 회계법령은 상기 결격요건 이외에도 발주자가 적극요건을 정하는 것을 인정하고 있으며, 필요한 경우 계약의 종류·금액에 따라서 실적, 종업원수, 자본금, 기타 경영상황 등에 관한 사항에 관하여 일반경쟁입찰 참가자격을 정할 수 있도록 하고 있다. 이와 아울러 특히 필요하다고 인정할 경우에는 새로이 당해 입찰에 참가자격을 정할 수도 있다.⁸²⁾

실태를 보면 현재 행하여지고 있는 일반경쟁입찰에는 통상, 경영사항 평가점수, 시공실적 등에 관한 입찰참가자격이 설정되어 있다.⁸³⁾

어 경쟁이 제한되고, 낙찰가격이 높게 되는 것, 담합이 한층 용이하게 될 가능성이 있는 것 등에 비추어 국가에는 입찰 전에는 公表하지 않는 것으로 하고 있다.」로 되어있다. 단, 『지방공공단체에는 법령상 제약은 없기 때문에, 각 단체에 적절하다고 판단하는 경우에는 사전공표를 하여야 한다.』고 되어 있다.

81) 예결령 제70조 및 제71조, 지방자치법시행령 제167 조의 4.

82) 예결령 제72조 및 제73조, 지방자치법시행령제167조의5 및 제167조5의2. 또, 지방공공단체가 설정하는 지역요건에 대하여는 『제1장. 지역요건』(p18) 참조.

83) 미국에서는 공공공사의 입찰참가자가 낙찰되었음에도 불구하고, 계약에 이르지 않는 경우 발주자의 리스크(재입찰 비용 등)에 대응하기 위해, 입찰참가자에게 계

(3) 발주방법

현행 회계법령에는 일반경쟁입찰이 원칙이지만, 일정한 경우에는 지명경쟁입찰 또는 수의계약도 인정된다(회계법 제29조의3, 지방자치법 제234조). 유럽이나 미국의 경우 공공조달에는 이러한 발주방법 외에 복수사업자와의 교섭을 통하여 계약자를 선정하는 방법도 인정되고 있다.

1) 일반경쟁입찰

일반경쟁입찰과는 계약에 관한 공고를 하고 일정한 자격이 있는 불특정 다수의 희망자 모두를 입찰에 경쟁시켜 더욱 유리한 조건을 제시한 자와 계약을 체결하는 방법이다. 현행 회계법령에 일반경쟁입찰을 원칙으로 하고 있는 것은 가능한 한 경쟁의 폭을 넓힘으로써 공정성과 경제성을 확보하기 위한 취지라고 할 수 있다.

한편, 일반경쟁입찰에 대하여는 사무절차의 번잡, 불량·부적격 업체의 배제 곤란 등의 문제가 지적됨에 따라 일반경쟁입찰 확대를 경제해야 한다는 견해도 대두되고 있으나 일부 대규모공사 외에는 이런 논의는 확산되지 않는 상태이다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾

약예산액의 5~20%의 입찰보증금을 받는 것을 의무화하게 하는 『입찰본드제도』가 채용되고 있다. 입찰본드제도는 공공공사의 수주자 선정과정에 기업의 경영상황의 양질을 판단하기 위해, 발주자 리스크 회피의 수법으로서 큰 효과를 가지고 있다고 한다. 또, 본드를 인수하는 보증회사 등의 시장관계자의 판단이 수주자선정에 반영되기 위해, 보다 정확한 기업의 경영상황 평가가 가능하고 불량·부적격 업체 배제에 유효하다고 지적되고 있다.

- 84) 일본 공정거래위원회는 2003년에 『지방공공단체의 입찰·계약의 자세에 관한 양케이트 조사결과』(47 都道府縣·13 政令指定都市를 대상에 실시. 이하 『지방공공단체 양케이트』라고 한다.)를 정리하고 있다. 지방공공단체 양케이트에 의하면, 일반경쟁입찰 대상범위 확대를 위한 과제로서 사무수속의 번잡을 열거한 것이 46단체에 달하고, 불량업체 배제가 곤란한 것을 열거한 단체도 27단체였다(회답은 2개까지 선택가). 또, 일반경쟁 입찰에 대하여는 전체의 1/3에 달하는 19단체가 WTO 대상 안전에 한정하고, 1억円 미만에까지 대상을 넓히고 있는 단체는 3단체에 머물렀다.
- 85) 적정화 지침에는 『자격심사 및 감독·검사에 관한 체제의 충실, 사무량 경감 등을 꾀하면서 일반경쟁입찰이 원칙으로 되고 있는 것을 근거하여 대상공사의 재검

2) 지명경쟁입찰

지명경쟁입찰은 발주자가 기술력·경영상황 등에 대하여 적당하다고 인정한 복수 업자를 지명하고 지명업자만을 입찰에 경쟁시켜 보다 유리한 조건을 제시한 자와 계약을 체결하는 방법이다. 현행 회계법령에는 경쟁에 참가할 수 있는 자가 소수인 경우 등 일정한 경우에 한하여 인정되고 있다.⁸⁶⁾

한편, 지명경쟁입찰은 일반경쟁입찰에 비하여 사무절차가 간편하고, 불량·부적격 업자의 배제가 용이한 점 등 장점이 있어서 현재에 일본내에서 지명경쟁입찰방식이 채용이 확산되고 있는 상황이다.

하지만 지명경쟁입찰에 대하여는 ①지명에 이르는 과정이 불투명하고 ②지명에 맞게 입찰참가의욕이 고려되지 않은 후에 지명 사퇴도 사실상 곤란하고 형식적인 입찰을 초래하기 쉬우며, ③입찰참가업자가 고정화하여 입찰담합을 유발하기 쉽다는 점 등이 문제로 지적되고 있다.

3) 공모형 지명경쟁입찰

공모형 지명경쟁입찰이란 지명경쟁입찰의 한 유형이지만, 지명업자 선정에 맞게 사업자의 입찰참가의욕을 반영하게 하는 동시에 당해 안건에 관한 기술적 적성을 파악하기 위하여 안건과 같이, 유자격자 중 일정 범위의 자부터 간편한 기술자료 제출을 모집하고, 기술자료를 제출한 사업자중에서 입찰참가업자를 지명한다고 하는 절차를 채용한 방법이고, 최근, 국가·지방공공단체 등에 도입·대상 범위의 확대가 진행되고 있다.⁸⁷⁾

토 등에 의해 적절한 일반경쟁입찰의 실시에 노력한다.』것으로 되어 있는 외에, 2003년 3월에 각의결정된 『규제개혁추진3개년계획』(재개정)에도, 일반경쟁입찰의 확대가 요구되고 있다.

86) 회계법 제29조의3 제3항, 지방자치법 제234조 제2항·동시행령제167조.

87) 지방공공단체 양케이트에 의하면, 53단체에 공모형 지명경쟁입찰이 도입되어 있

공모형 지명경쟁입찰에 대하여는 자격을 갖춘 업자도 발주자에 지명되지 않는 한 입찰에 참가할 수 없기 때문에 발주자의 자의성이 완전하게는 배제되지 않는다는 지적도 있지만, 자격을 만족하게 갖춘 업자는 모두 지명하는 등 대처도 진행되고 있다.

4) 수의계약

수의계약이란 입찰에 의한 것이 아니고, 발주자가 적당하다고 인정하는 자를 선정하여 계약을 체결하는 방법이다. 회계법령상은 계약의 성질 또는 목적이 경쟁을 허용하지 않는 경우 등, 일정한 경우에 한하여 인정되고 있다. 수의계약은 경쟁에 의한 것이 곤란한 경우 등에 사용되는 방법이고, 경쟁입찰을 원칙으로 하는 현행 회계법령을 보완하는 면도 있지만, 한편으로 그 운용방법에 의하여 경제성·공정성이 확보되지 못하게 되고, 민관의 유착을 초래할 우려도 있다.

수의계약 운용과정에서는 본래 경쟁에 부쳐야 할 안건을 수의계약 방식을 적용한다는 비판이 일본 내에서도 줄곧 제기되는 것으로 알려지며, 대외적인 설명(회계검사, 정보공개 등)을 회피하기 위한 목적으로 수의계약을 할 수 있는 안건에 대하여도 형식적으로 입찰에 붙이고 그것이 입찰담합을 유발하고 있다는 지적이 있다.

(4) 지역진흥·중소기업의 수주기회 확대를 위한 발주방법

1) 총론

공공공사 경쟁입찰에는 지역진흥·중소기업의 수주기회확대의 정책적 요청을 배경으로 입찰참가조건으로서 「당해 지방공공단체에 본사·영업소를 두고 있는 것」을 의무화하는 「지역요건」을 붙이거나, 공동기업체를 결성시켜, 지역기업 참가를 의무 부여하는 사례 등이 있다.

고, 1 억円 미만의 공사를 대상으로 하고 있는 단체가 11단체, 3 억円 미만의 공사를 대상으로 하고 있는 단체는 30단체에 이르렀다.

또, 중소기업에 관한 국가 등의 계약에 대하여는 1966년에 제정된 『관공수법』(官公需法)⁸⁸⁾이 적용된다. 동 법은 중소기업자의 발전에 이바지하는 것을 목적으로 국가에 대하여, 중소기업의 수주기회 확대를 위한 시책을 강구하도록 노력하는 것을 요구하고 있다.

2) 지역요건

지방공공단체는 일반경쟁입찰 및 지명경쟁입찰에 참가하는 자에 필요한 자격을 정할 수 있지만,⁸⁹⁾ 구체적인 요건의 내용에 대하여는 지방공공단체의 재량에 위임하고 있다.

또, 계약의 성질 또는 목적에 의해 당해 입찰을 『적정·합리적으로 하기 위해 특히 필요가 있다고 인정할 때』에는 사업자의 소재지를 입찰참가 자격으로 설정할 수 있도록 하고 있다.⁹⁰⁾

많은 지방공공단체에는 지역기업육성 등의 관점에서, 입찰참가자격으로서 『현내에 본점 또는 영업소를 가지는 것』과 규정하는 등 경쟁입찰에의 참가를 지역업자에 한정하는 제도를 채용하고 있고, 지역요건으로 불리어 지고 있다.⁹¹⁾

지역요건에 대하여는 적정화 지침에, 『지역의 중소·중견건설업자 육성 이외, 장래에 있어서 유지·관리를 적절하게 한 관점에서 합리성을 가지는 경우도 있지만, 과도하게 경쟁성을 저하시키도록 한 운용으로 되지 않도록 유의하는 것으로 한다.』로 되어 있다. 또 『규제개혁추진 3개년 계획』에도 『경쟁성 확보 관점에서 과도하게 경쟁성을 저하시키도록 한 운용으로 되지 않도록 하기 위한 구체적인 추진방책을 검토한다』고 되어 있다.

88) 『관공수에 대한 중소기업의 수주 확보에 관한 법률』(1966. 6.30.법률 제97호).

89) 지방자치법시행령 제167조의 5, 제167 조의 11.

90) 지방자치법시행령 제167조의 5의 2.

91) 지방공공단체 앙케이트에 의하면 『원칙으로 지역업자를 우선하는 지역요건을 설정하고 있다』라고 회답하는 단체가 44단체로 7할을 넘고 있다.

3) 공동기업체

공동기업체(특정건설공사 공동기업체)는 대규모 및 기술적 난이도가 높은 공사시공에 기술력 등을 결집하는 것에 의해 공사의 안정적 시공을 확보하는 경우 등 공사의 규모, 성격 등에 비추어 필요가 인정되는 경우 등에 조직된다.

공동기업체를 조직하여야 하는가는 원래 각각의 사업자가 자주적으로 판단하여야 하는 것이지만 공공공사에는 발주자가 공동기업체에 의한 입찰참가 및 지역중소 기업의 참가를 의무화하는 등 지역기업의 진흥, 중소기업의 수주기회 확보가 목적으로서 준비되는 경우가 있다.⁹²⁾

4) 분할발주

발주자는 중소기업의 수주기회 확보, 공기, 시행계획 등을 종합적으로 감안하여 필요에 따라서 하나의 대규모 물건을 복수의 중소기업으로 세분화하여 발주하는 것이 있다.

이러한 분할발주에 대하여는 『관공수법』에 기준한 「2003년도 중소기업자에 관한 국가 등의 계약의 방침」(각의결정)에, 「국가 등은 물품 등의 발주에 가격면, 수량면, 공정면 등으로 보아 분리·분할하여 발주하는 것이 적절한가를 충분히 검토하여, 가능한 분리·분할하여 발주하도록 노력하여야 한다」로 되어 있다.

한편, 분할발주에 대하여는 과도한 운용이 행하여진 경우,

- ① 세분화된 물건이 적정 롯트에 부족하고, 공사가 비효율적(고비용)으로 된다.
- ② 특수한 기재, 공법을 필요로 하는 공사에 대하여 시공능력을 보

92) 또, 국토교통성은 「입찰계약적정화 철저를 위한 당면의 방책에 대하여(2003年度)」에 입찰계약의 경쟁성·투명성 향상 등의 하나로서 특정건설공사 공동기업체와 단독의 건설업자의 쌍방에 입찰참가를 인정한 혼합입찰의 촉진을 열거하고 있다.

유하는 업자가 입찰부터 배제되면, 결과로서 낙찰업자에 의한 이른바 일괄하도급을 유발·조장한다.

- ③ 지역요건의 설정, Rank제 등과 함께 과도한 분할발주가 된 경우 입찰참가업자가 고정화하는 것에 의해 담합을 유발·조장한다는 문제가 생긴다고 지적되고 있다.

5) Rank제

공공공사를 수주하려고 하는 자는 그 경영에 관한 객관적 사항에 대하여 국토교통 대신 또는 도도부현 지사의 심사(경영사항심사)를 받는 것이 의무화되어 있다.⁹³⁾

국가·지방공공단체 등에는 품질 확보, 경쟁입찰에 있어서 적정한 경쟁이나 수주 기회 공평의 확보라고 하는 관점에서, 경영사항심사의 결과(경영사항 평가점수) 및 공사성적 등 입찰참가업자의 규모나 기술력에 따라서 업자를 복수의 Rank로 분류하고 Rank에 따라서 입찰에 참가할 수 있는 안건을 한정하게 되는데 이러한 제도는 Rank제라 한다.

Rank제의 채용 및 그 내용에 대하여는 발주자의 재량으로 위임되어 있지만, 과도한 운용이 되면 건설업자의 생존경쟁을 촉진하고 경쟁을 제한하는 효과를 보유한다는 지적이 있다.

현재, 많은 국가·지방공공단체 등에 Rank제가 채용되고 있지만 일부의 지방공공 단체에는 경쟁촉진 등의 관점에서, Rank수의 삭감(三重縣 등), Rank제의 폐지(横須賀市 등) 등의 대처가 행하여지고 있다.

6) 지역업자의 하청사용(지역산품의 이용)

지방공공단체는 지역경제 활성화 등의 관점에서, 입찰참가업자 또는 낙찰업자에 대하여 지역업자의 하청사용이나 지역산품 이용을 요구하는 것이 있다.

93) 건설업법 제27조의 23 제1항.

(5) 계약자의 선정기준

1) 최저가격 자동낙찰방식

민간기업 조달에는 통상, 가격이나 품질 애프터서비스 등 여러 가지 요소를 종합적으로 감안하여 계약 상대방을 선정하고 있지만 공공조달은 원칙으로서 예정가격제한의 범위 내에 일정 사양에 관한 최저가격 입찰자를 낙찰자로 한다는 「최저가격자동낙찰방식」이 채용되고 있다.⁹⁴⁾ 예정가격제도에 따라 계약자선정에 맞게 계약담당직원의 자의성을 배제하는 방식도 활용된다.

또, 최저가격 자동낙찰방식 이외로 저가입찰가격조사제도 및 최저제한가격제도가 설치되어 있다. 저가입찰가격조사제도란 각 발주자에 미리 해당자의 입찰가격에는 계약내용에 적합한 이행이 되지 않을 염려가 있다고 인정될 경우 등의 기준을 정하고, 입찰가격이 당해 기준에 해당한 경우에는 필요한 조사를 하고, 전기의 염려가 인정된 경우 등에는 당사자와 계약을 체결시키지 않고, 당사자의 다음에 낮은 가격으로 입찰한 자와 계약할 수 있다는 제도이다.⁹⁵⁾

반면 최저제한가격제도란 심사체제 등을 고려하여 지방공공단체만에 인정된 제도로서 당해 계약의 내용에 적합한 이행의 확보를 위하여 특히 필요가 있다고 인정할 때에는 미리 최저제한가격을 설정하고, 당해 가격이상의 가격으로 입찰한 자 중, 최저가격으로 입찰한 자와 계약할 수 있다는 제도이다.⁹⁶⁾

저가입찰가격조사제도와 최저제한가격제도의 차이는, 입찰가격이 사전에 정한 기준에 해당한 경우에 그 내용을 조사한 위에 계약의 적부를 판단하는지(저가입찰 가격조사 제도) 그것과도 그 내용을 조사하는

94) 회계법 제29조의6, 지방자치법 제234조 제3항.

95) 회계법 제29조의 6, 예결령 제84조, 제89조, 지방자치법시행령 제167조의10 제1항.

96) 지방자치법시행령 제167조의10 제2항.

것이 아니고 자동적으로 계약의 대상 외라고 하는 가(최저제한가격제도)라고 하는 점이 있고, 적정화 지침에는 저가입찰가격조사제도를 활용을 촉진하기 위하여, 「입찰참가자의 기업노력에 의한 보다 낮은 가격의 낙찰 촉진과 공공공사의 철저한 품질확보 관점에서, 실시요령의 책정을 포함한 심사체제의 정비 등을 계속 피하고, 최저제한가격제도부터 이행에 노력한다」고 되어 있다.

또, 일반경쟁입찰의 확대에 맞게는 참가 자유화에 의해 이른바 덤핑수주가 증대한다는 지적이 있지만 적정화지침에는 「소위 덤핑수주는 건설업의 건전한 발달을 저해하는 동시에 특히, 공사의 부실, 하청에의 악영향, 노동조건 악화, 안전대책의 불철저 등에 연결되기 쉽기 때문에, 각 성청 장 등에는 현행 저가입찰가격조사제도 및 최저제한가격제도를 적절하게 활용하여, 덤핑수주의 배제를 꾀한다」고 되어 있다.

2) 종합평가낙찰방식

상기대로, 현행 회계법령에는 가격에 의해 계약자를 선정하는 것이 원칙으로 되어있지만, 가격 이외 요소를 중시하는 필요가 있는 경우에는 가격에 추가하여, 기술·성능 등 가격 이외 조건도 포함하여 입찰시켜, 예정가격 제한의 범위 내에 있는 자 중, 가격이외 조건과 가격으로 종합하여 평가하고, 국가 등에 의하여 더욱 유리한 자가 계약자로 선정되게 하는 방식이 있는데, 이러한 계약자의 선정방식은 「종합평가낙찰방식」으로 불리어지고 있다.⁹⁷⁾

종합평가낙찰방식에 대하여는 국토교통성에 전 발주금액의 2할 이상을 종합평가낙찰방식으로 하는 등 도입·시행이 진행되고 있다.⁹⁸⁾

97) 회계법 제29조의6 제2항, 지방자치법시행령 제167조의10의2 제1항.

98) 국토교통성은 2003년 4월에 공표한 입찰계약적정화를 위한 당면의 방책이나, 국가·지방공공단체 등에 있어서 대처의 진전에, 「종합평가낙찰방식에 대하여는 전 발주금액의 2할 이상을 목표로 시행 확대를 꾀하는 동시에 또, 지방공공단체에의 보급을 염두로 사례집 작성을 한다」라고 되었다.

기타, 지방공공단체에도 도입·시행이 진행되도록 하고 있다.⁹⁹⁾

한편, 동 방식은 현행 회계법령에는 어디까지나, 보완적인 자리 매김이고, 국가기관이 종합평가낙찰방식을 이용하는 경우에는 원칙으로서 개별안건과 같이, 주무대신과 재무대신과 협의가 이루어지고 있다.¹⁰⁰⁾ 지방공공단체가 종합평가낙찰방식을 채용하는 경우에는 사전에 낙찰자 결정기준을 정하는 것, 학식경험자 의견을 듣는 것 등이 필요하다.¹⁰¹⁾

또, 종합평가낙찰방식에 대하여는 동 방식에 익숙하지 않은 발주자에게는 그의 적절한 운용이 앞으로의 과제라고 하는 지적이 있다.

또, 종합평가낙찰방식을 채용하는 경우, 낙찰자의 선정에 맞고, 가격과 가격이외의 조건을 어느 정도 비중으로 하는 가 등을 정할 필요가 있지만, 현행 평가방식인 이른 바, 제산방식(기초점과 가산점의 합계를 입찰가격으로 뺀 수치를 평가치로 하는 방식)에는 대부분 분모에 오는 입찰가격의 큰 차로 결정되어 버리고, 가격입찰방식과 거의 변하지 않는다는 지적도 있다.

경쟁적 교섭방식이란 계약자 선정에 이르기까지 단계로, 복수의 사업자에 대하여 기술력이나 경험, 설계에 바라는 체제 등을 포함한 제안서 제출을 요구하고, 교섭적 제안가운데 각 제안자와 교섭을 행한 후에, 그것을 공정하게 평가하여 업무에 더욱 적합한 사업자를 선정하는 방식이다.

99) 지방공공단체 양케이트에 의하면, 종합평가 낙찰방식 등에 대하여 도입·시행한 단체가 16 단체로, 도입예정 1 단체를 포함하여도 3분의 1이하에 멈추어 있지만, 한편 『정형적인 안건에 대하여는 사무량이 증가하기 위하여 부적절하지만, 고도의 기화력·기술력을 요구된 안건 반수를 접하였다.』

100) 예결령 제91조 제2항. 단, 공공공사에 대하여는 2000년 3월의 대장대신과 건설대신 등의 협의에, 종합평가낙찰방식의 대상으로 하는 공사 범위, 낙찰방식, 종합평가 방법 등이 정해지고, 대장대신과 사전에 협의를 준비한 각성각청의 장 등은 그것에 의한 한 개별안건과 같이 재무대신과 협의할 필요는 없다.

101) 지방자치법시행령 제167조의10의2 제3항 및 제4항. 또, 지방공공단체의 경우, 종전은 지방자치법 및 동 시행령상의 규정이 없었기 때문에 종합평가낙찰방식이 채용될 수 없었지만, 『규제완화추진3개년 계획』(1998년 3월 각의결정)을 근거하여, 1999년 2월, 동시행령이 개정되고, 종합평가낙찰방식의 도입이 가능하였다.

일본 현행회계법령에는 발주방법으로서 경쟁입찰과 수의계약 외 제도화되어 있지 않지만¹⁰²⁾, 공공조달안건의 복잡·고도화를 배경으로서 WTO 정부조달협정에서는 일정한 경우에 교섭방식에 의한 것이 인정되고 있다(제14조). 이외, 미국에서는 이미 이러한 방식이 경쟁입찰과 함께 제도화되어 있고, E U에서도 도입에 검토가 진행되고 있다.

(6) 입찰·계약에 발주자의 설계·관리체제와 민간기술력 활용

현재 공공공사에 발주자는 스스로 설계를 하든가, 아니면 설계를 위탁하고 시공만을 사업자에게 청부시킨다. 이른바 공사일괄청부방식이 원칙인 것이다.

그러나 발주자 측의 기술력이 민간 사업자에 비하여 상대적으로 저하되어 있는 등을 이유로 설계단계에서 사업자의 관여를 제한함으로써 효율적인 시공을 도모하고 동시에 민간기업의 기술력을 활용하기 위하여 다음과 같이 여러 가지 방식을 활용하고 있다.

1) CM(Construction Management)방식

CM방식은 다음 2종류로 나누어지지만, 발주업무의 양적·질적 보완에 유리한 이점이 있어서 미국이나 유럽의 공공조달에는 이미 도입되어 있는 상태이다. 일본에도 국토교통성이, CM 방식활용의 기본적인 지침으로서 2002년 2월에 『CM 방식활용 가이드라인』 정리하여 공표하는 등 도입이 진행되고 있다.

가) Agency CM 방식

발주자의 보조자·대행자인 CMR(Construction Manager)가 발주자의 측에 서서 설계·발주·시공의 각 단계에 공정관리, 품질관리, 코스트관리 등의 각종 관리업무를 일원적으로 하는 방식이다.

102) 일본에는 예를 들면, 건설건설턴트업자의 선정에, 이러한 방식이 채용되고 있지만, 어디까지나 수의계약의 한 유형으로서 자리잡고 있다.

나) At risk CM 방식

CMR이 각종 관리 업무를 한 후에 특히, 조달총액에 대하여 책임을 지는 등 공사의 리스크, 책임도 주체적으로 부담하는 CM방식이다.

2) 설계·시공일괄발주방식

설계·시공일괄발주방식이란 하나의 기업 내지 사업체에 대하여 설계와 시공을 일괄하여 발주(설계 계약과 공사 계약을 일체적으로 체결)하는 방식이고, 동 방식의 도입도 일부에서 진행되고 있다.¹⁰³⁾

3) 입찰시 VE(Value Engineering) 방식

입찰시 VE방식이란 민간 기술력의 활용에 의해, 공공공사의 코스트 감축 등을 피하기 위하여 사업자부터 비용감축이 가능한 기술제안(代替案)을 접수하여 심사한 후에 각 업자가 각각의 기술제안에 근거하여 입찰을 한 방식이다. 계약자를 가격만으로 선정하는 경우와 가격 이외의 요소도 포함하여 선정하는 경우가 있다.¹⁰⁴⁾

(7) 입찰·계약에 경쟁성 확보를 위한 발주자 감시체제

공공조달의 경쟁성 확보를 위하여 발주자의 계약자 선정절차의 적정성에 대하여 필요한 감시를 하는 동시에 입찰·계약에 걸친 사업자의 고충을 적절하게 처리하는 시스템 구축이 진행되고 있다.

103) 『입찰계약적정화법 및 적정화지침의 조치상황조사결과에 대하여』(2003年10月3日 국토교통성·재무성·총무성 공표)에 의하면, 설계·시공일괄발주방식을 도입하고 있는 국가에는 約1/4, 都道府縣·정령 지정도시에는 1/5로 되어있다. 또, 市村수준에는 거의 도입되어있지 않다(전체의 1.7%).

104) VE방식으로서의 입찰 시 VE방식 외, 계약 후에 수주자가 코스트감축 가능한 기술제안을 하고, 계약내용(사양)의 일부를 변경하는 방식(계약후 VE방식)도 있다.

1) 계약자 선정절차의 적정한 감시

적정화지침에는 입찰·계약절차의 투명성 확보를 위해 입찰감시위원회 등의 제3자 기관에 입찰·계약절차의 운용상황 보고를 받는다. 일반경쟁 입찰참가자격 설정의 경위, 지명경쟁입찰에 있어서 지명 경위를 심의하는 등의 정책을 강구할 필요가 있다고 되어 있다.¹⁰⁵⁾

2) 공정·중립한 고충처리

고충처리에 대하여는 적정화 지침에 일반경쟁입찰의 참가자격에 부여될 수 없는 이유, 지명경쟁입찰에 있어서 미지명 이유, 종합평가낙찰방식에 낙찰자로 되지 않은 이유 등에 대하여 우선은 각 발주자가 설명을 하는 동시에 사업자가 발주자의 설명에 부복이 있는 경우에는, 필요에 따라서 입찰감시위원회 등의 제삼자 기관을 활용하는 등 중립·공정한 고충처리의 구조 정비가 적절하다고 되어 있다.

또, WTO 정부조달협정 적용대상으로 하는 계약에 대하여는 동 협정 제20조에 고충처리절차의 정비가 정해지고, 『정부조달 고충검토위원회』가 설치되어 있다. 동 위원회에는 계약체결 또는 계약집행의 정지요청, 관계행정기관에 관한 문서의 제출 등의 요구 등을 할 수 있는 등의 권한이 부여되고 있다.

2. 입찰담합에 대한 대응방안

(1) 독점금지법 및 지침의 운용

1) 독점금지법 및 관련 법률의 입찰담합 금지 규정

일본의 경우도 『사적 독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률』에

105) 지방공공단체 양케이트에 의하면, 제삼자기관을 설치하고 있는 단체는 전체의 중 반수(30 단체)이고, 이중 외부조직으로 하고있는 것이 14단체였다.

명시적으로 열거되어 있지는 않지만 카르텔 금지규정인 ‘부당한 거래 제한’¹⁰⁶⁾ 행위¹⁰⁷⁾나 ‘사업자단체 금지행위’의 한 유형으로서¹⁰⁸⁾ 엄격한 금지대상으로 삼아 왔다. 특히, 사업자 단체를 통한 입찰담합은, 사업자간의 공동행위 보다는 넓게 규제대상으로 포섭되고 있다.¹⁰⁹⁾

한편 일본에서는 발주기관의 임직원이 입찰담합에 개입하게 되는 이른바 官制談合이 입찰담합사건의 주류를 이룬다는 점에서 다른 나라와는 다른 양상을 보이고 있다. 이에 따라 일본은 그 법제적 대응의 일환으로서 지난 2002년에 『입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률』(入札談合等關與行爲の排除及び防止に關する法律)을 제정하여 공정거래위원회로 하여금 집행토록 하고 있다. 동법은 일본 공정거래위원회가 입찰담합 등에 관하여 조사한 결과, 공공기관에 의한 관여행위가 입증되었을 경우에 공정거래위원회가 각성 각 청의 장에 대한 필요한 조치를 요구할 수 있도록 하는 한편, 해당 요구를 받은 각 성 각 청의 장이 조사의 실시·필요한 조치의 검토, 조사결과 등을 공표할 수 있도록 하는 것을 주 내용으로 한다.¹¹⁰⁾ 아울러 각성 각청의 장에 의한 해당 행위를 실시한 직원에 대한 손해배상 청구·징계사유의 조사할 수 있도록 하는 한편,¹¹¹⁾ 입찰담합 등 관여 행위의 방지를 향한 관계 행정 기관 상호의 제휴·협력¹¹²⁾, 본법운용상의 지방공공단체 등의 자주적인 노력에의 배려¹¹³⁾ 등에 대해 규정하고 있다.

106) 일본 사적독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률 제3조.

107) 동법 제2조 6는 ‘부당한 거래 제한’에 대해 ‘사업자가 계약, 협정 기타 어떠한 명의를 가지고 하는지에 상관없이, 다른 사업자와 공동으로 대가를 결정하고 유지하거나 혹은 인상하거나 또는 수량, 기술, 제품, 설비 혹은 거래의 상대방을 제한하는 등 상호 그 사업활동을 구속 또는 수행함으로써 공공의 이익에 반하고, 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것’으로 정의하고 있다.

108) 동법 제8조.

109) 公正取引協會, 『入札談合と獨占禁止法』, 2006, 8頁.

110) 入札談合等關與行爲の排除及び防止に關する法律 제3조.

111) 동법 제4조, 제5조.

112) 동법 제7조.

113) 동법 제8조.

2) 공공부문 입찰담합에 관한 공정거래위원회의 심사지침

경쟁법 집행기관인 공정거래위원회 역시, 정부조달 입찰담합에 엄정하게 대응하는 한편, 위반을 미연에 방지하는 것이 행정상의 효율 면에서 바람직하다는 인식하에 각종 예방조치를 강구하고 있다. 이에 따라 1994년에는 ‘공공적인 입찰에 관계되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한 독점금지법상의 지침’을 제정하여¹¹⁴⁾ 공공조달에서 발생하는 입찰담합의 유형을 수주자의 선정, 입찰가격, 수주수량, 정보교환 등으로 분류한 후 과거의 심결례 등을 참고하여 특정 행위가 위반이 되는지, 위반이 될 우려가 있는지, 법위반에 해당이 안 되는지를 나누어 실무지침으로 활용하고 있다.

이에 따르면 담합행위의 내용이 특정자를 수주예정자로서 결정하는 경우, 수주예정자의 선정방법만을 결정하고, 그 순서에 해당하는 자가 수주예정자가 되는 경우, 입찰에 참가할 때의 최저입찰가격을 결정하는 경우, 수주하는 수량과 비율을 결정하는 경우는 모두 경쟁입찰의 실질을 잃게 하는 행위로서, 독점금지법상 위반이 된다고 본다.

다음으로 수주의욕에 대한 정보교환(요약 등), 지명회수, 수주실적 등에 관한 정보의 정리·제공(점수표 작성 등) 등 수주예정자를 결정하기 위한 수단이 되거나 혹은 수주예정자를 암묵적으로 결정하는 행위는 위법의 우려가 강한 행위에 해당한다. 한편 입찰가격에 대한 조정, 입찰가격에 관한 정보교환, 다른 입찰참가자에의 이익 공여(낙찰자가 이익을 공여하는 등), 담합에의 참가의 요청·강요(조정행위에 참가하도록 요청)행위는 수주예정자의 결정 또는 수주예정자의 선정방법 결정을 전제로 하여 그 결정을 용이하게 하거나 결정을 강화하기 위해 행해지는 것인데 그 자체로도 독점금지법 위반이 될 수가 있다.

114) 동 지침은 1984년에 공표된 건설업 단체 가이드라인을 전면적으로 개정한 신가이드라인이라고 할 수 있다.

지명과 입찰참가예정에 관한 보고, 공동기업체 조합에 관한 정보교환 등, 수수료에 따른 특별회비·부과금 등의 징수, 입찰의 대상이 되는 상품의 가격수준과 가격동향에 관한 정보교환 등의 행위는 위반행위에 동반하여 이루어질 우려가 있거나, 위반행위로 이어질 우려가 있는 행위로서 당해 행위만으로는 곧바로 법위반이라 할 수는 없지만, 위반행위가 이루어지고 있음을 의심케 하는 행위로서 바람직하지 않은 행위로 볼 수 있다.

반면, 발주자에 대한 입찰참가의욕의 설명, 자기의 판단에 의한 입찰사퇴, 적산기준의 조정, 기술적 정보의 교환 등의 행위는 원칙적으로 독점금지법 위반에 해당하지 않는다.

(2) 공공공사 입찰·계약적정화법 등의 제정

입찰계약 적정화법은 국가, 지방공공단체 등이 행한 공공공사의 입찰·계약에 대하여 투명성의 확보, 공정한 경쟁의 촉진, 적정한 시행의 확보 및 부정행위의 철저한 배제를 기본원칙으로 함으로써 발주자에 대하여 입찰·계약에 걸린 정보의 공표, 일괄 하도급의 전면적 금지 등 시행체제의 적정화, 부정사실(담합 등)의 공정거래 위원회 등에의 통지 등을 의무 지우고 있다. 또, 동법에 국가는 각 발주자가 적정화 지침에 따라서 강구한 조치의 상황을 점검하여 공표하는 것을 내용으로 한다.

또, 적정화지침에는 발주자가 대처하여야 할 사항으로서 입찰·계약 절차에 관한 입찰감시위원회 등의 제3자 기관의 설치, 고충처리 정책의 실시, 일반경쟁입찰 등의 적절한 실시 등의 입찰·계약방법의 개선, 불량·부적격 업자의 배제 등을 열거하고 있다.

(3) 국가·지방공공단체 등에 대응방안

이외, 국가·지방공공단체에 다음과 같은 공공조달제도개혁의 대응방안이 현재 진행되고 있다. 일본 국토교통성은 2002년 3월, 입찰제도

운용 개선책으로서 일반경쟁입찰 등의 시행확대, 지방공공단체에 전자입찰도입 촉진, 수의계약 가이드라인의 충실 등을 내용으로 한 『입찰계약적정화 철저 방책검토위원회보고』를 공표하였다. 또, 2003년 4월에는 동 보고의 실시상황을 계속 검증하고, 지방공공단체 등에 있어서 정보공표의 촉진을 위한 매뉴얼 책정, 혼합입찰 촉진 등을 내용으로 한 『입찰계약의 철저한 적정화를 위한 당면 대책에 대하여(2003연도)』를 공표하였다.

지방공공단체에도, 일반경쟁입찰의 대상확대, 지역요건의 완화, 랭크(Rank)제의 재검토, 손해배상예정 조항의 계약서에 명기 등 다양한 대처가 행하여진다.

(4) 회계검사원의 대응방안

일본 회계검사원에는 1992연도 검사보고에서 『중앙성청 발주의 인쇄물 조달에 대하여』를 정리하는 등 계약방식 선정, 경쟁계약에 있어서 자격심사나 지명의 적부, 계약이행 상황의 파악과 그에 준한 지명·계약방식 재검토 등의 검사를 실시하고 있다.

그 후에도 건설·운수관계의 공공사업에 계약제도 운용상황의 분석(1997년도 보고), 노인복지시설정비에 관한 계약사무 실시상황의 분석(1998년도 보고), 농촌의 농업정비사업에 관한 공공사업에 입찰계약사무의 운용상황 분석(2000년도 보고)등¹¹⁵⁾, 회계검사의 입장에서, 국가 등의 계약사무 적정화에 대하여 적극적인 대처가 진행되고 있다.

115) 개별검사보고 사례로서는 외무성의 물품·역무 조달에 관한 계약사무처리체제에 투명성이나 경쟁성이 확보되지 않은 사태(2000년도 보고), 방위청 연습기 조달, 항공연료 조달이나, 함선의 검사·수리에 관한 계약사무에 투명성이나 경쟁성이 충분히 확보되지 않은 사태(1997, 8, 9년도 보고), 우정생의 우편물 구분기 조달에 관한 계약사무처리에 경쟁성이 충분히 확보되지 않은 사태(1997년도 보고)등에 대한 것이 있다. 또, 지방공공단체 등이 국가 보조사업을 실시할 때에, 최저제한가격제도 취지를 일탈하도록 한 고액의 최저제한가격을 설정, 계약 경쟁의 이익이 저해되고 있는 결과에 되지 않은 케이스를 다수지적하고, 보조금을 교부하고 있는 각 성청에 개선이 피하여지고 있다.

(5) 공정거래위원회의 대응방안

공정거래위원회는 지금까지도, 국가·지방공공단체의 입찰·계약제도 등에 관한 조사 등 경쟁정책 관점에서 공공조달제도 및 그의 운용 개선에 대한 대처를 하고 있다.

특히 공정거래위원회는 사업자에 의한 독점금지법위반행위에 대하여 엄정하게 대처하게 하는 동시에 동법 위반행위에의 발주자측 관여, 발주방법 등이 입찰담합을 유발·조장하고 있는 등의 상황이 인정된 경우에는 위반행위의 배제와 아울러 발주자에 대하여도 소요의 개선을 요청해오고 있다.

이러한 발주자에 관한 요청은 종내, 사실상의 요청에 그치고 있지만, 2003년 1월에 시행된 입찰담합 등 관여행위 방지법에 의해 입찰담합 등에 발주자의 관여가 인정된 경우에는 발주자에 대하여 동법에 기초한 개선조치요구를 할 수 있도록 되어 있다.¹¹⁶⁾

(6) 입찰담합에 관한 발주자의 대응방안

1) 입찰담합에 관한 발주자의 탐지

종래부터 발주관청은 공정거래위원회에 대하여 담합정보를 제공하고 있지만 입찰계약 적정화법에는 입찰담합이 있다고 의심할 만한 사실이 있다고 발주자가 인정한 경우에 공정거래위원회에 통지하는 것이 의무화 되어 있다. 한편, 실제로 공정거래 위원회에 제공된 담합정보나 통지만으로는 공정거래위원회에 직접 조사를 개시하는 것이 곤란한 경우가 많은 것이 실정이다.¹¹⁷⁾

116) 동법에는 일정 행위를 『입찰담합 등 관여행위』로 정의하고, 동 행위 배제를 위한 행정상 조치(공정거래 위원회에서 각성각청장 등에 관한 필요한 개선조치의 요구 등), 동 행위를 한 직원에 관한 배상청구·징계사유의 조사 등에 대하여 규정하고 있다.

117) 지방공공단체 양케이트에 의하면, 조사과정에 사정청취 이외의 조사를 『실시하

2) 입찰담합에 관한 발주자의 조치(지명정지·손해배상)

가) 지명정지

입찰담합을 한 사업자에 대하여는 발주자에 지명정지조치가 강구되고 있다. 각 발주자는 중앙공공공사계약제도 운용연락협의회¹¹⁸⁾에 작성되고 있는 지명정지 등의 조치요령모델을 참고로 하여, 독자의 지명정지조치기준을 작성, 운용하고 있는 것, 동 조치요령모델은 2003년 5월 개정에 의해, ①악질적인 형법담합의 경우에는 전국에 지명정지를 한다(단, 독점금지법위반 안전에 대하여는 종래대로 단위별 대응을 원칙으로 한다.), ②담합정보가 접한 조사가 실시된 안전에 대하여, 서약서를 제출했음에도 불구하고, 독점금지법위반 등이 있는 경우에는 지명정지기간을 가중한다, ③독점금지법위반에 대하는 지명정지기간 상한을 9개월부터 12개월로 인상하는 등 입찰담합에 관한 지명정지조치의 강화 등이 행하여진 결과이다.

한편, 지방공공단체양케트에 의하면, 각 지방공공단체에 의한 지명정지의 조치상황에는 다음과 같은 것들이 인정된다.

- ①지명정지 기간에 대하여 단기에 대하여는 1개월~12개월, 장기에 대하여도 3개월부터 24개월로 상당히 분산되어 있었다.
- ②지명정지 실시시점에 대하여는 中央公契連 작성의 지명정지 모델대로¹¹⁹⁾ 회답한 단체가 41단체로 약70%였지만, 배제권고의 단계로 일률실시로 회답한 단체도 8단체였다.

고 있다』라고 회답한 단체는 20 단체로 1/3이었다. 또, 그 내역은 『공사비 내역서의 분석』이 19단체, 『과거의 입찰상황 등의 분석』 4 단체였다.

118) 국토교통성 등 국가의 공공공사발주기관이나 공단·사업단 등 30기관으로 구성되고 있는 협의회. 이외, 국가의 지방지분부국·都道府縣 등에 구성된 『공공공사계약업무 연락협의회』 각 都道府縣 및 同下 市區町村으로 구성된 『(各都道府縣의) 공공공사계약업무 연락협의회』가 있다.

119) 지명정지의 실시시점에 대하여는 지방공공단체 설문조사를 실시한 시점(2003년 4월)에는 ①권고 수락시, ②과징금 납부명령의 확정 시, 또는 ③심판개시 결정시로 되어있다(또, 동년 5월의 개정에 의해, ③에 대하여는 심판확정시로 되었다).

③지명정지 대상으로 하는 위반 사업자의 지리적 범위에 대하여는 독점금지법 위반행위를 한 사업자인면, 발주가 된 단체·지역을 불문한다고 회답한 단체가 46단체로 3/4을 초과하고 있다.

④독점금지법위반업자에 대하여 지명정지에 그치지 않고, 경쟁참가자격의 취소에 관한 기준을 정하고 있다고 회답한 단체도 5단체였다.

나) 손해배상

최근, 입찰담합에 의해 손해를 입은 국가·지방공공단체 등이 사업자에 대하여 독점금지법 제25조¹²⁰⁾이나 민법 제709조의 규정에 기준하여 손해배상을 한 사례가 증가하고 있다.¹²¹⁾ 종래, 입찰담합에 관한 손해배상청구에는 피해자에 의한 손해액 입증의 곤란하다는 의문이 있었지만, 1996년 신 민사소송법 제248조 규정에 기준하여 재판소 직권에 의해 상당한 금액의 손해액을 인정하는 것이 가능하다고 보고, 동 법에 기준, 손해액을 확정판례의 축적이 진행되고 있다.

또, 국가·지방공공단체에서는 계약서를 사전에 입찰담합을 한 경우에 있어서 손해배상 예정조항을 담으려는 시도도 나타나고 있다.¹²²⁾

3) 담합정보매뉴얼의 운용

가령 일본에서도 각 발주자가 ‘담합정보대응매뉴얼’을 두고 담합정보에 대한 대응에 활용하고 있다. 국토교통성은 2003년 3월의 통달 ‘공정입찰조사위원회의 설치 등에 대해’에서 ‘공정입찰조사위원회 설치요령준칙’과 함께 ‘담합정보대응매뉴얼’을 책정한 바 있으며, 일부

120) 독점금지법 위반행위를 한 사업자 또는 사업자단체는 공정거래위원회에 의한 심결이 확정된 경우, 피해자에 대하여 무과실 손해배상책임을 지는 것으로 된다.

121) 지방공공단체 앙케트에 의하면, 입찰담합사건이 있고, 지방공공단체 스스로가 손해배상을 한 사례가 있다는 단체는 11 단체와 1/5로 상승하였다.

122) 지방공공단체앙케트에 의하면, 3/4분에 맞는 40단체가 계약서에 손해배상예정조항과 같이 위약금조항을 설정하고 있다. 또, 국토교통성은 동 법이 2003년 6월 이후에 입찰절차를 한 공사 등에 대하여, 입찰담합이 있는 경우에는 청부대금의 10%를 위약금(손해배상액의 예정)과 지불시키는 뜻의 조항을 계약에 정하고 있다.

지방공공단체도 이를 모방한 비슷한 매뉴얼을 작성하고 있다. 그 핵심은, 정보제공과 직원 등·사무국·공정입찰조사위원회·공정거래위원회의 연대에 있다. 담합정보대응매뉴얼은, 공공공사입찰계약정정화법 10조에 규정하는 공정거래위원회에의 통지의 사전절차 매뉴얼로 자리매김 수 있다. 그리고 동 법에 기초하는 ‘공공공사입찰계약 적정화지침’에서의 ‘입찰 및 계약의 적정화를 도모하기 위한 조치’ 속의 ‘담합정보를 얻은 경우 등의 취급요령’, ‘담합정보에의 적절한 대응에 관한 사항’을 내용으로 하는 것이다.

공정입찰조사위원회는 발주기관의 내부자에 의해 구성되는 위원회로, 동 위원회가 입찰담합에 관한 정보가 있었을 경우 또는 담합이 있다고 의심되는 사실을 얻은 경우에, 공정거래위원회에의 통보, 사정청취 실시, 입찰 연기, 기타 입찰 담합에 관한 정보가 있었을 경우의 대응, 기타 입찰의 공정한 집행을 방해할 우려가 있는 경우의 대응을 조사 심의토록 되어 있다. 담합정보대응매뉴얼에서 구체적 대응으로써 입찰 집행 전에 담합정보를 파악한 경우, 입찰집행 후에 담합정보를 파악한 경우로 나누어, 후자에 대해서는 또한 계약체결이전의 경우와 계약체결이후로 나누어 순서를 나타내고 있다. 여하튼, 공정거래위원회에의 통보 및 사정청취는 공통적 사항이며 담합의 사실이 있었다고 인정되는 때에는 입찰집행전에 입찰 자세에 기초해 입찰집행을 연기하거나 또는 취소하고, 입찰집행 후에 계약체결전의 단계에서는 입찰 자세에 기초해 입찰을 무효로 한다고 하고 있다. 계약체결후에 있어서는 분명히 담합의 사실이 있었다고 인정되는 증거를 얻은 경우에는 착공공사의 진척상황을 고려하여 계약을 해제할지 여떨지를 판단하는 것으로 하고 있다.

다만 문제는 강제수사권을 갖지 않는 발주자의 사정 청취 등에 한계가 있다는 점, 발주자는 원활한 계약의 체결과 그 이행을 바라는데 대해 공정거래위원회는 신중한 조사를 필요로 하고 양자의 견해 차이

를 부정할 수 없는 것에 있다. 그리고 사정 청취에서도 발주자로서는 담합의 혐의가 있으므로 사정 청취를 행하는 요지를 경쟁참가자에게 알리고 실시하는 것이 입찰절차의 흐름으로서 당연하다고 생각하는 것에 비해, 공정거래위원회로서는 담합관련사업자에 대해서는 담합에 관계되는 사정 청취임을 알지 못하도록 실시되는 것을 바라는 등 생각의 차이도 존재한다.

3. 입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률 분석

(1) 동법의 제정 경위

『입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률』(入札談合等關與行爲の排除及び防止に關する法律, 이하 “입찰담합관여행위방지법”이라 한다)의 제정이 검토되기 시작한 계기는 지난 2000년(平成 12년) 5월에 있었던 한 관제담합사건이었다. 당시 홋카이도(北海道) 카미카와(上川) 지청이 발주한 농업토목공사 담합사건에서 발주자측이 수주업자에 대해 담합의향을 제시하는 등의 입찰담합에 개입한 사실이 밝혀지게 되어 공정거래위원회가 홋카이도에 대해서 개선요청을 하였다. 그 결과 일본 내에서는 국가·지방공공단체의 직원이 예정 가격을 누설한다든지, 지방공공단체의 수장에게 담합에 관여하거나, 의원 비서를 통해 『중재』 입찰담합에 관여하는 등, 이른바 『관제담합』에 대한 사회적 비판이 높아지게 되었다.

주지하듯이 입찰담합은 독점금지법 위반행위 가운데도 경쟁제한성이 가장 노골적이고 그 폐해가 명백하여 어느 국가를 막론하고 경쟁당국에 의한 엄격한 규제가 가해지는 행위유형이다. 따라서 입찰에 참가한 사업자에 대해서 일본 공정거래위원회는 행정처분을 통해 제재를 가하였다. 그런데 관제담합과 같이 공공기관이 발주자로서 입찰

담합에 관여한 경우에는 이를 어떻게 제재할 것인지가 문제였다. 독점금지법상으로는 사업자성의 입증에 용이하지 않은 국가 및 지방자치단체에 대해 적절한 법적 조치를 강구하기 곤란하였기 때문인데, 이로 인해 사업자에 대한 처분과의 형평성에서 문제가 제기되었다.

그러던 중 동 사건을 계기로, 평성 13년부터 관제담합 문제에 대처하기 위한 법제도의 검토가 개시된 것이다. 이 과정에서 신법 제정이 필요한지에 대한 다양한 의견이 제시되기도 했으나, 결국에는 발주자의 경각심을 제고한다는 차원에서 별도의 입법화가 필요하다는 결론에 이르러, 2002년 6월 11일에 의원 입법형식으로 법률안이 국회에 제출되었다.

그 후, 중의원에서 7월 18일에 가결되어 참의원에게 송부되었고, 7월 24일 참의원을 통과하여 7월 31일에 공포되었다.¹²³⁾ 동법은 2003년 1월 6일부터 시행되고 있다.

(2) 「입찰담합 등 관여행위 방지법」의 구조

동법의 집행기관은 일본 공정거래위원회이며, 이에 따라 주로 공정거래위원회가 정부조달과정의 입찰담합 행위에 대해 취할 수 있는 조치와 권한 등이 규정되어 있다. 동법의 내용은 크게 세부분으로 나뉜다. 첫 번째는 입찰담합 등 관여 행위를 배제하기 위한 행정상의 조치 관련 규정으로서 동법은 우선 일본 공정거래위원회가 입찰담합 등에 관하여 조사한 결과, 공공기관에 의한 관여행위가 입증되었을 경우에 공정거래위원회가 각성 각 청의 장에 대한 필요한 조치를 요구할 수 있도록 하는 한편, 해당 요구를 받은 각 성 각 청의 장에 의한 조사의 실시·필요한 조치의 검토, 조사결과 등의 공표 등에 대해 규정하고 있다.¹²⁴⁾

123) 平成 14年 法律 第101号.

124) 入札談合等關與行爲の排除及び防止に關する法律 第3条.

다음은 해당 담합행위를 실시한 직원에 대한 배상청구 및 징계 사유의 조사 부분으로서 각성 각청의 장에 의한 해당 행위를 실시한 직원에 대한 손해배상 청구·징계 사유의 조사에 대해 규정하고 있다.¹²⁵⁾

끝으로 입찰담합 등 관여 행위의 방지를 향한 관계 행정 기관 상호의 제휴·협력¹²⁶⁾, 본법운용상의 지방공공단체 등의 자주적인 노력에의 배려¹²⁷⁾ 등에 대해 규정하고 있다.

(3) 입찰담합 등 관여행위방지법의 규정의 해설

1) 동법의 적용대상: 발주기관(제2조 제1항 내지 제3항)

동법이 대상으로 하고 있는 정부계약의 발주기관은, 국가, 지방공공단체 및 이들이 자본금의 2분의 1이상 출자하고 있는 법인이다.¹²⁸⁾

본법 제2조 제5항의 「직원」에는, 국무대신이나 지방공공단체의 장도 포함된다. 즉, 국무대신이나 지방공공단체의 장이, 제2조 제5항 제1호로부터 제3호의 어느 하나에 해당하는 행위를 행하였을 경우에는, 공정거래위원회의 개선조치요구의 대상이 되며 실제로 개선조치요구가 있으면 발주기관이 조사를 개시하여야 한다.

반면 각 부처나 지방공공단체의 전 임직원 입찰담합 등 관여 행위를 한 경우에는 발주기관의 관여라고 볼 수 없기 때문에, 본법에서 규정하는 「직원」의 범위에는 포함되지 않는다. 다만, 전 임직원이 현직의 직원에게 영향을 미친 결과 그 직원이 담합에 관여했을 때에는 그 현직 직원의 행위가 입찰담합 등에의 관여행위에 해당된다고 볼 수도 있다.

125) 동법 제4조, 제5조.

126) 동법 제7조.

127) 동법 제8조.

128) 일본에서 국가가 자본금의 2분의 1이상을 출자하고 있는 법인의 수는 평성 17년(2005년) 1월 현재 227개에 이르고 있다. 그 유형을 세부화하면 정부관계기관이 8개, 공단이 5개, 사업단이 1개, 기타 각종단체가 19개가 존재하며, 그 외에 독립행정법인이 101개, 국립대학법인이 89개, 대학공동이용기관법인이 모두 4개가 설립되어 있다.

2) 입찰담합 등 관여 행위(제2조 제4항, 제5항)

본법에 말하는 입찰담합은, 국가, 지방공공단체 또는 특정법인 등이 입찰, 경매, 그 밖에 경쟁에 의해 상대방을 선정하는 방법을 통하여 행해지는 매매, 대차, 도급, 그 밖의 계약의 체결에 관하여, 해당 입찰에 참가하고자 하는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 낙찰받을 수 있는 자 또는 낙찰받을 수 있는 가격을 결정하거나 또는 사업자 단체가 해당 입찰에 참가하고자 하는 사업자로 하여금 해당행위를 행하게 함으로써 사적독점금지및공정거래의확보에관한법률(私的独占の禁止及び公正去來の確保に関する法律, 이하, ‘독점금지법’)¹²⁹⁾ 제3조 또는 제8조 제1항 제1호의 규정에 위반하는 행위를 말한다.

입찰담합 등 (경쟁에 의해 상대방을 선정하는 방법에 의해 실시하는 계약의 체결에 관계되어, 참가 사업자가 독점금지법에 위반하는 행위(제2조 제4항))에 관여하는 행위로서 ①담합의 명시적인 지시, ②수주자에 관한 의향의 표명, ③발주와 관련되는 비밀 정보의 누설의 세 유형을 정하고 있다.¹³⁰⁾

한편, 경쟁에 의해 상대방을 선정하는 방법에는, 일반경쟁 입찰 및 지명 경쟁입찰 외, 수의계약 가운데, 복수의 사업자를 지명해 견적을 징수하여, 해당 견적으로 나타난 금액만을 비교해 계약처를 결정하는 형태가 포함된다.

이러한 형태의 수의계약은, 실질적으로 경쟁입찰과 다르지 않으며, 공정거래위원회에 대해서도 종래 부터 지명 견적 맞담과 관련되는 사건을 입찰담합 사건의 동 유형으로서 취급하고 있다.

입찰담합 등 관여 행위의 전형 사례를 들면, 아래와 같다.

①담합의 명시적인 지시: 「사업자 또는 사업자 단체에 입찰담합 등을 실시하게 하는 것을 의미하며, 발주 담당 직원이 사업자의 회합

129)昭和 22년 법률 제54호.

130) 동법 제2조 제5항 제1호 내지 제3호.

에 출석해, 사업자마다의 연간 수주목표액을 제시해, 그 목표를 달성하도록 조정을 지시하는 방법으로 이루어진다.

②수주자에 관한 의향의 표명 : 계약의 상대방이 되어야 할 자를 미리 지명하는 것을 말하며, 그 외 특정의 자를 계약의 상대방이 되어야 할 자로서 희망하는 취지의 의향을 미리 교시해, 또는 시사하는 것을 의미하기도 한다. 주로 사업자의 움직임에 응해 발주담당 직원이 수주자를 지명, 혹은 발주 담당 직원이 수주를 희망하는 업자명을 교시하는 방법으로 이루어진다.

③발주와 관련되는 비밀 정보의 누설: 입찰 또는 계약에 관한 정보 중 특정의 사업자 또는 사업자 단체가 아는 것으로 이러한 자가 입찰담합 등을 실시하는 것이 용이해지는 정보여 비밀로서 관리되고 있는 것을, 특정의 자에 대해서 교시하거나 시사하는 것을 의미한다. 주로 사업자의 움직임에 응해, 본래, 사업자에 대해서 공개하고 있지 않을 예정가격을 누설하거나 제3자의 요구에 응해, 본래 공개하고 있지 않을 예정 가격을 누설하는 방법으로 이루어진다.

(4) 발주 기관이 강구하는 개선 조치

공정거래위원회는, 수주자인 민간 사업자측의 입찰담합의 조사의 결과, 입찰담합 등 관여 행위가 있다고 인정될 때에는, 발주 기관에 대해, 그 배제를 위해 필요한 개선 조치를 요구할 수가 있다. 해당 요구를 받은 발주 기관은 스스로 사실 관계를 조사하여 필요하다고 인정하는 개선 조치를 강구하여야 한다.

아울러 조사 및 개선 조치는 발주 기관의 자주적 조치이지만 발주 기관의 조사 결과 및 조치내용에 대해서는 공정거래위원회에 통지하도록 되어 있으며 공정거래위원회는 자체적인 조사 결과와 발주 기관의 조사 결과에 중대한 어긋남이 있는 경우에는 특히 필요가 있는 경우에는 의견을 진술할 수 있도록 하고 있다.

발주 기관에 대해 강구하는 개선 조치의 구체적 내용으로는 입찰 및 계약에 관한 사무와 관련되는 개선 조치에 대해 발주 기관이 스스로의 조사 결과에 근거해 재발방지를 강구하는 방안이 추진되고 있다. 그러한 예로는 아래와 같은 조치들을 들 수 있다.

- ①조직 내부에 있어서의 내부 규칙의 재검토·직원여로의 주지 철저
- ②입찰·계약에 관한 제삼자에 의한 감시 기관의 설치
- ③입찰에 관한 정보 관리의 철저 등

(5) 손해배상

발주 기관은, 입찰담합 등 관여 행위를 실시한 직원에 대해서, 배상 책임의 유무 등을 조사 후, 고의·중과실이 있는 경우에는 신속하게 손해의 배상을 요구토록 하고 있다. 본 규정은 직접적으로는 예산집행의 적정화의 측면에서 배상청구권의 적정한 행사를 발주 기관에 의무화하여 입찰담합 등 관여 행위를 실시한 직원에 대해 발주기관이 엄정한 자세로 임하는 것을 요구하는 취지이다. 이러한 규정을 마련하는 것으로 발주담당 직원에게 안이하게 입찰담합 등 관여 행위를 실시하지 못하도록 하는 억제효과도 기대되고 있다. 덧붙여 본법에 있어서의 손해배상의 규정 자체가 발주기관이 직원에 대해서 실시하는 배상 청구의 근거가 되는 것은 아니다. 배상청구권 자체는 어디까지나 현행법령(예산집행직원 등의 책임에 관한 법률, 지방자치법, 민법)에 근거해 발생하는 것이라는 점에 유의할 필요가 있다.

(6) 징계(제5조)

발주 기관은, 해당 직원의 행위가 징계 사유에 해당하는지 어떤지 조사해야 한다. 본 규정은, 입찰담합 등 관여 행위를 실시한 직원의 처분에 대해 발주 기관이 엄정한 자세로 임하는 것을 요구하는 취지이

다. 다만, 이러한 규정을 마련하는 것으로 발주 담당직원에게 안이하게 입찰담합 등 관여 행위를 하지 않도록 하는 일종의 억제효과도 기대해 볼 수 있다. 아울러 본 규정으로 발주기관에 부과되고 있는 것은 조사까지이며 처분을 실시할 것인지 여부는 발주기관의 임명권자 등의 재량에 맡길 수 있도록 하고 있다.

(7) 지정직원에 의한 조사(제6조)

발주기관이 제3조 내지 제5조에 근거하는 조사를 실시함에 있어서 그 적정성을 확보하기 위해 제6조에 대해 조사를 실시하는 직원을 지정하는 것을 의무화 하고 있다.

제6조에서는 ①내부 조사를 실시하는 각 성 각 청의 장이나 임명권자가, 조사를 실시하는 직원을 지정하는 것, ②지정직원에게는, 해당 조사를 적정하게 실시할 만하는 능력, 경험 등을 가지는 직원을 지정하는 것, ③지정직원은, 조사에 임해서는, 공정하고 중립에 실시해야 하는 것, ④각 성 각 청의 직원은, 해당 조사에 협력해야 하는 것을 정하고 있어 이러한 조치에 의해, 발주기관에 대해 실효있는 조사를 실시하는 체제가 정비되는 것이 기대되고 있다.

(8) 기타 규정(제7조로부터 제9조)

제7조에서는 입찰담합 등 관여 행위의 방지에 관한 관계 행정 기관의 제휴 협력, 제8조에서는, 입찰 및 계약에 관한 사무를 적정하게 실시하기 위한 지방공공단체 등의 자주적인 노력에의 운용상의 배려, 제9조에서는 법률로 국무대신을 가지고 그 장에 맞히는 것으로 되고 있는 외국의 장(방위청장관 및 국가 공안 위원회 위원장)에의 사무의 위임이 규정되어 있다.

제 2 절 미국의 정부조달 및 입찰담합 규제

1. 정부조달 관련 연방기관

미국 연방의 경우 연방정부의 계약 체결권한에 대하여 헌법에 명시되어 있지 않으나 정부의 기본적 의무 즉 국방, 복지, 자유 증진 등의 기능을 수행하기 위해서 정부가 가지는 당연한 권한으로 인식된다. 따라서 정부 계약은 각급 기관이나 개인의 이름이 아니라 연방 정부의 이름으로 체결되며 정당한 권한을 가지는 자가 권한 범위 내에서 체결할 때만 연방 정부가 법적으로 책임을 진다.

(1) 의회의 역할

정부의 각급 기관을 창설하여 권한을 부여하고, 기능 수행을 위한 예산을 부여하며, 정부 계약을 위한 법적 절차를 마련하는 것이 의회의 권한임은 우리나라와 다르지 않다. 다만 우리나라의 감사원에 해당되는 GAO (General Accounting Office)가 의회산하에 있으며 이를 통하여 정부의 기능 특히 회계 및 계약업무를 감시 감독하고 있으며, 예산이 법률의 형태로 제정되며 세출예산관련 법률로 계약에 관한 법률이 제정되거나 개정되는 경우가 많은 바, 우리나라에 비하여 계약제도에 대한 의회의 역할이 더 큰 것으로 보인다.

(2) 행정부의 정부조달 관련기관

행정부 내에서 정부조달 정책업무를 총괄하는 기관은 OMB(Office of Management and Budget; 관리예산처)의 하부기관인 OFPP(Office of Federal Procurement Policy)이며, 정책 실무기관은 GSA와 DOD(Department of Defence; 국방성)이다. 이들 기관의 구체적 역할에 대해서는 연방조달 규정을 살펴 볼 때에 다시 검토한다.

구매 집행권한은 정부의 각급 기관이 가지고 있는 바, GSA가 각급 기관의 구매 계약업무를 대행하는 제도는 없다. 다만 GSA는 정부의 각급 기관이 공통적으로 사용하는 물품 및 서비스에 대하여 자체 구매하여 저장 판매하거나 우리나라의 제3자 단가계약과 유사한 Schedule Contract를 체결하여 놓고 각급 기관이 이를 이용하여 구매할 수 있도록 편의를 제공하거나, IT 분야 사업에 대하여 컨설팅 사업을 하고 있다. Schedule Contract의 경우, 우리나라와는 달리 수요기관이 아니라 계약자로 판매대금의 1%를 수수료로 징수한다.

(3) 정부조달 관련 법원 조직

정부계약에 대하여 이의가 있는 경우에는 계약자는 행정부 내의 계약심판원(Board of Contract Appeal)에 이의를 제기하거나, 직접 연방법원에 제소할 수 있다. 이들에 대한 불복 사항에 대해서는 연방항소법원(U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit)이 재심한다.

원칙적으로 지방법원(U.S. District Courts)은 연방계약을 심리하지 않으나, 정부계약자와 그의 하청계약자간의 분쟁에 대하여는 심리 판결한다. 또한 연방대법원(U.S. Supreme Court)은 연방계약제도의 근본적인 주요사항이 아닌 경우 이를 심리하지 않는다.

2. 정부조달 관련 법제 및 규정

(1) 조달관련 기본규범

미국의 정부조달은 제1, 2차 세계대전을 계기로 정부의 구매규모가 급속히 확장되었다. 이에 따라 의회의 통제가 강화되면서 조달관련 법률이 다수 제정되기에 이르렀다.

다만, 우리나라의 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률』에 해당하는 단일 법률은 존재하지 않으며, 필요에 따라 다양한 법률들이 제

정되어 왔다. 따라서 규범의 체계는 매우 복잡하다고 할 수 있으나 그 핵심이 되는 규범으로는 국방조달과 관련하여 「국방조달법」(Armed Services Procurement Act)¹³¹⁾와 일반정부조달과 관련한 「연방재산 및 행정서비스법」(Federal property and Administrative Services Act)¹³²⁾이 기본규범으로 자리잡고 있다. 그 결과 국방조달법은 연방 국방부(Department of Defense)와 해안경비대(Coast Guard), 연방항공우주국(NASA) 등 방위관련 기관의 조달 업무에 적용되며, 기타 GSA와 같은 일반 부처(Civil Agency)의 공공계약에는 연방재산 및 행정서비스법이 적용된다.

(2) 기타 조달관련 법률

기타 상기 2대 기본 법률 외에 연방조달을 규정하고 있는 다수의 법률이 존재하고 있고, 이들 법률은 아래와 같이 연방조달(Federal Procurement) 분야와 연방용역(Federal Service)분야로 구분된다.

연방조달분야 주요 관련 법률로는 Buy American Act.(미국 상품 우선 구매법), Contracts Disputes Act(계약분쟁법), Deficit Reduction Act.(재정적자감축법), Office of Federal Procurement Policy Act(연방조달정책법), Small Business Act(중소기업법), Trade Agreement Act(무역협정법)이 있으며 연방용역 분야 법률로는 Labour Management Relations Act(노무관리관계법), Prompt Payment Act(신속 대금지불법) 등이 관련되어 있다.

(3) 연방조달규정(FAR; Federal Acquisition Regulation)

조달과 관련하여 이처럼 다수의 관련 법률이 존재하는 것은 각종 사회경제 정책적 필요에 따라서 수시로 법률이 제정된 점과 법률을 개정할 때에 기존 법률을 직접 개정하는 것이 아니라 기존 법률은 그

131) U.S.C. Title 10.

132) U.S.C. Title 41.

대로 두고 개정 법률이 또 다른 하나의 법률이 되는 미국의 법제의 정비방식 때문이다. 법률을 개정할 때에 일반적으로 단일 법률의 일부 조항을 개정하는 것이 아니라 관련된 여러 개의 법률들을 동시에 개정하게 되고 이 개정 법률이 하나의 독립된 법률이 된다.

하지만 법률의 구성은 대단히 복잡하여 실무에서는 법률을 직접 참조하는 일은 별로 없고, 대신에 FAR(Federal Acquisition Regulation; 연방조달규정)¹³³⁾을 지침으로 하여 업무를 처리한다.

연방조달규정(FAR)은 단일 규정으로 법률, 관리예산처 지침(OMB Circulars), 연방구매정책실 지침(OFPP Policy Letters), 감사원 결정(GOA Decisions), 계약심판원 결정(BCA Decisions), 법원 법원판례 등을 근거로 하여 제정되며 그 내용이 법전 글씨로 1,800 페이지에 이르는 방대한 분량이다.¹³⁴⁾

현행 FAR는 종전 일반행정분야의 Federal Procurement Regulation과 군사분야의 Defense Acquisition Regulation 및 NASA Procurement Regulation이 1984. 4. 1 통합되어 제정되었다. 동 규정은 OFPP의 장, GSA의 장, 국방성장관, NASA의 장으로 구성되는 FAR Council이 유지관리하고 있다. 동 Council의 하위조직으로 GSA중심의 Civilian Agency Acquisition Council과 국방부가 중심이 되는 Defense Agency Regulatory Council이 구성되어 있으며 1개 Council에서 개정안을 제안하면 다른 Council에서 검토하여 동의하여야 개정이 가능하다.

FAR는 연방규정집(Code of Federal Register)의 50개 Title 중 48 Title의 Chapter 1(48 CFR Ch. 1)에 해당되며, 총 53개 Part로 나누어져 있다. FAR에 대한 각 중앙행정기관의 보완규정(FAR Supplements)는 각 중앙행정기관의 순서에 따라 48 CFR Ch. 2 - Ch. 63에 규정되어 있다.

133) CFR Title 48.

134) OMB; Office of Management and Budget(대통령 직속기관), OFPP; Office of Federal Procurement Policy(OMB의 하부기관), GAO; General Accounting Office(의회 산하기관), BCA; Board of Contract Appeals(행정부내의 기관).

참고로 GSA Supplement는 48 CFR Ch. 5이며 국방성 Supplement는 48 CFR Ch. 2이다. FAR Supplements는 내부 권한위임 사항과 세부 절차를 규정하고 있다.

(4) 실무명령(Executive Order)

상기의 기본법령과는 별도로 연방정부 구매정책 수립기관인 Executive Office of President(Office of Federal Procurement Policy : OFPP)가 정부 조달에 관한 지침으로서 우리의 대통령령에 해당하는 Executive Order와 OMB(Office of Management and Budget) Circular, OFPP Policy Letters를 필요시 공표하고 있으며 동 지침은 법적 구속력(Legal Binding Force)을 지닐 뿐 아니라 FAR에 우선 적용되는 법적 효력을 지니고 있는 것이다.

Executive Order는 1982 Federal Procurement Reforms에 관한 E.O. 12352를 시발로 Federal Acquisition, Recycling and Waste Prevention에 관한 E.O. 등 소수의 Executive Order가 공포된 바 있고 실제로는 Procurement Policy Letters가 빈도수에서 더 큰 비중을 차지하고 있고, 동 지침들은 향후 FAR에 수용되어 법제화 됐다.

3. 미국 조달계약의 특징

(1) 미국법상 조달계약의 의의

미국연방 조달제도에서 계약이 성립되기 위해서는 일방의 제의와 상대방의 수락이 있어야 한다. 제의란 대가를 전제로 하여 어떤 행위를 하겠다는 의사표시이며, 입찰(또는 제안)권유에 대한 응답으로 하거나 이러한 권유 없이 독자적으로 행해질 수도 있다. 통상 제의는 입찰(Bid) 또는 제안(Proposal)으로 불린다. 입찰의 입찰권유에 따른 확

정 제의를 의미하고, 제안은 협상을 전제로 내용을 수정 보완할 수 있는 제의를 의미한다.

정부에 의한 구매주문(Purchase Order)도 제의에 해당된다. 그러나, 정부의 견적요구에 따라서 업체가 견적을 제출한 경우 이는 제의로 보지 않으며, 단순히 정보를 제공한 것으로 해석된다. 봉합입찰의 “Firm Bid Rule”이 적용되는 경우를 제외하고는 제의는 수락(Acceptance) 이전에는 철회가 가능하다.

수락은 제의의 모든 조건에 대하여 합의하는 경우에 이루어지며, 조건부 수락은 또 다른 하나의 대안제의(Counter Offer)이다.

계약이란 대가를 전제로 어떤 행위를 하겠다는 쌍방의 구속력이 있는 합의를 말하는 바, 대가를 전제로 하지 아니한 약속은 구속력이 없다. 다만, 그러한 약속에 근거하여 일방이 어떤 행위를 한 경우 “금반언(禁反言)”의 원칙에 의거 구속력을 가지게 될 수도 있다. 또한 조달관련 규정들이 각종 조달관련 행위를 서면으로 하도록 규정하는 경우가 많은데 이는 분쟁의 소지를 줄이기 위한 것으로 계약 행위를 반드시 서면으로 해야 한다는 의미는 아니다.

(2) 정부계약에 따른 권한 및 책임

계약권한은 각급 정부기관의 장이 가지고 있으나, 실제 정부를 위하여 계약서에 서명을 하고 계약을 체결하는 것은 계약관(CO; Contracting Officer)으로 지명된 공무원에 의해서 이루어진다. 계약관은 각급 기관의 장 또는 그의 위임을 받은 자에 의해서 서면으로 지명되며, 동 지명서에 당해 계약관의 권한의 범위와 한계를 분명히 정하여야 한다. 각급 기관마다 계약관의 등급과 취급 품목 등에 따라서 교육, 업무경력 등 자격요건을 정하고 있다. 미국 연방구매에 있어서 계약관이 당해 구매 건에 대해서 절대적인 권한을 행사하기 때문에 이와 같이 엄격한 지명 절차를 거치도록 하고 있는 것으로 보인다.

계약관은 계약체결, 관리, 수정, 중단 등 주요 결정과 계약관련 사항에 대하여 조사를 할 권한을 가지며, 계약이 모든 법령과 규정 및 절차에 일치토록 하고 미국 연방의 이익을 보호할 책임을 진다. 실제 업무에서 사실 조사나 기술적인 사소한 사항의 결정에 대해서는 계약관 대리(COR; Contracting Officer Representative, or COTR; Contracting Officer Technical Representative)의 조력을 받아 처리한다. 주요 계약 건에 대해서는 상관이나 기관장에게 진해상황 및 결정사항에 대하여 보고를 하게 되나 그의 재량권에 영향을 미칠 의도로 업무지시를 할 수는 없다. 다만, 고액의 주요 사업에 대해서는 계약관 보다 상위의 자가 위원장이 되는 계약자 선정위원회 등이 구성될 수 있으며 이 경우 그 결정사항은 계약관을 구속하게 된다.

(3) 계약관련 공무원과 계약자에 대한 각종 행위제한 및 금지

정부계약의 공공성으로 말미암아 관련 공무원과 계약자에 대하여 각종 행위 금지 및 제한과 이의 위반 시 처벌에 대하여 연방조달 규정(FAR) Part 3에 규정하고 있다.

공무원의 행위 제한 및 금지 사항을 보면, 뇌물수수 및 유도 금지, 본인 또는 친인척의 이익과 정부이익이 상충되는 사항에 대한 의사결정 금지, 관련 기업에의 취업제한, 타 공무원 및 국회의원과 계약제한, 공개되지 아니한 계약자 선정 관련 정보 및 관련 기업비밀 누설 금지, 공개되지 아니한 구매계획 누설 금지, 정부를 속이는 음모에 가담 또는 은폐금지 등이 주요 내용이다.

계약자에 대한 행위제한 및 금지 사항을 보면, 관련 공무원에게 뇌물증여 및 부당한 취업 제안 금지, 직원 이외의 자와 정부계약의 성사를 조건으로 하는 성공사례금 지급약정 금지, 하청업자로부터의 Kickback 수수 금지, 하청업자가 정부에 직접 납품하는 것을 제한하는 약정 금지, 담합 금지 등이다. 또한 재무상태, 과거 계약이행실태, 타 기업과

의 업무협정 사항, 정부 입찰금지 처분을 받은 지의 여부, 환경 보건 노동 등 각종 법령에의 적합성 등에 대한 확인서의 제출이 계약에 따라 요구된다.

4. 입찰담합규제를 위한 미국의 관련 법제

(1) 독점금지법 및 지침의 제정·운용

1) 독점금지법 적용의 기본방침

먼저 미국의 예를 들면, 법원은 입찰담합 행위를 주로 셔먼법 제1조의 당연위법(*per se illegal*)으로 파악하여 가담사업자를 규제해 오고 있다.¹³⁵⁾ 집행기관인 연방 법무부 역시, 입찰담합은 곧바로 불합리한 것으로 추정되므로 행위로 인해 유발된 정확한 피해액에 대한 면밀한 조사나 당해행위에 대한 영업상의 정당성 항변이 없이도 위법한 것으로 볼 수 있다는 입장을 견지해 왔다.¹³⁶⁾

2) 공공부문의 입찰담합 적발을 위한 법무부의 실무 및 지침

특히 법무부는 종래의 판례를 기초로 하여 입찰담합의 유형을 입찰 억제(*Bid suppression*),¹³⁷⁾ 보조형 입찰(*complementary Bidding*),¹³⁸⁾ 순환

135) *United States v. W.F. Brinkley & Sons Construction Company, Inc.*, 783 F.2d 1157 (4th Cir. 1986); *United States v. Brington Building & Maintenance Co.*, 598 F.2d 1101(7th Cir. 1979); *United States v. Mobile Materials, Inc.*, 871 F.2d 902(10th Cir. 1989).

136) Robert E. Connolly, U.S. Department of Justice, *Bid Rigging - It happens: What it is and What to Look for, An Antitrust Primer for Procurement Professionals*. p. 2.

137) 입찰에 참가했을 것으로 예상되거나 과거에 입찰에 참가했었던 하나 또는 그 이상의 사업자들이 입찰을 하지 않거나 입찰을 철회키로 합의함으로써 특정 사업자가 낙찰을 받도록 하는 경우이다. 관련 사례로는 *United States v. Romer*, 148 F.3d 359(4th Cir. 1998) 참조.

138) 외형상 경쟁입찰이 이루어지는 형태를 띠도록 하면서, 특정 입찰자는 낮은 가격을 제시하는 반면 다른 입찰자들은 높은 응찰가격 또는 특별조건을 제시함으로써 수요자가 특정 입찰기업의 조건 외에는 받아들이기 곤란하도록 하는 담합형태이다.

형 입찰(Bid Rotation),¹³⁹⁾ 시장분할(Market Division)¹⁴⁰⁾으로 유형화하여 경쟁제한성 심사의 판단자료로서 활용하고 있다. 입찰담합을 적발해 내기는 매우 어려우며, 특히 대리인 문제가 존재하는 공공조달부문에 서는 입찰담합의 적발유인이 상대적으로 적다고도 볼 수 있다. 그럼에도 법무부는 입찰담합을 의심할 수 있는 징후들을 포착해 내는 일은 가능하다고 보고,¹⁴¹⁾ 공공조달에 있어서 입찰담합의 징후로서 다음의 사례들을 제시하고 있다. 이에 따르면 i) 동일 기업이 특정 조달사업에 항상 수주를 하는 경우, ii) 일부 기업들이 계속적으로 낙찰받기 어려운 조건을 제시하는 경우, iii) 동일한 기업군이 매번 입찰에 참가하여 순차적으로 낙찰을 받는 경향을 보이는 경우, iv) 일부 기업들이 예정가격이나 자신들이 종전에 제시했던 가격에 비해서 훨씬 높은 가격조건을 제시하는 경우, v) 특정 조달품에 대한 비용이 종전의 소요 비용이나 유사품목의 비용에 비해 크게 다를 것이 없음에도 불구하고, 당해 조달에 대한 입찰가격을 상당히 높게 제시하는 경우, vi) 신규진입자나 생소한 기업이 입찰에 나설 때마다 다른 기업들의 입찰가격이 현저히 낮아지는 경향을 보이는 경우, vii) 낙찰기업이 동일한 입찰에 참가한 경쟁자들에 대해 하도급계약을 체결하는 경우에는 입찰자들의 사전담합이 있었을 가능성이 높은 것으로 본다.

관련 사례로서는 *United States v. W.F. Brinkley & Son Construction Company Inc.* 783 F.2d1157(4th Cir. 1986) 참조.

139) 담합에 가담한 기업들이 입찰서를 제출하지만, 그 중 한 기업이 낮은 입찰가를 제출하고 나머지 기업들은 높은 입찰가를 제출한다는 점에서는 보조형 입찰과 유사하지만 모든 담합참가자들이 미리 정해진 순번에 따라 순서대로 입찰을 받게 된다는 점에 다르다. 순번을 정하는 규칙은 다양한데, 경쟁자들이 계약의 규모에 따라 참가자들에게 동일한 이익을 분배하거나, 규모에 따라 배분하는 방식 등이 활용된다. 관련 사례로는 *United States v. Fishbach and Moore, Inc.* 694 F.2d 312(4th Cir. 1982) 참조.

140) 담합에 참가한 기업들이 특정 고객이나 고객층, 상품 혹은 지역을 기준으로 할당되는 방식이다. 관련사례로는 *United States v. Portsmouth Paving Corp.* 694 F.2d 312(4th Cir. 1982) 참조.

141) *Robert E. Connolly, op. cit.*, p. 3. 이하 참조.

한편 입찰서류의 작성이나 제출과정에서 입찰담합이 있었던 것으로 추측케 할 만한 단서를 노출하는 경우도 있다. 예를 들어, i) 서로 다른 입찰자들이 제출한 입찰서류들이 서로 유사한 경우(특히 비용산출 방식이나 표기상 공통의 오류, 기타 필체 등이 동일한 경우에는 다수 기업의 입찰서류를 단일인이 작성하여 배포한 결과일 가능성이 크다). ii) 서류제출 직전에 입찰가격을 수정한 것으로 추측되는 징표들이 서류에서 발견되는 경우, iii) 특정 입찰자가 자신과 다른 경쟁자의 입찰 관련서류들을 한꺼번에 요청하여, 일괄제출하는 경우, iv) 기타, 이번 입찰이 특정 경쟁자를 위한 것이라거나, 자신은 의례적으로 입찰한 것이라거나, 입찰자들간에 가격에 관한 논의를 한 듯한 언급이 있을 경우 등이 입찰담합의 존재를 드러내는 징표로 볼 수 있다.

입찰담합에 대한 엄격한 법집행 및 발각시의 처벌수위는 담합을 기도한 입찰자들도 이미 잘 파악하고 있는 사항이기 때문에, 참가자들은 입찰담합 계획이 발각되지 않도록 최대한의 노력을 기울이게 된다.¹⁴²⁾ 이 때문에 미국에서도 조달당국의 관찰과 주의에도 불구하고 추정치에 비해 담합의 실제 적발율이 그리 높지 않은 것으로 알려졌다. 이를 해결하기 위해서는 담합의 실행을 번거롭게 하고 성공 가능성을 낮추는 조치가 필요하다. 이에 따라 미국 법무부는 입찰참가자의 수를 확대하고 신규진입자를 조달시장에 유인하는 제도적 보완이 무엇보다 필요하다고 보고 있다.¹⁴³⁾

한편 행위사실이 입증된 입찰담합에 대해서는 가담사업자들은 당해 행위의 합리성이나 영업상의 정당화 사유를 가지고 항변을 해도 받아들여지지 않고 있다.¹⁴⁴⁾ 정부조달의 경우에는 특히 가담사업자들이 정부조달과정에서 나타나는 파괴적 출혈경쟁을 방지하기 위한 최소한의

142) *Id.*

143) *Id.*

144) Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *An Antitrust Primer for Federal Prosecutors*, 5 (1994).

자구책으로 담합을 활용했고, 담합이 오히려 조달가격과 조달시장의 합리적 경쟁환경을 보호한다는 주장을 펴기도 한다. 하지만 이에 대해서도 미국 법무부는 입찰담합이 셔먼법에 위반의 중핵적 행위로서 경쟁을 제한하거나 아예 소멸시키는 결과를 야기하는 만큼 형사처벌의 대상까지도 될 수 있다는 강경한 입장을 표명하고 있다.¹⁴⁵⁾ 이 경우 불법적인 합의의 촉진에 관한 명백한 행위가 있었는지를 입증할 필요가 없이 당사자의 연류를 보여주는 직접적 증거 및 입찰자 간에 불법적인 입찰관행의 존재와 같은 정황증거만으로도 범죄를 구성한다고 보고 있다.¹⁴⁶⁾

(2) 1984년 「정부계약의 경쟁법」 제정

1) 배경

미국에는 1984년에 「정부계약의 경쟁법」(Competition in Contracting Act, 이하 「1984년 법」이라 한다)¹⁴⁷⁾이 제정되고, 자격요건을 만족하는 모든 사업자에 대하여 공공조달절차에 참가를 인정하는 「완전 및 공개의 경쟁」을 원칙으로 하는 계약자 선정방식이 의무화되어 있다.

1984년 법의 제정이전에는 경쟁입찰의 원칙이 있지만, 발주기관에 의하여, 많은 사업자가 경쟁에 참가하는 것보다는 특정한 소수 사업자와 거래하는 편이 리스크가 적고 관리하기 쉬운 것을 배경으로 실제상은 특정 사업자와 수의계약을 많이 체결하고 그로 인하여 국가 예산이 비효율적으로 사용되는 등의 문제가 있다.

145) 셔먼법 제1조는 동 조항에서 “위법으로 선언된 계약을 체결하거나 결합 또는 공모에 참가하는 모든 자는 중죄(felony)를 범한 것으로 간주되며, 유죄로 결정되면 법인의 경우 1,000만불 이하의 벌금, 자연인의 경우 35만불 이하의 벌금 혹은 3년 이하의 징역에 처하거나 이를 병과할 수 있다”고 규정하고 있다(15 U.S.C. § 1).

146) *Id.* at 5,6. 한편 입찰담합행위에 대한 기소권은 법무부의 독점금지국(Antitrust Division)이 가진다.

147) Public Law 98-369.

2) 『완전 및 공개경쟁』 원칙에 근거한 입찰·계약방식

가) (가격경쟁형) 경쟁입찰

1984년 법에는 ①시간적으로 가능, ②낙찰자를 가격으로만 선정하는 것이 가능하며, ③사양이 명확하기 때문에 입찰에 관하여 교섭할 필요가 없고, ④복수 사업자와 입찰을 합리적으로 기대할 수 있다는 4개의 기준을 만족한 경우에는 경쟁입찰에 의한 것으로 되었다. 경쟁입찰에는 가격 면에서 더욱 더 유리한 상대가 계약자로서 결정된다.

나) 경쟁적 Proposal

1984년 법의 제정 이전, 발주자가 복수 사업자에게 제안서 제출을 요구하고, 계약상대방을 선정한다고 하는 경쟁적 제안은 예외였다. 그러나, 공공조달이 보다 복잡하게 되었기 때문에 1984년 법은 조달실태의 변화를 근거하여 발주자가 더욱 가치가 높은 조달을 할 수 있도록 하기 위하여 경쟁적 제안을 그것까지의 예외적으로 자리를 차지할뿐만 아니라, 입찰 동시에 조달방법의 하나였다.

즉, 경쟁입찰에 관한 전기 4개 기준을 만족하지 못하는 경우에는 경쟁적 Proposal방식 채용이 인정됨으로서 가격 및 기술의 종합평가를 하고 발주자로서 더욱 가치가 있는 상대방과 계약하는 것으로 된다. 또, 경쟁적 Proposal방식 채용에는 조달자측이 계약자 선정을 한 가격 및 기술에 관한 평가요소를 명확하게 표시할 필요가 있다.

다) 자격요건

수주를 희망하고, 또, 자격요건을 만족한 자는 원칙적으로 모든 입찰에 참가하는 것이 가능하다. 단, 참가할 시는 보증회사의 보증을 받을 필요가 있기 때문에(입찰본드제도) 경영상황 심사 등은 사실상 보증회사에서 행하여진다고 할 수 있다.

경쟁적 proposal방식에도, 수주를 희망하고, 자격요건을 만족하게 갖춘 자는 모두 경쟁에 참가할 수 있다.

라) 예정가격

일본처럼 상한 구속성을 가진 예정가격제도는 없고, 상한 구속성이 없는 「합리적 가격」을 산정하는 절차가 규정되어 있다.

3) 지역진흥·중소기업의 수주기회확대를 위한 시책

1984년법 및 연방조달규칙은 일정규모이상의 기업(대기업)을 제외한 「완전 및 공개경쟁」을 인정하고 있지만, 이 경우에도 자격요건을 만족하는 중소기업은 모두 경쟁에 참가할 수 있다.

지역업자 우선을 위한 시책에 관하여는 연방수준의 규정은 없지만, 주의 공공조달에는 해당 주내(州內) 기업을 우선하는 법령 등을 설정하고 있는 예가 보여진다. 예를 들면, Washington D.C에는 지역기업의 입찰가격에 대하여 3%의 보너스가 인정되며 다른 지역의 경쟁자 입찰가격과 비교를 할 때 우대조치가 인정되고 있다.

4) 감시체제

공정한 경쟁의 감시에 대하여는 각 조달기관에 경쟁변호관(Competition Advocate)을 설치하는 것이 의무화되어 있고, 계약과정의 심사를 하고 있는 외에 회계검사원(Government Accountability Office; GAO)이 조달기관과 계약자와의 계약에 관한 기록을 검사할 수 있다. 법령위반 등을 한 기업에 대하여는 최대 3년간, 공공조달에 참가를 제한하는 조치가 취해진다. 당해 조치는 모든 행정기관의 공공조달에 참가에 적용된다. 아울러 경쟁변호관 역할에는 경쟁에 관해 개인이나 조직에 대해 설명하는 일도 포함되며 계약담당자 등에 관한 표창을 실시하기도 한다.

5) 불복신청제도

불복신청제도에 대하여는 계약과정에 대하여 불복이 있는 경우, 경쟁참가자는 발주기관 외에, 연방지방법원, 연방항소법원, 연방회계검사원 등에 대하여 불복신청을 할 수 있다. 예를 들면, 연방 회계검사원에 대하여 불복신청이 행하여진 경우 불복신청이 계약체결 후 10일 이내에 되면, 원칙으로 계약 동결이 인정된다.

6) 독점금지법 위반행위에 관한 엄정한 대처

이상의 1984년법에 의한 조달개혁은 조달기관측과 공급업자와 사이에 부정행위가 횡행하고 있다는 상황을 전제로 한 것이지만, 이 시기에는 조달담당관의 윤리기준이나 독점금지법 위반행위에 관한 형사벌 강화도 행하여지고, 카르텔 등에 관한 벌금액은 「이득 또는 손해의 2 배에 상당하는 금액」까지 부과하고 있다.¹⁴⁸⁾

(3) 1994년 공공조달 개혁에 의한 발주자 재량성 확대

1984년법의 구조에 대하여 수정을 한 것이 1994년의 「연방조달 간소화법(The Federal Acquisition Streamlining Act of 1994)」이다.¹⁴⁹⁾ 동 법에 근거한 공공조달 개혁은 민간기업의 조달방법을 도입하는 것에 의해 공공조달에 적합한 코스트의 저감을 목적으로 하여, 조달 담당관의 성실한 업무집행을 신뢰하여 담당관이 재량권을 행사하는 후에 계약을 완화했다. 그 일례가 과거 실적에 대한 평가 권한을 부여한다. 미국 조달시스템에는 최저가격 입찰자이외에 낙찰시킬 수 있고, 그 경우에는 품질이 우수한 것에 대하여 ‘객관적’ 증거를 제출할 필요가 있었다. 조달관청이 보유하는 과거 평가기록 등은 당해 관청의 주관적

148) 1984년 양형개혁법(Sentencing Reform Act).

149) Public Law 103-355.

인 것으로 간주되고 있었지만, 1994년의 개혁에 의해 평가시에 사용할 수 있게 하였다.

또, 1994년의 「연방조달간소화법」은 계약자에 요구한 가격자료 제공의무를 완화하고, 조달담당관에 의한 가격 합리성의 판단권한을 확대했다. 이로 인해 입찰참가자 측의 참가비용이 적게 되고, 입찰가격이 저하하는 것 외에 보다 많은 기업이 입찰에 참가하는 것에 의한 경쟁 촉진이 전망된다.

제 3 절 유럽연합(EU)의 정부조달 법제

1. 공공조달에 관한 유럽연합(EU) 지령

유럽연합(이하, EU)내의 공공조달은 각 가맹국가를 구속하는 EU지령(500만 유로를 초과하는 안건이 대상)에 따라 각 가맹국이 개별적으로 실제의 시행수단·방식을 마련하여 그 기준에 따라 조달을 수행하고 있다.

이러한 제도는 이미 1971년에 EC가 가맹국가 간의 공공공사의 계약에 관한 절차를 조정하는 지령을 제정하면서 마련되었다. 이 지령의 주된 내용은 가맹국 사업자에 대하여 공공조달을 평등하게 취급하여야 한다는 것으로서 공동체수준의 계약공고의 실시, 다른 가맹국가의 입찰참가자에 대한 차별적 기술사용의 금지, 계약체결을 위한 객관적 기준적용 등이다.

이 1971년의 EC지령과 1989년의 추가적 지령을 통합한 것이 1993년의 공공조달절차에 관한 지령이다. 동 지령은 계약자 선정절차로서 공개절차, 제한적 절차, 교섭절차 등 3가지를 정하고 있다. 이 중 공개절차에는 자격요건을 만족한 모든 자가 공고에 따라 신청하는 것이 가능하다. 반면 제한적 절차에는 입찰에의 참가희망을 표명한 자 중에서 발주기관이 선정한 자가 신청을 할 수 있으며, 이후의 교섭절차

는 복수 계약후보자와 기술, 관리, 금전 등에 관한 제 조건에 대하여 교섭하여 계약자를 선정하는 방식을 취하게 된다. 다만 교섭절차를 준비할 수 있는 경우는 지령상 예외적인 조달안건에 한정되고, 또 발주기관은 가격, 공기, 기술사양이나 보증이라는 계약조건에 대하여 계약후보자부터 표시된 제안을 충분히 비교하는 것을 요구하고 있다.

이 1993년의 지령에 대하여는 현재 개정안이 심의되고 있고, 동 개정안이 미국에서는 이미 제도화되어 있는 것이지만, 새로운 입찰방식으로서 『경쟁적 dialog』방식을 도입하고 발주자가 그 필요나 목적을 만족시키는 기술적 수법 등이나, 법률적·기술적인 요건을 객관적으로 규정할 수 없는 경우에 동 방식을 할 수 있도록 하는 것이 검토되어 있다.

2. 조달절차 개요

(1) 계약자 선정기준

경쟁에서의 계약자 선정기준에는 가격만을 기준으로 하는 경우, 또는 가격 유지비, 기술상의 장점 등의 다양한 기준을 준비하여 종합적인 평가를 하여 보다 유리한 조건을 제시한 사업자를 선정하는 경우가 있다. 후자의 경우 공고에 평가기준의 요소 및 그 우선순위를 표시토록 되어 있다.

(2) 예정가격

유럽연합에서는 상한 구속성을 보유하는 예정가격제도는 없다. 프랑스에는 과거에 가격만으로 낙찰자를 선정하는 경쟁입찰을 원칙으로 하되 낙찰가 상한을 정하는 제도를 운영해 왔으나 현재에는 동 규정은 폐지되었다.

(3) 지역진흥·중소기업의 수주기회 확대 제도

EU지령에는 지역업자 우선 등에 대한 규정은 없다. 가맹국에 독일에는 입찰참가자의 지역한정이 금지되고 있는 외 프랑스에는 지역업자의 우대를 위법으로 보는 판례가 많이 존재한다.

중소기업대책에 관해서는 EC지령상의 규정은 없다. 가맹국에는 독일에 분리발주에 의한 중소기업의 이익고려 규정이 있다. 또, 프랑스에는 일정한 경우에 수공업자 등의 중소기업에 관한 우선조치¹⁵⁰⁾가 존재한다.

3. 입찰담합 등 부정행위의 규제

입찰과정에서 발생하는 담합행위 등 각종 경쟁제한행위에 대한 감시에 대하여서는 각 가맹국의 제도에 위임되지만, 프랑스에서는 계약자 선정시 입찰위원회가 관여하고 있는 것이 다른 나라와 다소 다르다.

프랑스에서는 경쟁입찰에 의한 국가의 공공조달에 관하여 계약담당관은 동 위원회의 의견을 청취하여 낙찰자를 결정하고, 또 경쟁입찰에 의한 지방공공단체의 공공조달에 관하여는 입찰위원회가 낙찰자를 결정하는 것으로 되어 있다. 영국에서는 정부조달청이 예산을 적정하게 집행하기 위하여 계약에 대하여 조언을 하고 독일에서는 공공공사의 일원적인 발주기관인 연방 교통건설주택부가 일차적인 감시·감독기관이 되며, 동시에 대형공사 계약에 대하여는 연방 회계감사원이 개개의 프로젝트에 대한 담합발생요인을 감시·감독을 하고 있다.

만일 담합행위가 경쟁법 위반으로 판명된 경우에는 영국이나 독일에서는 공공공사의 입찰자격 정지조치가 부과된다. 반면 프랑스에

150) 공공조달의 중, 일정한 범위에, ①가격경쟁형의 입찰에 낙찰가격이 같은 경우, 또는 ②종합평가형의 입찰에 내용이 동등한 경우에는, 중소기업을 우대하는 것으로 되어 있다.

서는 경쟁법에 위반만으로는 공공계약에서 배제되지 않는다.¹⁵¹⁾

한편 경쟁참가자에 의한 불복신청에 대하여 영국에서는 조달관청, 고등재판소에 신청을 하는 것이 가능하다. 프랑스에서는 경제·재정 산업성 또는 재판소에 불복을 신청할 수 있는 동시에 손해배상청구도 인정되고 있다. 독일에서는 연방 카르텔청의 위탁발주 심사부가 심사를 하지만, 그 결정에 대하여는 다시 재판소에의 이의신청이 인정되고 있다.

제 4 절 외국 법제의 특징 및 시사점

이상을 정리해 볼 때 정부조달시장의 입찰담합 문제에 관해 가장 직접적이고도 활발한 법제적 대응을 해온 나라는 미국과 일본이라고 할 수 있다.

우선 미국은 경쟁법을 통해 입찰담합을 적용시키는 한편, 법무부로부터 하여금 정부조달시장의 특수성을 감안한 입찰담합의 적발 및 심사를 원활히 수행하도록 각종의 심사지침 등을 활용해 운용하고 있다. 특히 경쟁당국인 법무부 등이 정부조달시장의 입찰담합 문제에 관해 중요한 이니셔티브를 가지고 개입하는 한편, 발주기관들에 대해 입찰담합의 적발 내지 규제를 위한 심사노하우를 전수하는 방식으로 제도를 운영하고 있다는 점이 특징이라고 할 수 있다. 아울러 경쟁법과 재정법의 중첩적 규범이라고 할 수 있는 1984년 정부계약의 경쟁법과 1994년의 연방조달간소화법을 통해 정부조달의 경쟁원칙을 확고히 하는 한편, 각 조달당국에 경쟁변호관(competition advocate)을 두도록 하고 있는 점은 주목할 만한 부분으로 보인다.

한편 일본 역시 어느 나라 보다 입찰담합문제를 법제적으로 대응해 온 나라라 할 수 있다. 그 만큼 입찰담합이 빈발한다는 의미이며, 특

151) Christopher Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford, 2006. pp.22-23.

히 관제담합의 문제 및 그 해결이 최근에도 중요한 사회적 현안이 되고 있다. 이에 따라 일본에서는 최근 수년간 주목할 만한 조달시장의 입찰담합 관련 규범체계를 수립한 바 있다. 이런 조치는 경쟁법적 차원은 물론 재정법적 차원에서도 이루어지고 있다. 그것이 ‘공공공사 입찰·계약적정화법’과 ‘입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률’이다. 동 법률들은 공히 정부조달시장에 있어서 경쟁의 촉진 및 입찰담합의 규제를 주안점으로 하는 고유의 규범들이다. 다만 이들 법률의 집행기관을 공정거래위원회로 하고 있다는 점과, 일본 특유의 관제담합 문제를 해결하기 위한데 중점이 두어져 있다는 점 등이 특징이라고 할 수 있다.

제 5 장 현행법제의 개선방안

제 1 절 입찰의 제도적 원인과 법제개선의 방향

그 동안 우리 공공조달제도는 기회의 균등보장과 조달품질의 질적 수준 확보라는 이원적 목표를 달성하기 위해 다양한 제도를 실험하여 왔다. 1995년 7월에 적격심사제도를 도입하기 이전까지는 최저가낙찰제도를 근간으로 제한적 최저가낙찰제나 평균가낙찰제가 보완적으로 활용되었다. 초기에는 가장 일반화된 제도인 최저가낙찰제도를 도입, 실시하다가 덤핑을 막기 위해 수차례에 걸쳐 제한적 최저가낙찰제, 제한적 평균가낙찰제(일명 부찰제)를 시행하였다. 최저가낙찰제도가 시장경제 원리에 가장 부합되는 낙찰방식이긴 하지만 저가투찰 현상이 일어나고 부실공사에 대한 우려가 높아지면 또 다시 평균가낙찰제나 제한적 최저가 방식을 도입하였다. 그러나 평균가낙찰제나 제한적 최저가낙찰제는 덤핑방지의 효과는 있을지 모르지만 요행에 의해 낙찰이 이루어진다는 문제점을 안고 있어 업체의 원가절감, 기술개발을 유인하지 못하고, 예산절감에도 기여할 수 없는 한계성을 지닌 제도이다.

이 과정에서 시장이 경험한 것은 덤핑입찰과 입찰담합이라는 폐해의 반복이었다. 이 둘은 양면적이어서 입찰담합문제를 강조되면 최저가낙찰제를 실시하다가 부실공사가 문제시 되면 ‘덤핑 아닌 덤핑’을 막기 위해 낙찰률이 일정수준 이하로 떨어지는 것을 인위적으로 막는 제한적 최저가 낙찰제를 실시하는 등 수차례에 걸쳐 두 제도를 번갈아 적용 해왔다. 도입과 수정, 폐기를 반복하던 우리 조달제도의 핵심적 내용들 가운데는 현재도 입찰담합을 유인하는 성격의 제도들이 적지 않게 존재하고 있다.

이들 대다수는 기회의 균등보장을 위해 조달절차의 투명성을 과도하게 부여한 결과로 인한 것이다. 공공조달의 궁극적인 지향점은 기술력과 가격경쟁력을 가진 업체가 낙찰받도록 하는데 있다. 현행 제도는 누구나 낙찰받을 수 있도록 하는 시스템이며, 그로 인해 응찰업체의 편차와 기술력을 반영하지 못하고 이른바 운에 따라 낙찰자가 결정되는 ‘운찰제’의 성격이 강하다. 그 결과 응찰 업체의 경쟁유인을 떨어뜨리고 있으며, 지나치게 투명하다 보니 경쟁자들의 가격형성수준을 예측하기가 용이해지고 있다. 누구나 낙찰될 수 있도록 하다보니, 누구도 쉽게 낙찰될 수 없게 되며, 특히 낙찰받을 만한 최적의 자격을 갖춘 자가 낙찰받지 못하거나, 입찰담합을 유발하는 원인이 되는 것이다. 예정가격제가 대표적인 예이다. 결과적으로 투명성 제고가 부패의 방지와 공정성 확보에는 기여하였으나, 경쟁성 내지 이를 통한 자원의 적정배분 및 공공물자 및 설비의 질적 수준제고에는 반드시 긍정적인 결과를 도출했다고 보기는 어렵다.

하지만 그렇다고 당장 이들 제도를 개선 내지 폐기하라는 주장을 단순히 제기하기도 곤란하다. 공공조달정책을 입찰담합 방지 차원에서만 운용할 수는 없기 때문이다. 이런 상황에서 현재의 규제방식을 유지하다 보면, 조달당국과 경쟁당국의 상호협조 노력에도 불구하고 규범적 판단이 달라지는 결과는 불가피해 보인다.¹⁵²⁾

공공조달에 입찰하는 업체들의 주장은 더욱 강경하다. 이를테면 연고권이나 협의방식과 같은 선의의 협상형 입찰담합이 조달시장의 특수성에 비추어 불가피한 측면이 있다고 주장한다. 특히 입찰담합을 통해 결정되는 낙찰가격은 당초 발주기관이 합리적으로 산정하고 지불할 의사가 있다고 하여 제시한 예정가격의 범위 내에서 결정되며,

152) 대표적인 사례가 지난 2003년에 있었던 조달청 철근구매입찰 참가 9개 철근제조사업자의 부당한 공동행위권(사건번호: 2003공동1184 의결일자: 2003-11-01)이라고 할 수 있다.

따라서 민간시장과는 달리 입찰담합이 정부예산의 낭비나 사회적 후생손실을 초래한다는 견해는 과장된 것이라고 한다. 실제로 일반적인 공동행위가 가격인 인상이나 생산량 감소를 초래하는 것과 달리, 공공조달에 대한 입찰담합은 생산량에 대한 영향은 있을 수 없고, 가격이 일정 수준 상승할 수는 있으나 이 역시 예정가격 이하에서 통제되기 때문에 담합으로 인한 통상의 후생손실은 나타나지 않는다는 분석도 제기된다.¹⁵³⁾ 아울러 공공조달시장에서의 담합은 공급자간의 파괴적 경쟁(destructive competition)을 방지함으로써, 입찰에 참여하는 업체의 수익을 보장하여 경영안정성을 증대시키고, 해당 산업의 안정을 도모하며, 적정조달비용의 확보를 통해 불량품 또는 부실시공을 차단하는 한편, 연고권에 의해 공사수주가 이루어질 경우에는 원활한 공사수행과 공사비절감의 효과도 기대할 수가 있다고 주장되기도 한다. 물론 이런 이유로 담합이 용납될 수는 없다. 입찰문제가 가진 문제점은 입찰제도 자체의 개선을 통해 해결하여야 하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 공공조달의 특수성과 경쟁제한의 불가피성을 도외시하기는 어려운 현실이 있으며, 따라서 공공조달에 대한 입찰담합 문제의 개선 방향은 이를 어느 정도 인정할 것인지, 경쟁법적 기준의 작동범위는 어떻게 설정할 것인지를 문제를 중심으로 설정되어야 할 필요가 있다.

제 2 절 발주기관의 대처능력 제고

먼저 제시될 수 있는 것은 입찰담합의 적발율을 높이면서도, 양자간의 규범적 판단의 편차를 줄일 수 있도록 상호협조 채널을 강화하는

153) 이러한 이유에서 네덜란드는 1992년 EU 지침에 따라 입찰담합이 금지되기 전까지 정부가 건설담합을 공식적으로 인정하기도 하였으며, 이 기간동안 유럽의 다른 경쟁국가에 비해 건설업체의 후생성과가 더 좋았던 것으로 분석되기도 하였다 (자세한 분석결과는 이재우·송병록, 『건설기업의 입찰행동연구』, 국토개발연구원, 1992. 참조).

방안이다. 정부조달부문의 입찰담합 문제에 있어서 현재의 방식은 ‘정부조달’적 측면 보다는 ‘입찰담합’적 측면에 주안점을 둔 것으로 평가할 수 있다. 즉 정부조달시장에서 발생했다는 것만 차이가 있을 뿐 통상적인 담합의 하나일 뿐이라는 인식이 팽배한 것으로 느껴진다. 담합행위에 관한 조사권한을 가지지 못한 조달기관으로서는 이 문제는 공정거래위원회가 알아서 판단할 일이라는 분위기가 지배적인 반면,¹⁵⁴⁾ 공정거래위원회는 정부부문에서 발생한 것이든 아니든 일단 담합이 있었으므로 공정거래법 제19조 등의 위반행위일 뿐이라는 시각을 가지고 있는 것으로 보인다. 다만 최근에 입찰담합의 적발을 용이케 하기 위한 차원에서 조달청과 공정거래위원회간의 실시간 입찰상황정보교류의 창구가 마련된 점은 고무적이다.¹⁵⁵⁾

일면, 입찰담합의 적발의 어려움이나 위법성 판단의 기술적 전문성 등을 감안할 때, 입찰담합규제의 주도권을 공정거래위원회가 가지는 현재의 방식은 불가피하면서도 타당한 측면이 있는 게 사실이다. 하지만, 이 경우의 타당성은 사후규제의 관점에서만 접근했을 때 유효하다. 입찰담합이 초래하는 재정적 손실은 일반 민간입찰에서 발생하는 규모를 훨씬 상회하는 경우가 많은데다 현실적으로 최근의 군납석

154) 담합의 실정법상 용어는 공정거래법 제19조 소정의 부당한 공동행위라고 할 것인데, 공정거래법을 집행하는 공정거래위원회가 부당한 공동행위의 존재를 입증하기 위해서는 공동성 즉 둘 이상의 사업자간에 합의가 있었다는 사실을 입증하여야 한다. 하지만 이를 입증하는 것이 전문경쟁당국인 공정거래위원회로서도 대단히 어려운 일이어서 동법 제19조 제5항에서는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위가 있으면 부당한 공동행위가 존재하는 것으로 추정할 수 있도록 하는 규정까지 두고 있는 것이다. 하지만 이 추정조항은 동법의 집행기관인 공정거래위원회가 동원할 수 있을 뿐 타법에서 규정한 담합금지조항에서는 활용될 수 없는 것이다. 따라서 비전문경쟁당국인 일반 중앙관서가 담합의 존재를 입증하기란 현실적으로는 물론 제도적으로도 훨씬 난해한 일임에 분명하다.

155) 1997년부터 2004년까지 통보받은 사건은 총 21건에 불과한 것으로 알려진다. 이 가운데 조달청이 13건, 주택공사가 5건, 검찰청이 3건 등 통보기관도 매우 제한적이다. 통보의 내용 역시 단순한 정보전달수준에 그치는 경우가 많아서 대부분은 사건화의 단서가 되지 못하고 있다.

유사건에서도 볼 수 있듯이 공정거래위원회가 과징금을 부과하는 것과 실제 손해액에 대한 배상을 받아내는 일은 차원을 달리하는 대단히 복잡한 문제이다.

따라서 사후규제의 엄격한 운용 못지않게 이를 미리 적발하고 예방하기 위한 조치도 매우 중요한 의미를 가진다. 그런 점에서 현재와 같이 조달당국이 입찰정보를 공정거래위원회에 제공하여 공정거래위원회로 하여금 최소한의 정보력을 확보토록 하는데 그칠 것이 아니라, 역으로 공정거래위원회가 입찰담합의 심사 및 규제노하우를 하나의 매뉴얼 내지 지침으로 작성하여 조달당국이나 발주행정기관에서 활용할 수 있도록 하는 것이 보다 효과적일 것으로 생각된다. 앞서 살펴 본 미국이나 일본의 예에서도 확인되는 바와 같이, 단순히 입찰담합 규제권을 경쟁당국에 맡겨버리는 방식 보다는 조달당국이 제한적이거나 적극적인 역할을 수행토록 하는 제도적 조치들이 오히려 최근에 감지되는 규제의 패턴이 되고 있다.¹⁵⁶⁾ 가령 일본에서도 각 발주자가 ‘담합정보대응매뉴얼’을 두고 담합정보에 대한 대응에 활용하고 있다. 국토교통성은 2003년 3월의 통달 ‘공정입찰조사위원회의 설치 등에 대해’에서 ‘공정입찰조사위원회 설치요령준칙’과 함께 ‘담합정보 대응매뉴얼’을 책정한 바 있으며, 일부 지방공공단체도 이를 모방한 비슷한 매뉴얼을 작성하고 있다.

조달당국이나 발주기관은 수요분야의 입찰 및 입찰사업자에 대한 오랜 경험과 정보를 가지고 있어서, 담합행위의 존재 내지 가능성에

156) 가령 미국은 1984년 정부계약경쟁법을 통해 각 조달기관에 경쟁변호관(Competition Advocate)의 설치를 의무화하고 있으며, 이미 1983년 법무부와 교통부가 공동으로 입찰담합조사조정위원회를 구성하여 ‘건설공사계약에 있어서 입찰담합의 탐지와 예방을 위한 제언(Suggestion for the Detection and Prevention of Construction Contract Bid Rigging)’을 작성하여 활용한 바가 있으며, 1985년에는 법무부 독점금지국(Antitrust Division)이 독자적으로, ‘연방조달에 있어서 독점금지법 시행에 관한 역할(Think Antitrust : The Role of Antitrust Enforcement in Federal Procurement)’을 작성하여 정부 조달기관을 위한 지침서로 제공한 바가 있다.

대한 탐지능력은 오히려 공정거래위원회 보다 앞설 수 있다. 그런 만큼 정부조달의 특수성과 조달당국의 입찰노하우를 최대한 활용할 수 있는 방안이 모색되어야 한다. 현재 공정거래위원회가 제정하여 운용 중인 ‘입찰질서의 공정화 지침’은 제목 그대로 공정거래위원회의 심사를 위한 지침으로서 발주기관이나 조달당국을 염두에 둔 흔적을 찾기 어렵다. 사후적으로 입찰담합을 입증해 내거나 경쟁제한성을 판단하기 위한 기준 이외에 담합의 징후를 포착할 수 있는 별도의 지침이 필요하다.

제 3 절 입찰발주기관과 담합적발기관의 협력 확대

현재 담합행위의 심사 적발을 담당하고 있는 공정거래위원회는 정부조달부문의 입찰담합사건을 일반 민간입찰담합사건과 특별히 구분하여 보고 있지 않다. 하지만 앞서도 지적했듯이, 일반 행정기관이 입찰담합의 적발이 어렵다는 점과, 정부조달사건이 가지는 국가예산 낭비적 측면을 감안하여 일반 입찰담합사건에 보다 더 관심이 요구된다. 공정거래위원회로 하여금 재정법적 고려까지 담당토록 하는 것은 현실적으로나 법리적으로 무리가 될 수 있겠지만, 조달당국 또는 발주기관과의 유기적 협력관계 및 입찰담합 방지 및 조달당국 또는 발주기관에 대한 엄정한 대처를 요구할 필요는 있다.¹⁵⁷⁾ 이를 통해 예산 낭비 및 조달품질의 질적 수준확보라는 반사적 이익은 충분히 기대할 수 있기 때문이다. 현재 가설되어 있는 입찰담합징후시스템을 관련 부서 전체로 확대되어야 하며, 특히 대규모 발주기관인 방위사업청이나 한국전력공사, 도로공사, 주택공사, 수자원공사 네트워크와의 연결이 중요하다.

157) 公共調達と競争政策に関する研究會, 『公共調達における競争性の徹底を目標として』, (平成 15年11月), 22면 참조.

아울러 국가계약법상 입찰담합에 대한 제재의 사실상 유일한 근거 조항이라고 할 수 있는 국가계약법 제27조의 비현실성도 지적되어야 할 것으로 생각된다. 동 조항은 “각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다”고 규정하고 있다.

현재의 조문기술방식은 입찰담합이 확인되면, 입찰자격을 제한하겠다는 소극적 입장으로 해석되며, 입찰을 둘러싼 각종 부정당행위의 적발이나 엄단의 선언적 의미는 약해 보인다. 현실적으로 입찰담합을 중앙관서의 장이 조사하여 적발해 내기가 어려운 현실 때문이라면, 조문에 경쟁전문기관인 공정거래위원회에 협조를 요청토록 할 필요가 있으며, 공정거래위원회에 대해서도 담합사실에 대한 통보의 의무를 공식화할 필요가 있다. 예를 들어 하도급법 제26조 제2항을 참고할 수 있다. 동 규정에서는, “공정거래위원회는 관계행정기관의 장에게 이 법의 규정에 상습적으로 위반하는 원사업자 또는 수급사업자에 대하여 입찰참가자격제한요청 등을 할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이 규정을 감안할 때 공정거래위원회가 정부조달의 입찰담합 사실을 통보하여 입찰참가자격제한을 요청하도록 하는 규정을 명문화할 필요도 있다.

아울러 제도적 요인이 개입된 경우 담합의 부당성을 인정할 수 있을 것인지에 대해 논란의 여지가 있는 만큼, 공정거래위원회로서도 위법성의 정확한 판단을 위해서는 조달당국이나 발주기관과의 협의체널을 가지는 것이 법적용의 현실적합성 제고를 위해 바람직하다고 판단된다. 공정거래위원회의 독자적인 심사개시에 의해 공정거래사건화된 공공입찰에 대해서는 조달당국 및 발주기관의 의견청취를 제도화할 필요가 있다.

제 4 절 관제담합방지를 위한 입법적 보완

1. 관제담합의 잠재성

공공기관이 발주한 입찰에 있어서 발주기관의 임직원이, 혹은 발주기관이 직접 담합에 가담한 경우를 흔히 관제담합(官製談合)이라고 부른다. 이에 대해서는 현행 국가계약법에 아무런 제재조항을 두고 있지 않다. 그 결과 발주기관이 개입한 입찰담합은 국가계약법이 아닌 타법을 통해 제재할 수밖에 없다.

정부계약 특히 정부조달계약에 있어서 투명성 저해의 문제는 사실 발주기관이 입찰의 경쟁을 제한하는 경우에 주로 노정된다. 현재 WTO나 OECD등 국제기구에서 논의되고 있는, 이른바 “정부조달에 있어서의 투명성(Transparency in Government Procurement)”도 실제로는 정부에 의한 입찰시장의 진입제한 및 담합개입에 상당부분 주목하고 있다. 그 점에서 현재 국가계약법이 사업자들간의 담합에만 초점을 두고 있는 것은 정부계약의 투명성 제고라는 점에 비추어 볼 때 미흡한 것으로 지적할 수 있다. 다만 우리나라에서는 지난 2002년 전자조달시스템 구축의 일환으로 도입된 나라장터로 인해 조달공무원과 입찰참여기업의 접촉 가능성이 줄어들면서 공무원 비리의 대표적 사례로 꼽히던 관제담합 내지 뇌물수수행위도 급감한 것으로 나타나고 있다.¹⁵⁸⁾

하지만 전자조달의 도입이 이 문제에 관한 입법적 대비의 효용과 필요성을 근본적으로 상쇄시키는 대안이라고 볼 수는 없다. 조달부문

158) 조달청에 따르면, 나라장터가 도입되기 이전, 정부조달 관련 부조리에 대한 언론 보도는 한 해에 100건을 넘나들었고, 국제투명성기구의 부패인식지수 평가등급에서도 40위에 머무는 수준이었으나, 나라장터 도입 후 4년 만에 조달 청렴도는 큰 폭으로 상승하였으며, 시스템이 정착된 2004년 이후부터는 조달업무와 관련된 징계 내역이 단 한건도 발생하지 않았다고 밝히고 있다(KTV 국정와이드, 2006.10.11 보도자료 참조).

에 존재하는 대리인 문제 및 부패발생의 잠재적 요인을 감안할 때 현 제도의 성과와는 별개로 장래 새롭게 발생하는 관제담합의 가능성을 차단하기 위한 예방적 규정의 필요성은 여전히 존재한다. 아울러 국가가 사경제주체로서 거래에 나서는 경우가 빈번해 짐에 따라 국가기관이 직·간접적으로 담합에 개입하는 경우도 충분히 상정해 볼 수 있게 되었다. 이 같은 문제의 해결을 위해 동원할 수 있는 기존 규범들은 다음과 같다.

2. 공정거래법에 의한 제재

우선 발주기관이 직접 담합행위에 개입하는 경우 당해 행위는 일종의 수직적 카르텔적인 성격을 띠게 된다. 즉 수요자와 공급자가 공동으로 경쟁을 제한키로 하는 합의를 체결한 것으로 볼 수 있으며, 합의의 단면이 수직적인 형태를 띠고 있을 뿐 그 경쟁제한성은 수평적 공동행위와 별반 다르지 않다. 그런데 우리나라의 학설과 실무는 수직적 카르텔을 공정거래법 제19조 소정의 부당한 공동행위로 볼 수 있을지에 대해 의견이 수렴되어 있지 않으며, 공정거래위원회 역시 이에 관해 부정적인 해석을 하고 있다. 따라서 현재로서는 이러한 행위를 담합 내지 부당한 공동행위로 규제하기는 쉽지 않은 것으로 판단된다.

결국 이 경우에 대해 공정거래법을 적용한다면 근거규정은 제19조가 아닌 제23조 즉, 불공정거래행위금지규정이 될 것이다. 그 가운데서도 입찰참여자가 발주기관에 대하여 낙찰에 유리한 조건을 제시하는 경우에는 공정거래법 제23조 제1항 3호 전단에 의한 부당한 고객유인행위¹⁵⁹⁾에 해당할 수 있으며, 반대로 발주기관 측이 낙찰의 대가로 일정한 반대급부를 요구하는 경우에는 ‘거래상 지위 남용행위’ 가운데 ‘이익제공 강요행위’에 해당할 가능성이 있다.

159) 그 가운데도 부당한 이익에 의한 고객유인행위로 볼 수 있다. 독점규제및공정거래에관한법률시행령 별표1 4호 가목 참조.

국가 및 지방자치단체 또는 공공기관이라도 사경제주체로 활동하는 경우에는 제한적으로 사업자성이 인정될 수 있다. 즉 국가 등 공공기관이 고권적 활동 이외에 사업자적 활동을 하는 경우에는 그 범위 내에서 공정거래법이 적용될 수 있다고 해석된다.¹⁶⁰⁾ 판례 역시 이점을 확인하고 있다.¹⁶¹⁾

하지만 민간사업자와는 달리 발주기관이 리베이트 수수를 목적으로 입찰행위에 개입하고 특정 사업자에게 수주를 주는 경우는 현실적으로 발생가능성이 낮으며, 주로는 발주기관의 임직원이 사육추구 목적으로 입찰담합에 개입하는 경우가 대부분이다. 이 경우 일반 형사법 및 공무원에 관한 처벌법규의 적용을 생각해 볼 수 있다.

3. 발주기관의 임직원이 개입한 경우 - 형사법을 통한 제재

발주기관의 임직원이 담합행위에 가담한 경우에는 우선 형법 제315조가 정하는 경매입찰방해죄에 해당할 수 있다. 다만 동 조항에서는 “위계 또는 위력 기타의 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해하는 자는 2년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다”고 함으로써 위계 또는 위력 기타의 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해할 경우 경매입찰방해죄가 성립된다고 규정하고 있다.

문제는 통상적인 정부조달에서의 입찰담합의 경우 동 조항에서 문제삼는 경매입찰방해행위에 해당하는가 하는 점이다. 위계 또는 위력으로 입찰담합이 이루어져서 입찰의 공정을 해하였다면 형법 제315조가 적용된다는 점에 이의가 없다. 하지만 그 밖의 방법으로 입찰담합이 이루어졌을 경우에는 이를 입찰방해죄의 구성요건에 해당된다고

160) 권오승, 『경제법』, 법문사, 2005, 137면.

161) 대법원 1990.11.23. 선고, 90다카3659 판결. 이 판결에서 대법원은 국가나 지방자치단체가 사경제의 주체로서 타인과 거래행위를 하는 경우에는 그 범위 내에서 공정거래법 소정의 사업자에 포함된다고 판시하였다.

볼 것인지에 대해 논란이 있다. 이에 대해 관례는 비교적 소극적인 입장이어서, 담합금이 지극히 적은 경우 또는 담합의 목적이 일반적 구체적 사정으로 보아 일반 상거래에 있어서의 적정한 가격을 유지하고, 또 발주자의 예정가격 범위 내에서 무모한 경쟁을 방지하려 함에 있는 경우에는 비록 금품을 수수한 경우라도 입찰의 공정을 해하였다고는 볼 수 없으며 따라서 본 죄의 위법성이 조각된다고 보는 것이 대법원의 입장이다.

그 밖에 형법 제355조의 배임죄 내지 제357조의 배임수증죄의 경우도 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 타인의 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이득을 취한 자에 대한 처벌규정이라는 점에서 입찰담합의 과정에 금전적, 재산적 반대급부를 취득한 경우에 적용될 여지가 있다.

한편 발주처가 정부 등 공공기관일 경우에는 임직원의 담합가담행위에 대한 처벌규정이 별도로 적용될 수 있다. 이를테면 『회계관계 직원의 책임에 관한 법률』 제4조는 회계관계 직원이 고의 또는 중과실로 법령 그 밖의 관계규정과 예산에 정해진 바에 위반하여 국가, 지방자치단체 기타 감사원의 감사를 받는 단체 등의 재산에 손해를 끼친 때에는 변상할 것을 규정하고 있다. 동 법률 제4조는 변상책임만을 규정하고 있으나, 『특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률』 제5조가 특히 국고 또는 지자체의 손실이 5천만 원 이상일 때는 3년 이상의 유기징역 등의 형사처벌조항을 두고 있어 매우 엄정한 처벌이 가능하다.

요컨대, 국가계약법령에서는 공공기관에 의해 행해지는 입찰에 대한 담합행위에 대해 적용되는 반면, 형법에서는 사인이 행하든 공공기관이 행하든 모든 입찰 및 경매에 적용된다. 입찰담합을 형법상의 범죄로 규정함으로써 형벌에 의한 엄격한 처벌이 가능하며, 그 한도 내에서 억제력을 기대할 수도 있다. 하지만 여전히 입찰담합의 존재를 규명하는 일은 사법경찰관리나 검찰의 입장에서도 용이한 일이 아니며

행정규제 차원에서 입찰담합을 금지시키고 과징금을 부과하는 것과는 별개로 형사법 소정의 범죄행위 구성요건을 입증하기는 쉽지 않을 것으로 생각된다. 특히 개인에 대한 형사처벌을 통해 국가재정에 끼친 손실을 보전할 수도 없기 때문에 별개의 조치가 필요하다.

4. 「조달사업에 관한 법률」에 의한 제재

한편 현행 법제에서 입찰에 발주기관의 임직원이 개입되는 것을 방지 내지 포착하기 위한 규정이 전혀 존재하지 않는 것은 아니다. 그 예로 현행 「조달사업에 관한 법률」제10조를 들 수 있다. 동 조항은 지난 2005년 12월에 동법을 개정하면서 조달관련 뇌물수수사실의 제보자 등에 대해 포상금을 지급할 수 있도록 하는 규정을 추가하면서 도입되었다.¹⁶²⁾ 하지만 이 규정은 조달관련 뇌물수수를 전제로 포상금을 통한 고발유도 및 부정행위 억제를 도모하려는 취지로서 조달청장이 재량으로 포상을 할 수 있다는 정도에 그치고 입찰담합에 개입한 직원의 책임은 직접 규정하고 있지 않다. 따라서 이 문제에 관한 입법적 불비 내지 흠결을 치유할 수 있을 만한 규정으로 보기는 어렵다.

5. 법제보완의 구체적 방안

이상을 정리해 볼 때, 현행법의 해석을 통해서도 향후 예상해 볼 수 있는 관제담합의 문제를 원만히 규율하기 곤란한 것으로 판단되며, 별도의 입법적 조치가 강구되어야 할 것으로 생각된다. 이에 관하여 우리 보다 앞서 풍부한 경험을 가지고, 다양한 입법적 대응방안을 제시한 바 있는 일본의 사례는 우리에게 많은 시사점을 준다. 일본의

162) 동조 제1항에서는, 조달청장이 조달사업을 수행하는 공무원의 직무에 관한 뇌물 수수행위를 신고 또는 제보하고 이를 입증할 수 있는 증거자료를 제출한 자에 대하여 예산의 범위 안에서 포상금을 지급할 수 있도록 하고 있다.

입찰담합 등 관여행위방지법의 시사점에 착안할 때, 법제 정비방안은 크게 세 방향으로 구성해 볼 수 있다.

첫 번째는 입찰담합 등 관여 행위를 배제하기 위한 행정상의 조치 관련 규정으로서 공정거래위원회가 입찰담합 등에 관하여 조사한 결과, 공공기관에 의한 관여행위가 입증되었을 경우에 공정거래위원회가 각 행정기관의 장에 대한 필요한 조치를 요구할 수 있도록 해야 하며, 해당 요구를 받은 행정기관의 장은 조사 및 필요한 조치를 검토하고 조사결과를 공표토록 할 필요가 있다. 다음은 해당 담합행위를 실시한 직원에 대한 배상청구 및 징계 사유의 조사 부분으로서 행정기관의 장이 해당 행위를 실시한 직원에 대한 손해배상 청구를 하는 조치를 병행하여야 한다. 끝으로 입찰담합 등 관여 행위의 방지를 향한 관계 행정기관 및 지방자치단체 상호간의 제휴·협력도 제도의 실효성을 높이는 수단이 될 수 있을 것으로 생각된다.

제 5 절 「조달사업에 관한 법률」 중심의 제도 운영

앞에서 제시한 법제 방안은 그 타당성 보다 이를 어느 법률에서 규정하는 것이 적절한지가 현실적인 문제라고 할 수 있다. 현행 제도는 주로 국가계약법과 공정거래법을 중심으로 형성되어 있으나, 법제적 개선방안을 이 두 규범에 담기에는 몇 가지 문제가 있다. 우선 정부계약법은 정부를 당사자로 하는 계약에 관한 일반법으로서 정부조달 계약 중에서도 입찰담합에 관해 규정할 만한 적당한 위치를 찾기가 어렵다. 제27조가 가장 관련이 깊은 규정이긴 하나 이 부분에 입찰담합을 별도로 언급하기에는 조문의 성격이나 사안의 비중에 비해 적절치 않다. 정부계약법 자체의 재정법적 성격이 희박하고 계약법 및 통상법적 성격이 강화된 만큼, 이 문제의 해결을 위한 법제정비의 적절한 대상은 아니라고 판단된다.

공정거래법 역시 담합행위에 대한 직접관련성을 가지는 규범이기는 하지만, 입찰담합을 동법 제19조 제1항의 부당한 공동행위의 한 유형으로서 해석되고 있을 뿐 이를 공동행위의 한 유형으로 별도로 언급하고 있지 않다. 대신 1호 또는 4호의 가격고정이나 시장분할을 통해 입찰담합을 규제하여 왔을 뿐이다. 따라서 공정거래법을 통한 법제개선의 일차적 과제는 입찰담합행위를 각호의 하나로 추가하고 이를 보완하기 위한 후속규정을 보완하는 일이 될 것이다. 하지만 공정거래법 제19조에 입찰담합을 별도로 추가하는 것의 법리적 불가피성이 존재하지 않는 데다, 시장경제질서유지의 기본법으로서 동법에 정부조달의 입찰담합이라는 매우 세부적인 사항을 담으라는 요구를 하기는 어려울 것으로 판단된다.

따라서 제3의 법제를 찾거나 새로운 입법을 모색하여야 할 것으로 판단되는바, 본 연구에서는 현행 「조달사업에 관한 법률」을 법제정비의 적정법률로서 제안한다. 동법은 조달사업의 효율적 수행을 위하여 조달사업의 운영 및 관리에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 하는 정부조달 직접 관련규범으로서 지난 1995년에 제정되었다. 하지만 동법의 종래 운영상황을 보면 법의 제명에서 기대되는 조달사업에 관한 제반 사항을 실제적으로 규율하고 있지 못한 것으로 판단된다. 무엇보다 실제적 규정이 10개에 불과한 등 정부조달사업의 효율적 수행을 위해 요구되는 제반 규정의 확보를 하고 있지 못한 것이 원인이 아닌가 한다.

그런 점에서 동법이 정부조달사업을 직접 규율대상으로 하고 있다는 점이나 이의 효율적 수행을 목적으로 한다는 점에서 입찰담합 문제를 규율하기 위한 가장 적절한 규범이라고 판단된다. 공공계약 전반을 포섭하는 국가계약법이나, 경쟁제한적 관행 전반을 염두에 둔 공정거래법이 정부조달부문의 입찰담합의 해결에 있어서 보여 왔던 한계를 해결해 줄 수 있는 규정이 아닌가 한다. 아울러 동법의 활성화

를 위해서도 입법적 보완이 필요한 시점에서 동법의 완결성을 제고시킬 수 있는 효과도 기대할 수 있다.

따라서 앞의 절에서 지적했던 바, 발주기관의 담합적발 능력제고 및 공정거래위원회의 사전협의를 요구, 관제담합방지를 위한 제반규정은 조달사업에 관한 법률을 통해 정비되는 것이 최선의 방안이 될 것으로 판단된다.

구체적인 조문의 배열은 「조달사업에 관한 법률」 제9조 및 제10조의 사이가 적절할 것으로 보인다. 동법 제9조는 조달절차 등에 관한 규정이며, 제10조는 포상금 지급규정이다. 따라서 입찰담합을 구체적으로 명시하거나 입찰과정상의 부정행위와 같이 포괄적으로 표현하는 방안도 고려할 수 있다. 구체적인 규정의 순서로는 조달청장으로 하여금 입찰담합의 적발능력을 제고하기 위한 노력을 강구할 의무에 관해 먼저 선언하는 규정을 두어야 한다. 다음으로 각 발주기관이나 조달당국의 입찰담합 적발능력을 제고토록 하기 위해 대통령령이나 하위규범을 통해 심사지침이나 입찰담합 행위유형에 관한 고시 등을 제정할 수 있는 근거규범을 마련할 필요가 있다. 한편 현재 정책적으로 추진되고 있는 각종제도를 법에 명문화하는 것이 바람직한바, 이를테면 공정거래위원회에 대한 입찰정보 제공의무 명시화, 공정거래위원회와의 사전협의 및 의견개진 권한도 명시하는 방안을 고려할 필요가 있다. 아울러 관제담합에 대해서는 현행 포상제도를 보완하여 입찰가담 임직원에게 대한 추징 및 손해배상청구 등의 금전적 부담을 명시화하는 조치를 선행한 후, 이를 보조하기 위한 수단으로서 현행 포상금제도를 운영하는 방식으로 전환하는 것이 바람직하다.

제 6 장 결 론

가) 현행 법제의 쟁점과 한계

정부조달계약이 불필요한 재정손실을 야기할 우려는 오늘날 정부부문 보다는 민간부문에서 주로 기인되고 있다. 정부부문에서의 투명성 및 효율성 결여 문제는 그간의 제도보완으로 상당부분 불식되었다고 평가된다. 반면, 조달에 참가하는 기업들간의 입찰담합에 대해서는 제도보완은 물론 이론적, 실무적 연구도 매우 미흡했던 것이 사실이다. 특히 정부조달에 있어서 입찰담합의 폐해는 단순히 시장질서를 교란시키는 차원을 넘어서, 국가재정의 불필요한 지출을 야기하고 조달의 목적달성을 위한 최적업체선정을 방해함으로써 국민에게 직접적인 피해를 유발시키는 일종의 중죄행위(felony)라 할 것이다. 따라서 정부조달의 입찰담합 방지 및 규제는 국가계약의 투명성제고라는 정책목표와 시장경제질서의 유지라는 정책목표의 총합을 넘어서는 규범적 의미를 가진다고 본다. 이 문제를 해결하기 위한 법제적 토대도 그런 점에서 다양한 차원에서 모색되어야 하되, 개별 관련법의 결집이 아닌 고유의 규범적 지위 및 법리를 가지고 구축할 필요가 있다.

그런 점에서 현행규범체계가 정부조달에 있어서의 입찰담합 문제를 상황적, 행태적 측면에서 개별적으로 접근하고 있으며, 정부조달시장이라는 상황과 입찰담합이라는 행태를 조합한 고유의 접근에는 미흡한 것으로 평가될 수 있다. 비단 법리적 측면만이 아니라 실체법적 차원에서도 마찬가지이며 그 결과 입찰담합을 유발하거나 입찰담합을 적절히 포착하지 못하는 문제가 있다. 예를 들어, 공정거래법 제19조는 다분히 부당공동행위에 대한 사후적 규제를 전제로 한 규정이다. 조달시장에서의 입찰담합이 재정에 미치는 영향을 감안할 때 사후적 규제 보다는 사전적 통제 내지 예방이 중요하다는 점에서 입찰담합의

유발여건을 미연에 감지하여 억제하기 위한 규범으로서는 미흡하다. 더욱이 정부조달시장을 염두에 두고 있지 않음은 물론 입찰담합행위를 별도의 행위유형으로 열거하고 있지도 않다. 한편 국가계약법이나 건설산업기본법은 입찰담합을 포괄하는 부정당행위에 가담한 업자에 대해 입찰자격을 일정기간 박탈하는 것을 골자로 하는 규정들을 담고 있음. 하지만 조사권한이 없는 일반 행정관청이 입찰담합을 감지하여 적정한 규제를 하기는 한계가 있으며, 현행법상 입찰자격박탈만으로는 억제력이 있는지도 의문이다. 형법 역시 범죄행위를 전제로 경매 입찰방해를 규정하고 있기 때문에 경쟁법상 카르텔에 해당한다고 하더라도 형법에 위반하는 정도의 구성요건의 해당성을 입증해 내는 문제가 용이치 않으며, 대법원 역시 이를 형사처벌하는데 신중한 입장 이어서 제도적 효용은 크지 않다. 아울러 현행 규범체계는 입찰참가 기업들간의 담합행위만을 전제로 한 것으로서, 대리인관계가 형성되어 있는 조달시장의 특성상 정부 및 공공기관의 임직원이 담합행위에 직간접적으로 개입하게 되는 이른바 관제담합문제는 별도의 규정이 없다. 물론 회계관련공무원을 처벌하는 법제가 마련되어 있기는 하지만, 관련공무원의 형사적 처벌에 국한하고 있어서 일반 형법상의 문제와 한계가 동일하게 존재한다. 요컨대 현행 법제는 조달시장에 있어서 입찰담합을 근원적으로 차단하고 규제하는 데는 미흡한 것으로 평가할 수 있다.

나) 법제개선의 방향

이를 위한 법제개선의 방향은 다음과 같이 정해져야 한다. 우선 현행 정부조달제도는 덤핑을 방지하려는 차원에서 거래조건을 일정수준으로 유지토록 유도한 결과 입찰기업간에 정보가 투명하게 노출되어 기업들이 상호간에 입찰가격을 예상할 수 있는 환경을 조성하고 있다. 그에 따라 최적업체의 선정에 방해가 되거나 암묵적인 담합을 조

장하는 결과를 낳고 있다. 따라서 일차적으로 현행제도에서 담합을 조장하는 요소를 분석하여 제도보완을 강구할 필요가 있다.

둘째로, 발주기관의 대처능력의 제고가 필요하다. 입찰담합의 적발 및 규제에 있어서 현행제도는 심사권한을 가지고 있지 않은 조달당국이 이를 적발하기는 어려우므로 공정위에 이 문제를 일임키로 하는 방식이다. 반면 공정위는 입찰담합으로서 이 문제를 규제하기는 하나 정부조달시장의 특수성을 인식한 별도의 위법성 판단기준을 수립 내지 고려하고 있지 않다. 이에 따라 입찰정보를 제대로 파악하고 있지 못한 공정위가 담합적발에 만전을 기하지 못하는 경우나, 담합을 적발하여 규제하더라도 그 결과를 두고 경쟁당국과 조달당국간의 견해차이가 노정되는 일이 발생하고 있다. 다만 최근(2006년 1월) 조달청과 공정거래위원회가 입찰담합징후시스템을 운용하여 실시간으로 조달청의 정보를 공정거래위원회가 입수토록 한 점은 매우 고무적인 일이다. 그럼에도 불구하고 현행 시스템의 보완 내지 수정의 여지는 엇보인다. 우선 공정거래위원회의 적발 및 심사 중심의 방식을 원칙으로 하되 조달당국 및 발주기관의 역할을 확대할 필요가 있다. 입찰담합의 심사 및 위법성 판단은 경쟁당국인 공정거래위원회가 전문기관이지만 이를 적발하는 데에 있어서는 조달당국의 역할이 매우 중요하다. 거래상대방에 대한 노하우와 관행을 가지고 있는 행정기관 및 조달당국이 입찰담합의 징후를 조기에 포착하기에 유리한 입장에서 있다고 본다. 따라서 입찰담합의 유형 및 심사노하우를 역으로 공정거래위원회가 작성하여 각 행정기관에 제시함으로써 일반 발주기관의 입찰담합 포착능력을 제고토록 하는 것이 필요하다.

셋째, 공정거래위원회의 역할 및 발주기관과의 관계도 재정립되어야 한다. 현재 입찰담합징후시스템이 가동되어 있지 않은 방위사업청과 일부 공기업 등에도 이를 확대해 나가야 하며, 공정위가 입찰담합사실을 관계기관에 통지할 의무를 법령에 명시할 필요도 있다. 아울러

발주기관이 정보만 던져주는 방식이 아니라 공정위의 심사단계에서 의견을 개진할 수 있는 채널을 만들 필요가 있다. 입찰기업의 입장에서 불가피하거나 조달당국의 유인이 있는 경우에 입찰담합의 실체는 인정되더라도 위법성 판단단계에서나마 고려되어야 할 요소들이 존재하는 게 사실이다. 요컨대 정부조달의 입찰담합을 신속히 포착하되, 그 위법성 심사는 정확히 할 수 있도록 할 필요가 있다.

넷째, 관제입찰방지에 대한 조치도 마련되어야 한다. 현행 법제는 입찰에 참가하는 자들 간에 발생하는 담합을 염두에 둔 것으로서 발주기관의 임직원이 직간접적으로 개입하는 소위 관제담합문제는 상정하고 있지 않다. 일본과 같이 이 문제가 사회문제로까지 부각되는 상황은 아니나 대리인문제 및 조달시장의 구조 상 발주자 측의 개입가능성이 높은 만큼, 이를 형사법에만 맡겨두지 말고 별도의 법제적 대응을 할 필요가 있다. 우선 입찰담합 등 관여 행위를 배제하기 위한 행정상의 조치관련 규정으로서 공정거래위원회가 입찰담합 등에 관하여 조사한 결과, 공공기관에 의한 관여행위가 입증되었을 경우에 공정거래위원회가 각 행정기관의 장에 대한 필요한 조치를 요구할 수 있도록 해야 하며, 해당 요구를 받은 행정기관의 장은 조사 및 필요한 조치를 검토하고 조사결과를 공표토록 할 필요가 있다. 다음은 해당 담합행위에 가담한 직원에 대한 배상청구 및 징계 사유의 조사 부분으로서 행정기관의 장이 해당직원에게 대한 손해배상 청구를 하는 조치가 병행되어야 한다.

다) 「조달사업에 관한 법률」을 통한 정비방안

이 같은 법제정비 방안은 타당성 보다 이를 어느 법률을 통해 현실화할 것인지가 관건이라고 할 수 있다. 현행 제도는 주로 국가계약법과 공정거래법을 중심으로 형성되어 있으나, 법제적 개선방안을 이 두 규범에 담기에는 양법의 성격이나 사안의 비중에 비추어 적절치

않다고 보여지며, 대안으로서 정부조달 사업의 효율적 수행을 목적으로 하는 「조달사업에 관한 법률」가장 적절한 규범이라고 판단된다.

따라서 발주기관의 담합적발 능력제고 및 공정거래위원회의 사전협의를 요구, 관제담합방지를 위한 제반규정은 조달사업에 관한 법률을 통해 정비할 필요가 있다. 동법의 활성화를 위해서도 입법적 보완이 필요한 시점에서 규범으로서의 완결성을 제고시킬 수 있는 점도 부수적으로 기대되는 효과이다.

조문의 배열은 조달절차 등에 관한 동법 제9조와 포상금 지급규정인 제10조의 사이에 배치하는 것이 타당하다고 보며, 조달청장으로 하여금 입찰담합의 적발능력을 제고하기 위한 노력을 강구할 의무를 부과하는 규정을 두는 한편, 각 발주기관이나 조달당국의 입찰담합 적발능력을 제고토록 하기 위해 대통령령이나 하위규범을 통해 심사 지침이나 입찰담합 행위유형에 관한 고시 등을 제정할 수 있는 근거 규범을 마련할 필요가 있다. 한편 현재 정책적으로 추진되고 있는 각종제도를 법에 명문화하는 것이 바람직한바, 이를테면 공정거래위원회에 대한 입찰정보 제공의무 명시화, 공정거래위원회와의 사전협의 및 의견개진 권한도 명시하는 방안을 고려할 필요가 있다. 아울러 관제담합에 대해서는 현행 제10조를 보완하여 입찰가담 임직원에 대한 추징 및 손해배상청구 등의 금전적 부담을 명시화하는 조치를 선행한 후, 이를 보조하기 위한 수단으로서 현행 포상금 제도를 운영하는 방식으로 전환하는 것이 바람직하다.

參考文獻

- 공정거래위원회, 『공정거래백서』, 2005.
- 공정거래위원회, 공공부문 입찰담합 징후분석 시스템 가동에 관한 보도자료, 2006. 1. 18.
- 권오승, 『경제법』, 법문사, 2005.
- 김광희, 『공공조달시장의 경쟁성 제고에 관한 연구』, 중소기업연구원, (2004).
- 김대인, “행정계약에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2006. 2.
- 김정현, “공공공사 입찰담합행위의 규제에 관한 연구”, 단국대학교 석사학위논문, 2002.
- 박지형, “행정계약에 관한 연구”, 성균관대 대학원 석사학위논문, 2001.
- 변해철, “정부계약에 관한 연구 -프랑스의 공공조달법제를 중심으로-”, 공법연구 제23집 제3호, 1995.
- 서울시정개발연구원, 『민관경쟁입찰제도 도입방안에 관한 연구』, 2003.
- 윤영선 · 김태황 · 이선희, 『공공공사 입찰담합의 실태와 원인분석』, 건설산업연구원, 1998.
- 이재우 · 송병록, 『건설기업의 입찰행동연구』, 국토개발연구원, 1992.
- 이흥구. “공법상 계약의 법적 문제”, 『법학논총』 제4집, 한양대학교 법학연구소, 1987.
- 정동욱, 『조달이론 및 입찰실무』, 교우사, 2005.
- 정호열, 『경제법』, 박영사, 2006.

參考文獻

- Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *An Antitrust Primer for Federal Prosecutors*, (1994).
- Charles Tiefer & William A. Shook, *Government Contract Law*(2nd ed.), Carolina Academic Press, 2003.
- Christopher Bovis, *Public Procurement in the European Union*, Palgrave, 2005.
- Christopher Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford, 2006.
- Comanor W.S., *Identical Bidding and Cartel Behavior*, *Bell Journal of Law and Economics*, vol. 33, 1990.
- Froeb L.M.Koyak, *What is the Effect of Bid-rigging on Prices?*, *Economics Letters* 42, 1993.
- Gregory W. Sullivan, *Massachusetts and Federal Law Regarding Fraud, False Statements, and Bid Rigging in Public Contracting*,(A Guide for Massachusetts Public Officials), Feb. 2002.
- Keyes W. N., *Governmental Contract*, West Pub. Co., 2004.
- Lutz Horn, *Public Procurement in Germany*, C.H.Beck, 2001.
- McAfee R. Preston and McMillan J. *Auctions and Bidding*, *Journal of Economic*, 1987.
- OECD, *Transparency in Government Procurement: The Benefits of Efficient Governance and Efficient Governance and Orientation for Achieving it*, (TD/TC/WP(2002)31/FINAL).
- Peter Trepte, *Regulating Procurement*, Oxford, 2004.

Sue Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, Kluwer Law International, 2003.

WTO, *Report of the Working Group on Transparency in Government Procurement to the General Council(WT/ WGTGP/7)*, 15 July 2003.

WTO, *Ministerial Declaration, Ministerial Conference First Session*, 13 December 1996, WT/MIN(96)/DEC.

確正光明, 『公共契約法精義』, 信山社, 2005.

確正光明, 『公共契約の法理論と実際』, 弘文堂, 1995.

横川和博, 公共入札と談合, 『独禁法の理論と展開』, 三省堂, 2002.

公正取引協会, 『入札談合と獨占禁止法』, 2006.

公正取引委員会事務総局, 『入札談合の防止に向けこ』, 公正取引委員会, 平成 17年 11月.

公正取引委員会事務総局, 『地方公共團體における入札・契約の實態に関する調査報告書』, 平成 16年 9月.

公共調達と競争政策に関する研究會, 『公共調達における競争性の徹底を目指して』, 平成 15年 11月.

越知保見, 日米歐 獨占禁止法, 商事法務, 2005.

[부록1]

공공공사(公共工事)의 입찰 및 계약의 적정화의 촉진에 관한 법률

(平成 12년 11월 27 법률 제127호)

제1장 총칙(제1조 —제3조)

제2장 정보의 공표(제4조—제9조)

제3장 부정행위 등에 대한 조치(제10조 · 제11조)

제4장 시공 체제의 적정화(제12조 —제14조)

제5장 적정화 지침(제15조 —제18조)

제6장 국가에 의한 정보의 수집 정리 및 제공 등(제19조 · 제20조)

제 1 장 총 칙

제 1 조 (목적) 이 법률은 국가, 특수법인 등 및 지방공공단체가 행한 공공공사의 입찰 및 계약에 관하여 그 적정화의 기본이 되는 것이 당연한 사항을 정함과 아울러, 정보의 공표, 부정행위 등에 대한 조치 및 시공 체제의 적정화의 조치를 강구하고 적정화 지침의 책정 등의 제도를 정비함으로써 공공공사에 대한 국민의 신뢰확보와 이것을 청부건설업의 건전한 발달을 도모하는 것을 목적으로 한다.

제 2 조 (정의) 이 법률에 있어 「특수법인 등」이란, 법률에 의하고 직접 설립된 법인 또는 특별한 법률에 의하고 특별한 설립행위로

써 설립된 법인(총무성 설치 법률(平成 11년 법률 제91호)제4조 제15호 규정의 적용을 받지 않는 법인을 제외한다)특별한 법률에 의하고 설립되고, 또한, 그 설립에 관하고 행정관청의 인가를 필요로 한 법인 또는 독립 행정법인(독립행정법인통칙법(平成 11년 법률 제103호)제2조 제1항에 규정한 독립 행정법인을 말한다. 제6조에 있어서도 또한 같다)중, 다음 각호에 언급한 요건의 어느 하나에 해당하는 법인으로서 정령으로 정한 것을 말한다.

1. 자본금의 2분의 1이상이 국가에서의 출자에 의한 법인 또는 그 사업의 운영을 위해 필요한 경비의 주된 재원을 국가에서의 교부금 또는 보조금에 의하고 얻고 있는 법인인 것.
2. 그 설립의 목적을 실현하거나 그 주된 업무를 수행하기 위하여 계획적이면서 계속적으로 건설공사(건설업법(昭和 24년 법률 제 100호)제2조 제1항에 규정한 건설공사를 말한다. 다음 항에 있어서도 또한 같다)의 발주를 행한 법인일 것.
 - ②이 법률에 있어 「공공공사」란 국가, 특수법인 등 또는 지방공공단체가 발주한 건설 공사를 말한다.
 - ③이 법률에 있어 「건설업」이란 건설업법 제2조 제2항에 규정한 건설업을 말한다.
 - ④이 법률에 있어 「각성 각청의 장」이란, 재정법(昭和 22년 법률 제34호)제20조 제2항에 규정한 각성 각청의 장을 말한다.

제 3 조 (공공공사의 입찰 및 계약의 적정화의 기본이 된 것이 당연 사항) 공공공사의 입찰 및 계약에 관해서는 다음에 언급한 바에 의하여 그 적정화가 도모되어야 한다.

1. 입찰 및 계약의 과정 및 계약의 내용의 투명성이 확보될 것.
2. 입찰에 참가하고자 하는 자 및 계약의 상대방이 되고자 하는 자의 사이가 공정한 경쟁이 촉진될 것.

3. 입찰 및 계약에서의 의논 그 밖의 부정행위의 배제가 철저히 행해질 것.
4. 계약 된 공공공사의 적정한 시공이 확보될 것.

제 2 장 정보의 공표

제 4 조 (국가에 의한 정보의 공표) 각성 각청의 장은 정령으로 정한 바에 의하고 매년도 해당 연도의 공공공사의 발주의 전망에 관한 사항으로 정령으로 정한 것을 공표하여야 한다.

②각성 각청의 장은 전항의 전망에 관한 사항을 변경을 때는, 정령으로 정한 바에 의하고 변경 후의 해당 사항을 공표하여야 한다.

제 5 조 각성 각청의 장은 정령으로 정한 바에 의하여 다음에 언급한 사항을 공표하여야 한다.

1. 입찰자의 상호 또는 명칭 및 입찰 금액, 낙찰자의 상호 또는 명칭 및 낙찰 금액, 입찰의 참가자의 자격을 정한 경우에 있어서 해당 자격, 지명 경쟁 입찰에 있어서 지명한 자의 상호 또는 명칭 그 밖의 정령으로 정한 공공공사의 입찰 및 계약의 과정에 관한 사항
2. 계약의 상대방의 상호 또는 명칭, 계약금액 그 밖의 정령으로 정한 공공공사의 계약의 내용에 관한 사항

제 6 조 (특수법인 등에 의한 정보의 공표) 특수법인 등의 대표자(해당 특수법인 등이 독립행정법인인 경우에 있어서는 그 장. 이하 동일)는 전2조의 규정에 준하고 공공공사의 입찰 및 계약에 관한 정보를 공표하기 위하여 필요한 조치를 강구하여야 한다.

제 7 조 (지방공공단체에 의한 정보의 공표) 지방공공단체의 장은 정령으로 정한 바에 의하여 매년도 해당 연도의 공공공사의 발주의 전망에 관한 사항으로 정령으로 정한 것을 공표하여야 한다.

[부록1] 공공공사(公共工事)의 입찰 및 계약의 적정화의 촉진에 관한 법률

1. 지방공공단체의 장은 전항의 전망에 관한 사항을 변경을 때는 정령으로 정한 바에 의하고 변경후의 해당 사항을 공표하여야 한다.

제 8 조 지방공공단체의 장은 정령으로 정한 바에 의하여 다음에 언급한 사항을 공표하여야 한다.

1. 입찰자의 상호 또는 명칭 및 입찰 금액, 낙찰자의 상호 또는 명칭 및 낙찰 금액, 입찰의 참가자의 자격을 정한 경우에 있어서 해당 자격, 지명 경쟁 입찰에 있어서 지명한 자의 상호 또는 명칭 그 밖의 정령으로 정한 공공공사의 입찰 및 계약의 과정에 관한 사항
2. 계약의 상대방의 상호 또는 명칭, 계약금액 그 밖의 정령으로 정한 공공공사의 계약의 내용에 관한 사항

제 9 조 전2조의 규정은 지방공공단체가 전 2 조에 규정한 사항 이외의 공공공사의 입찰 및 계약에 관한 정보의 공표에 관하여, 조례로 필요한 규정을 정한 것을 방해한 것이 아니다.

제 3 장 부정행위 등에 대한 조치

제10조 (공정거래위원회에의 통지) 각성 각청의 장, 특수법인 등의 대표자 또는 지방공공단체의 장(이하 「각성 각청의 장 등」라고 한다)는 각각 국가, 특수법인 등 또는 지방공공단체(이하 「국가 등」이라고 한다.)가 발주한 공공공사의 입찰 및 계약에 관하고, 사적 독점의금지및공정거래의확보에관한법률 (昭和 22년 법률 제54호) 제3조 또는 제8조 제1항 제1호의 규정에 위반한 행위가 있다고 의심하기에 충분한 사실이 있을 때는 공정거래위원회에 대하여 그 사실을 통지하여야 한다.

제11조 (국토교통성장관 또는 도도부현지사에 대한 통지) 작성 각청의 장 등은 각각 국가 등이 발주한 공공공사의 입찰 및 계약에 관하여, 해당 공공공사의 수주자인 건설업자(건설업법 제2조 제3항에 규정한 건설업자를 말한다.)에 다음 각호의 어느 하나에 해당한다고 의심하기에 충분한 사실이 있을 때에는 해당 건설업자가 건설업의 허가를 받았던 국토교통성 장관 또는 도도부현지사 및 해당 사실에 관계된 영업이 행해지는 구역을 관할한 도도부현지사에 대하여 그 사실을 통지하여야 한다.

1. 건설업법 제28조 제1항 제3호 제4호 또는 제6호로부터 제8호까지의 어느 하나에 해당하는 경우.
2. 제13조 제1항 또는 제2항 동조 제3항의 규정에 의하고 바꾸어 읽고 적용된 건설업법 제24조의7 제4항 동조 제1항 또는 제2항 또는 동법 제26조 또는 제26조의2의 규정에 위반하는 경우.

제 4 장 시공체제의 적정화

제12조 (일괄하도급의 금지) 공공공사에 관해서는 건설업법 제22조 제3항의 규정은 적용하지 아니 한다.

제13조 (시공 체제 대장의 제출 등) 공공공사의 수주자(건설업법 제24조의7 제1항의 규정에 의하고 동항에 규정한 시공 체제 대장(이하 단지 『시공 체제 대장』이라고 한다)을 작성하여야 하는 것이라고 되어 있는 것에 한한다)은 작성한 시공 체제 대장의 사본(동항의 규정에 의하고 기재해야 하는 것으로 한 사항에 변경이 생긴 것에 수반하고 새롭게 작성된 것을 포함한다)을 발주자에게 제출하여야 한다. 이 경우에 있어서는 동조 제3항의 규정은 적용하지 않는다.

②전항의 공공공사의 수주자는 발주자로부터 공공공사의 시공의 기술상의 관리를 맡는 자(다음 조에 있어 「시공 기술자」라고 한다)의 설치의 상황 그 밖의 공사 현장의 시공체제가 시공체제대장의 기재에 일치하는지 여부의 점검을 요구할 때에 이를 거절하여서는 아니된다.

③제1항의 공공공사의 수주자에 관한 건설업법 제24조의7 제4항의 규정의 적용에 관해서는 동항 안 「발견하기 쉬운 장소」라고 있는 것은, 「공사 관계자가 발견하기 쉬운 장소 및 공중이 발견하기 쉬운 장소」라고 지난다.

제14조 (각성, 각청의 장 등의 책무) 공공공사를 발주한 국가 등에 관계된 각성 각청의 장 등은, 시공 기술자의 설치의 상황 그 밖의 공사 현장의 시공 체제를 적정인 것이라고 지나기 위해 해당 공사 현장의 시공 체제가 시공 체제 대장의 기재에 일치하고 필요할지 어떨지의 점검 그 밖의 필요한 조치를 강구하여야 한다.

제 5 장 적정화 지침

제15조 (적정화 지침의 책정 등) 국가는 각성 각청의 장 등에 의한 공공공사의 입찰 및 계약의 적정화를 도모하기 위한 조치(제2장 및 제3장 및 전조에 규정한 것을 제외한다)에 관한 지침(이하 「적정화 지침」이라고 한다)을 정하여야 한다.

②적정화 지침에는 제3조 각호에 언급한 바에 따라 다음에 언급한 사항을 정한 것으로 한다.

1. 입찰 및 계약의 과정 및 계약의 내용에 관한 정보(각성 각청의 장 또는 특수법인 등의 대표자에 의한 조치에 있어서는 제4조 및 제5조 지방공공단체의 장에 의한 조치에 있어서는 제7조 및 제8조에 규정한 것을 제외한다)의 공표에 관한 것.

2. 입찰 및 계약의 과정 및 계약의 내용에 관하여 학식 경험을 갖는 자 등의 제3자의 의견을 적절하게 반영한 방책에 관한 것.
 3. 입찰 및 계약의 과정에 관한 불평을 적절하게 처리한 방책에 관한 것.
 4. 공정한 경쟁을 촉진하기 위한 입찰 및 계약의 방법의 개선에 관한 것.
 5. 장래에 있어서 유리 적절한 입찰 및 계약을 위한 공공공사의 시공 상황의 평가의 방책에 관한 것.
 6. 전 각호에 언급한 것 외, 입찰 및 계약의 적정화를 도모하기 위하여 필요한 조치에 관한 것.
- ③적정화 지침의 책정에 있어서는 특수법인 등 및 지방공공단체의 자주성에 배려하여야 한다.
 - ④국토교통장관, 총무장관 및 재무장관은 미리 각성 각청의 장 및 특수법인 등을 관할한 장관에게 협의한 상 적정화 지침의 안을 작성하고 각의의 결정을 구하여야 한다.
 - ⑤국토교통장관은 적정화 지침의 안의 작성에 앞서 중앙건설업심의회 의 의견을 들어야 한다.
 - ⑥국토교통장관, 총무장관 및 재무 장관은 제4항의 규정에 의한 각의의 결정이 있을 때는 지체 없이 적정화 지침을 공표하여야 한다.
 - ⑦제3항으로부터 전항까지의 규정은 적정화 지침의 변경에 관하여 준용한다.

제16조 (적정화 지침에 근거한 책무) 각성 각청의 장 등은 적정화 지침에 정한 바에 따라 공공공사의 입찰 및 계약의 적정화를 도모하기 위하여 필요한 조치를 강구하도록 노력하여야 한다.

제17조 (조치의 상황의 공표) 국토 교통 장관 및 재무 장관은 각성 각청의 장 또는 특수법인 등을 관할한 장관에 대하여 해당 각성

각청의 장 또는 해당 장관이 관할한 특수법인 등이 적정화 지침에 따라 강구한 조치의 상황에 관하여 보고를 요청할 수 있다.

②국토교통장관 및 총무 장관은 지방공공단체에 대하여 적정화 지침에 따라 강구한 조치의 상황에 관하여 보고를 추구할 수 있다.

③국토교통장관, 총무장관 및 재무장관은 매년도 전 2 항의 보고를 모아 종합하여 그 개요를 공표한다.

제18조 (요청) 국토교통장관 및 재무장관은 각성 각청의 장 또는 특수법인 등을 관할한 장관에 대하여 공공공사의 입찰 및 계약의 적정화를 촉진하기 위하여 적정화 지침에 비추어 보고 특히 필요가 있다고 인정된 조치를 강 그림 것이 당연하다는 것을 요청할 수 있다.

②국토교통장관 및 총무 장관은 지방공공단체에 대하여 공공공사의 입찰 및 계약의 적정화를 촉진하기 위하여 적정화 지침에 비추어 보고 특히 필요가 있다고 인정된 조치를 강 그림 것이 당연하다는 것을 요청할 수 있다.

제 6 장 국가에 의한 정보의 수집, 정리 및 제공 등

제19조 (국가에 의한 정보의 수집, 정리 및 제공) 국토교통장관, 총무장관 및 재무장관은 제2장의 규정에 의하고 공표된 정보 그 밖에 그 보급이 공공공사의 입찰 및 계약의 적정화의 촉진에 이바지한 것이 된 정보의 수집, 정리 및 제공에 노력하여야 한다.

제20조 (관계 법령 등에 관한 지식의 습득 등) 국가, 특수법인 등 및 지방공공단체는 각각 그 직원에 대하여 공공공사의 입찰 및 계약이 적정하게 행해지도록 관계 법령 및 관할 분야에 있어서 공공공사의 시공기술에 관한 지식을 습득시키기 위한 교육 및 연수 그 밖에 필요한 조치를 강구하도록 노력하여야 한다.

② 국토교통장관 및 도도부현지사는 건설업을 운영한 자에 대하여 공공공사의 입찰 및 계약이 적정하게 행해지도록 관계 법령에 관한 지식의 보급 그 밖에 필요한 조치를 강구하도록 노력하여야 한다.

부 칙

제 1 조 (시행 기일) 이 법률은 공포의 날로부터 기산하고 3월을 초과하지 않는 범위 내에서 정령으로 정한 날로부터 시행한다. 단, 제2장에서 제4장까지 및 제16조 제17조 제1항 및 제2항 제18조 및 부칙 제3(건설업법 제28조의 개정 규정에 관계된 부분에 한한다)조의 규정은 平成 13년 4월 1일로부터 제17조 제3항의 규정은 平成 14년 4월 1일로부터 시행한다.

제 2 조 (경과조치) 제5조 및 제8조의 규정은 이러한 규정의 시행 전에 입찰 또는 수의계약의 절차에 착수하고 있던 경우에 있어서 해당 입찰 및 이것에 관계된 계약 또는 해당 수의계약에 관해서는 적용하지 아니 한다.

② 제4장 및 다음 조(건설업법 제28조의 개정 규정에 관계된 부분에 한한다)의 규정은 이러한 규정의 시행 전에 체결된 계약에 관계된 공공공사에 관해서는 적용하지 않는다.

[부록2]

입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률
(入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律)

제정: 平成 14년 7월 31일 법률 제109호

최종 개정: 平成 15년 7월 16일 법률 제119호

제 1 조 (취지) 이 법률은 입찰담합 등 관여행위를 배제하고 방지하기 위하여 공정거래위원회에 의하여 각성(省) 각청(廳)의 장 등에 대한 입찰담합 등 관여행위를 배제하는데 필요한 개선조치의 요청, 입찰담합 등 관여행위를 행한 직원에 대한 손해배상의 청구, 해당직원에게 관계된 징계사유의 조사, 관계 행정기관의 제휴협력 등에 관하여 정한다.

제 2 조 (정의) 이 법률에서 「각성 각청의 장」이라 함은 재정법(昭和 22년 법률 제34호) 제20조 제2항에 규정한 각성 각청의 장을 말한다.

②이 법률에서 「특정법인」이라 함은 국가 또는 지방공공단체가 자본금의 2분의 1이상을 출자하고 있는 법인을 말한다.

③이 법률에서 「각성 각청의 장 등」이라 함은 각성 각청의 장, 지방공공단체의 장 및 특정법인의 대표자를 말한다.

④이 법률에서 「입찰담합 등」이라 함은 국가, 지방공공단체 또는 특정법인(이하 「국가 등」이라고 한다)이 입찰, 경매, 그 밖에 경쟁에 의해 상대방을 선정하는 방법을 통하여 행해지는 매매, 대차,

도급, 그 밖의 계약의 체결에 관하여, 해당 입찰에 참가하고자 하는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 낙찰받을 수 있는 자 또는 낙찰받을 수 있는 가격을 결정하거나 또는 사업자 단체가 해당 입찰에 참가하고자 하는 사업자로 하여금 해당행위를 행하게 함으로써 사적독점의금지및공정거래의확보에관한법률(私的獨占の禁止及び公正去來の確保に關する法律, 昭和 22년 법률 제54호) 제3조 또는 제8조 제1항 제1호의 규정에 위반하는 행위를 말한다.

⑤이 법률에서 「입찰담합 등 관여행위」라 함은 국가 또는 지방공공단체의 직원 또는 특정법인의 임원 또는 직원(이하 「직원」이라 한다)이 입찰담합 등에 관여하는 행위로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 사업자 또는 사업자 단체에 대해 입찰담합 등을 행하도록 하는 경우
2. 계약의 상대방이 될 것이 당연 자를 미리 지명한 것, 기타 특정한 자를 계약의 상대방이 되는 것이 당연 자로서 희망한 취지의 의향을 미리 교시하고 또는 시사한 것.
3. 입찰 또는 계약에 관한 정보 중 특정한 사업자 또는 사업자 단체가 아는 것에 의하여 이러한 자가 입찰담합 등을 행한 것이 용이해지는 정보이고 비밀로서 관리되고 필요한 것을 특정한 자에 대하여 교시하고 또는 시사한 것.

제 3 조 (각성 각청의 장 등에 대한 개선조치의 요구 등) 공정거래위원회는 입찰담합 등의 사건에 관한 조사의 결과 해당 입찰담합 등에 있어서 입찰담합 등 관여행위가 있다고 인정할 때에는 각성 각청의 장 등에 대하여, 해당 입찰담합 등 관여행위를 배제하기 위해 필요한 것으로서 입찰 및 계약에 관한 사무에 관계된 개선 조치(이하 단지 「개선조치」라고 한다)를 요구할 수 있다.

②공정거래위원회는, 입찰담합 등의 사건에 관한 조사의 결과 해당 입찰담합 등에 대해 입찰담합 등 관여행위가 있다고 인정하는 때, 혹은 해당 입찰담합 등 관여행위가 이미 소멸된 경우에도 특별히 필요하다고 인정할 때는 각성 각청의 장 등에 대하여 해당 입찰담합 등 관여행위를 배제하기 위하여 필요한 개선조치를 요구할 수 있다.

③공정거래위원회는 전 2항의 규정에 의한 요청을 하는 경우에는 해당 요청의 내용 및 이유를 기재한 서면을 교부하여야 한다.

④각성 각청의 장 등은 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 요구를 받았을 때는 필요한 조사를 행하고, 해당 입찰담합 등 관여행위가 있고, 또는 해당 입찰담합 등 관여행위가 있던 것이 분명할 때에는 해당 조사의 결과에 근거하고 해당 입찰담합 등 관여행위를 배제하거나 또는 해당 입찰담합 등 관여행위가 배제된 것을 확보하기 위해 필요하다고 인정하는 개선조치를 강구하여야 한다.

⑤각성 각청의 장 등은 전항의 조사를 행하기 위해 필요가 있다고 인정되는 경우에 공정거래위원회에 대하여 자료의 제공 그 밖에 필요한 협력을 요구할 수 있다.

⑥각성 각청의 장 등은 제4항의 조사의 결과 및 동항의 규정에 의하고 강구한 개선조치의 내용을 공표함과 동시에 공정거래위원회에 통지하여야 한다.

⑦공정거래위원회는 전항의 통지를 받았던 경우에 있어 특히 필요하다고 인정될 때는 각 성 각청의 장 등에 대하여 의견을 진술할 수 있다.

제 4 조 (직원에 대한 손해배상의 청구 등) 각성 각청의 장 등은 전 조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 요구가 있을 때에는 해당 입찰담합 등 관여행위에 의한 국가 등의 손해의 유무에 관하여 필요한 조사를 행하여야 한다.

[부록2] 입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률

②각성 각청의 장 등은 전항의 조사의 결과 국가 등에 손해가 생겼다고 인정을 때는 해당 입찰담합 등 관여행위를 행한 직원의 배상책임의 유무 및 국가 등에 대한 배상액에 대해서도 필요한 조사를 행하여야 한다.

③각성 각청의 장 등은 전 2항의 조사를 행하기 위해 필요가 있다고 인정할 때 공정거래위원회에 대하여, 자료의 제공 그 밖에 필요한 협력을 요구할 수 있다.

④각성 각 청의 장 등은 제2항의 조사의 결과 해당 입찰담합 등 관여행위를 행한 직원이 고의 또는 중대한 과실에 의하고 국가 등에 손해를 주었다고 인정될 때에는 해당직원에게 신속하게 그 배상을 요구하여야 한다.

⑤입찰담합 등 관여행위를 행한 직원이 예산집행직원등의책임에 관한법률(昭和 25년 법률 제172호) 제3조 제2항 (동법 제9조 제2항에 있어 준용한 경우를 포함한다)의 규정에 의한 변상의 책임을 지는 경우에 있어서는 각성 각청의 장 또는 공고 등의 장(동조 제1항에 규정한 공고 등의 장을 말한다)은 제2항 제3(제2항의 조사에 관계된 부분에 한한다)항 및 전항의 규정에 관계없이, 신속하게 동법에 정한 바에 의하여 필요한 조치를 취하여야 한다. 이 경우에 있어서는 동법 제4조 제4항 (동법 제9조 제2항에 있어 준용한 경우를 포함한다)중 『지체없이』라 함은 『신속하게 해당 예산 집행 직원의 입찰담합 등 관여행위(입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률(平成 14년 법률 제101호) 제2조 제5항에 규정한 입찰담합 등 관여행위를 말한다)에 관계된 동법 제4조 제1항의 조사의 결과를 첨부하는』것으로 한다.

⑥입찰담합 등 관여행위를 행한 직원이 지방자치법(昭和 22년 법률 제67호) 제243조의2 제1항 (지방공영기업법(昭和 27년 법률 제292호) 제34조의2를 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 배

상의 책임을 지는 경우에 있어서는, 제2항, 제3항(제2항의 조사에 관계된 부분에 한한다) 및 제4항의 규정은 적용하지 않으며, 지방자치법 제243조의2 제3항 중 「결정할 것을 요구하고」라 함은, 「결정할 것을 신속하게 요구하고」로 해석하여, 동조(지방공영기업법 제34조를 준용하는 경우를 포함한다)의 규정을 적용한다.

제 5 조 (직원에 관계된 징계사유의 조사) 각성 각청의 장 등은, 제3조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 요구가 있을 때는 해당 입찰담합 등 관여행위를 행한 직원에 대하여 징계처분(특정법인(특정 독립행정법인(독립행정법인통칙법(平成 11년 법률 제103호) 제2조 제2항에 규정한 특정 독립행정법인을 말한다. 이하 이 항에 있어 동일) 및 특정 지방 독립 행정법인(지방독립행정법인법(平成 15년 법률 제118호) 제2조 제2항에 규정한 특정 지방 독립 행정법인을 말한다. 이하 이 항에 있어 동일)을 제외한다)에 있어서는 면직, 정직, 감봉 또는 계고(戒告)의 처분 그 밖의 제재를 할 수 있는지 여부에 관하여 필요한 조사를 행하여야 한다. 단, 당해 요구를 받았던 각성 각청의 장, 지방공공단체의 장, 특정 독립행정법인의 장 또는 특정 지방 독립행정법인의 이사장이 해당직원의 임명권을 가지지 않는 경우(해당직원의 임명권을 위임한 경우를 포함한다)에는 해당직원의 임명권을 갖는 자(해당직원의 임명권의 위임을 받았던 자를 포함한다. 이하 「임명권자」라 한다)에 대하여, 제3조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 요청의 취지를 통지하는 것으로 족하다.

②전항 단서의 규정에 의한 통지를 받았던 임명권자는 해당 입찰담합 등 관여행위를 행한 직원에 대하여 징계처분을 할 수 있는지 여부에 관하여 필요한 조사를 행하여야 한다.

③각성 각청의 장 등 또는 임명권자는 제1항 본문 또는 전항의 조사를 행하기 위해 필요가 있다고 인정할 때에는, 공정거래위원회에 대하여 자료의 제공 그 밖에 필요한 협조를 요청할 수 있다.

제 6 조 (지정 직원에 의한 조사) 각성, 각청의 장 등 또는 임명권자는 그 지정한 직원(이하 이 조에 있어 「지정 직원」이라고 한다)에게 제3조 제4항 제4조 제1항 또는 제2항 또는 전조 제1항 본문 또는 제2항의 규정에 의한 조사(이하 이 조에 있어 「조사」라고 한다)를 실시토록 하여야 한다. 이 경우에 있어, 각 성 각 청의 장 등 또는 임명권자는 당해 조사를 적정하게 실시하기에 충분한 능력 경험 등을 갖는 직원을 지정하는 등 당해 조사의 실효를 확보하기 위해 필요한 조치를 강구하여야 한다.

②지정 직원은 조사를 수행함에 있어서 공정하고 독립적으로 실시하여야 한다.

③지정 직원이 조사를 실시하는 경우에 있어서 해당 각성, 각청(재정법 제21조에 규정한 각성 각청을 말한다. 이하 동일), 지방공공단체 또는 특정법인의 직원은 해당 조사에 협력하여야 한다.

제 7 조 (관계 행정기관의 연대 협력) 국가의 관계 행정기관은 입찰담합 등 관여행위의 방지에 관하여 상호연대를 도모하면서 협력하여야 한다.

제 8 조 (운용상의 배려) 이 법률의 운용에 있어서는 입찰 및 계약에 관한 사무를 적정하게 실시하기 위한 지방공공단체 등의 자주적인 노력에 대하여 충분한 배려를 하여야 한다.

제 9 조 (사무의 위임) 각성 각청의 장은 이 법률에 규정한 사무를 해당 각성 각청의 외부조직(법률로 국무대신으로써 그 장으로 충당한 것이라고 되어 있는 것에 한한다)의 장에 위임할 수 있다.

부 칙

이 법률은 공포일로부터 기산하고 6월을 초과하지 않는 범위 내에 있어 정령으로 정한 날 로부터 시행한다.

부 칙(平成 15년 7월 16일 법률 제119호)

제 1 조 (시행 기일) 이 법률은 지방독립행정법인법(平成 15년 법률 제118호)의 시행일로부터 시행한다.

제 6 조 (그 밖의 경과조치의 정령에게의 위임) 이 부칙에 규정한 것 외 이 법률의 시행에 수반하고 필요한 경과조치는 정령으로 정한다.

[부록3]

공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자
단체의 활동에 관한 독점금지법상의 지침

1994년 7월5일
공정거래위원회

개정
평성18년 1월4일 공정거래위원회

目 次

처음에

1. 본 지침의 취지
2. 본 지침의 구성 등

제1 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한 독점금지법의 규정의 개요

1. 금지되고 있는 행위
2. 위반행위에 대한 조치 등

제2 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 실제의 활동과 독점금지법

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

1. 수주자의 선정에 관한 행위
2. 입찰 가격에 관한 행위
3. 수주수량 등에 관한 행위
4. 정보의 수집·제공, 경영지도 등

처 음 에

1. 본 지침의 취지

(1) 독점금지법(사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(소화22년 법률 제54호))은, 사업자가 사적독점, 부당한 거래제한, 불공정한 거래방법 등의 행위를 실시하는 것을 금지해, 또, 사업자의 결합체인 사업자 단체가 이것과 같은 경쟁 제한적인 또는 경쟁 저해적인 행위를 실시하는 것을 금지해, 이러한 행위를 했을 경우에는 이것을 배제하는 것으로써, 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하는 것을 목적으로 하고 있다. 국가, 지방공공단체, 특수법인 등이 실시하는 입찰은, 입찰 참가자 사이의 경쟁을 통해서 수주자나 수주 가격 등을 결정하려고 하는 것이다.

입찰 참가자가 미리 수주 예정자나 최저입찰가격 등을 결정하는 것에 의해 입찰에 의해 발주되는 상품 또는 역무의 거래와 관련되는 경쟁을 제한하는 이른바 입찰담합은 입찰 제도의 실질을 잃어버리게 하는 것인 것과 동시에 경쟁 제한 행위를 금지하는 독점금지법의 규정에 위반하는 행위이다.

(2) 이 지침은, 사업자나 사업자 단체에 의한 입찰담합의 독점금지법 위반 사건이 많이 생기고 있는 상황을 근거로 해 입찰과 관련되는

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

사업자 및 사업자 단체의 어떠한 활동이 독점금지법상 문제가 될까에
임해서, 구체적인 예를 들면서 분명히 하는 것에 의하여 입찰담합의
방지를 도모함과 아울러 사업자 및 사업자 단체의 적정한 활동에 유
용하게 사용하고자 하는 것이다.

2. 본 지침의 구성 등

(1) 본 지침 중 제1에서는 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체
의 활동과의 관계에 대해 어떠한 행위가 독점금지법으로 금지되고 있
는지, 또 위반행위에 대해서는 어떠한 조치 등이 채택되는지에 관한
독점금지법의 규정의 개요를 나타내고 있다.

제2에서는 지금까지의 공정거래위원회의 법운용의 경험에 근거해,
사업자 및 사업자 단체의 입찰에 관련한 실제의 활동에 입각해서, 독
점금지법이 정하는 바와의 관계에 대해 기본적인 고려사항을 제시함
과 아울러 주요 행위유형 마다, 『원칙적으로 위반이 되는 경우』, 『위
반이 될 우려가 있는 경우』 및 『원칙적으로 위반이 되지 않는 경우』를
참고예로서 열거하고 있다.

이 중, ①『원칙적으로 위반이 되는 경우』는 지금까지의 심리판결 및
과징금 납부 명령에 있어서의 위반행위의 내용을 정리해, 거기에 기
초를 두어, 원칙적으로 위반이 된다고 생각되는 행위를 들고 있다. 아
울러, 『원칙적으로 위반이 되는 경우』로서 거론된 행위와 관련해서
입찰담합 방지를 위해 특히 유의해야 할 사항에 대해 기술하고 있다.

②『위반이 될 우려가 있는 경우』 지금까지의 심리판결에 있어서의
위반행위 및 위반행위에 관련해 인정된 사실을 근거로 해 위반행위에
수반해 행해질 우려가 있는 또는 위반행위로 연결될 우려가 있는 행
위를 들고 있다.

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

③『원칙적으로 위반이 되지 않는 경우』에는, 그 자체에서는 원칙적으로 위반이 되지 않는다고 생각되는 행위를 들고 있다.

(2) 본 지침은, 국가 및 지방공공단체 및 이것들에 준하는 자가 법령 등에 근거해 실시하는 입찰을 염두에 두어, 입찰담합방지의 관점으로부터 독점금지법의 의도를 나타낸 것이다. 『이에 준하는 자』에게는, 이 관점으로부터, 특수법인, 지방공사, 외국 정부기관, 국제기관 등이 광범위하게 포함된다. 또, 이러한 발주자가 수의계약 시에 실시하는 견적 맞담과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 대해서도, 본지침의 의도에 부합한다.

(3) 본 지침은 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 실제의 활동과 독점금지법과의 관계에 대해, 가능한 한 알기 쉽게 가리키려고 한 것이며 본 지침 중에서 올리고 있는 참고예는 어디까지나 유형화된 예시이며, 한층 더 참고 예에 첨부된 구체적인 예는 각 참고 예의 행위나 문제점에 대한 구체적인 이해를 돕기 위한 예시이다.

입찰에 관련한 것이며 본 지침 중에 나타나지 않은 활동이나 입찰을 거치지 말고 실시되는 조달에 관련한 활동을 포함해 구체적인 행위가 위반이 되는지 어떤지에 대해서는, 독점금지법의 규정에 비추어, 개개의 사안 마다 판단되는 것인 것은 말할 필요도 없다.

(4) 본 지침에서는 기술의 간명화이기 때문에, 기본적으로 조달과 관련되는 입찰의 경우에 입각해서 기술하고 있다. 매도해 등과 관련되는 입찰에 대해서는, 알기 쉬움 때문에 필요가 있는 경우에게만, 그 모양에 맞은 기술을 교부하고 있다.

또, 본 지침 중에서 사업자 단체가 실시하는 행위를 기술하고 있는 개소에 대해서는 사업자 단체가 구성 사업자를 해 그 행위를 실시하게 하는 것을 포함하는 것이다(예를 들면, 『사업자 단체가 수주 예정

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

자를 결정하는 것』이라고 기술하고 있는 부분은, 「사업자 단체가 구성 사업자를 해 수주 예정자를 결정시키는 것』을 포함한다.)

본 지침 중에서, 「중소기업자의 단체」가 실시하는 행위를 기술하고 있는 개소에 대해서는 주로 중소기업자를 구성원으로 하는 사업자 단체가, 구성원인 중소기업자를 대상으로 해 실시하는 활동을, 염두에 두고 있다.

(5) 본 지침의 책정에 수반해, 「공공 공사와 관련되는 건설업에 있어서의 사업자 단체의 제반활동에 관한 독점금지법상의 지침」(소화59년 2월 21일 공표)은 폐지한다.

제1 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한 독점금지법의 규정의 개요

[생략]

제2 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 실제의 활동과 독점금지법

1. 수주자의 선정에 관한 행위

(1) 고찰의 방향

회계법, 지방 자치법등에서는, 원칙적으로 입찰 참가자 중에서 발주자에게 있어 가장 유리한 내용의 입찰을 한 자를 계약의 상대방으로 해, 그 제시한 조건으로 계약을 체결하는 입찰의 절차를 정하고 있다.

사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가 입찰과 관련되는 수주 예정자 또는 수주 예정자의 선정 방법을 결정하는 것은 이러한 입찰 제도

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

의 기능을 해치는 것인 것과 동시에 입찰의 방법에 의해 발주되는 상품 또는 역무의 거래와 관련되는 경쟁을 제한하는 것이어서 원칙적으로 법에 위반된다.

입찰과 관련되는 수주 예정자 또는 수주 예정자의 선정 방법의 결정의 기본적인 내용은, 입찰에 즈음하여 미리 수주해야 할 자를 특정해 그 자가 수주할 수 있도록 하는 것이어 구체적인 수단·방법의 여하를 묻지 않는다.

여기서의 결정은, 명시의 결정에 한정되는 것이 아니고, 수주 예정자 또는 수주 예정자의 선정 방법에 관계되어 암묵의 이해 또는 공통의 의사가 형성되는 것을 가지고 충분하다.

수주 예정자 또는 수주 예정자의 선정 방법을 결정하는 것이 위반으로 여겨지는 것은, 그 행위를 한 이유의 여하를 묻지 않는 것이어, 대상이 되는 상품 또는 역무의 질을 확보하기 위해서라든지, 수주의 균등화를 꾀하기 위해서라든지, 각 사업자의 영업활동이나 기왕의 수주와의 계속성이나 관련성을 존중하기 위해서라는 등의 이유에 의해 정당화 되는 것은 아니다.

만일 제삼자에 의한 수주 예정자의 추천이 있었을 경우에 대해서도, 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 그 추천에 따르는 것을 결정하면, 수주 예정자의 결정에 해당된다.

(2) 참고예

위반이 되는지 어떤지를 판단하는데 있어서 참고가 되는 유형을 이하에 예시한다.

○ 원칙적으로 위반이 되는 경우

1—1 (수주 예정자 등의 결정)

○ 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 입찰과 관련되는 수주 예정자 또는 수주 예정자의 선정 방법을 결정하는 것.

〈구체적인 예〉

X 외 건설업자 사건(1992년 제16호)으로는, 갑현이 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 토목 일식 공사에 대해, 지명을 받은 자에 의한 회합 등에서 화합 있고를 실시해, PR광고지(수주를 희망하는 자의, 미리, 공사 마다, 공사 개소, 근린의 공사 실적 등을 기재해 제출한 서면)의 제출의 유무, 제출의 시기 및 기재 내용의 정확도, 해당 공사에 관련하는 과거의 공사 실적 등의 요소를 감안해, 미리, 수주를 희망하는 자 중에서 수주 예정자를 결정해, 지명을 받은 자는 수주 예정자가 수주할 수 있도록 협력하는 등의 합의아래에, 수주 예정자를 결정하고 있었던 것이, 법제3조 위반으로 판단되었다.

Y 외 지불 통지서등 첨부용 씬 공급 업자 사건(평성5년(권) 제9호)으로는, 을부처가 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 지불 통지서등 첨부용 씬에 대해, 지명을 받은 자 등의 사이에서의 서로 연락함으로써 입찰때 마다 미리 수주 예정자를 결정하는 것, 수주 예정자 이외의 자는 수주 예정자가 수주할 수 있도록 협력하는 것 등을 결정해, 이것에 근거해 수주 예정자를 결정하고 있었던 것이, 법제3조 위반으로 판단되었다.

Z건설업자 단체 사건(소화63년 제15호)으로는, 병국 해군 교쿠도건설 본부가 입찰에 의해 우리 국가에 있어 발주하는 건설공사에 대해, 미리, 입찰에 참가하는 자의 사이에 협의해 수주 예정자를 정하는 것 등을 결정해, 이것에 근거해 구성 사업자에게 수주 예정자를 결정시키고 있었던 것이, 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

U측량 업자 단체 사건(평성5년 제5호)으로는, 정부처가 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 항공사진 측량 업무에 대해, 업무의 종류에 응해, 점수제(구성 사업자의 지명 실적 및 수주 실적을 기본으로 일정한 산정 방법에 의해 산출한 점수가 가장 높은 자로부터 우선적으로 수

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

주 예정자를 정하는 방식) 또는 순번제(미리 정한 차례에 따라 수주 예정자를 정하는 방식)에 의해, 수주 예정자를 정해 지명을 받은 구성 사업자는 수주 예정자가 수주할 수 있도록 협력하는 것 등을 결정해, 이것에 근거해 구성 사업자에게 수주 예정자등을 결정시키고 있었던 것이, 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

V건물관리회사 업자 단체사건(평성5년(권) 제10호)으로는, 무지구 소재의 관공청등이 지명 경쟁 입찰 또는 지명 견적 맞담에 의해 발주하는 환경위생 관리 업무에 대해, 구성 사업자가 이미 수주해 계약하고 있는 물건에 대해서는, 다음번의 입찰 등의 때에, 해당 사업자를 수주 예정자로 해, 신규에 발주되는 업무에 대해서는, 지명을 받은 구성 사업자 사이의 서로 연락에 의해 수주 예정자를 정해 수주 예정자 이외의 지명을 받은 구성 사업자는 수주 예정자가 수주할 수 있도록 협력하는 것 등을 결정해, 이 결정에 근거해 구성 사업자에게 수주 예정자를 정하게 하고 있었던 것이, 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

[유의 사항] 『원칙적으로 위반이 되는 경우』로서 위에 적은 1—1(수주 예정자등의 결정)의 행위와의 관련으로, 입찰담합 방지의 관점으로로부터 특히 유의해야 할 사항을 이하에 나타낸다. 다음과 같은 행위는, 수주 예정자를 결정하기 위한 수단이 되는 것이어, 또는 수주 예정자에 관한 암묵의 이해 혹은 공통의 의사의 형성으로 연결되는 개연성이 높은 것으로 있어, 위반이 될 우려가 강하다.

1—1—1(수주 의욕의 정보 교환 등)

- 입찰에 참가하려고 하는 사업자가, 해당 입찰에 대해 가지는 수주 의욕, 영업활동 실적, 대상 물건에 관련한 수주 실적 등 수주 예정자의 선정으로 연결되는 정보에 대해, 그것들 사업자 사이에 정보 교환을 실시하거나 그것들 사업자를 구성원으로 하는 사업

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

자 단체가, 걸리는 정보에 대해, 수집·제공해, 혹은 그것들 사업자 사이의 정보 교환을 촉진하는 것.

<위반으로 여겨진 구체적인 예>

X건설업자 단체 사건(1982년(권) 제13호)에서는, 갑 현 및 키노토시가 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 건설공사에 대해, 지명 업자간의 화합 있고를 실시하는 것으로 해, 당번 간사가 사회를 실시해 지명업자로부터 수주 희망의 유무를 청취해 화합 있고의 원만한 해결에의 진언 등을 실시하는 것으로 함과 함께, 조정의 방법 등도 정하는 것으로, 구성사업자에게 수주예정자를 정하게 하는 것을 결정했던 것이, 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

Y 외 건설업자 사건(평성5년(권) 제19호)으로는, 병 시가 지명 경쟁 입찰 또는 지명 견적 맞담에 의해 발주하는 토목공사에 대해, 수주 희망자가 한명 때는, 그 자를 수주 예정자로 해, 수주 희망자가 복수 때는, 수주 희망자의 사이의 서로 이야기해 등에 의해 수주 예정자를 결정하고 있었던 것이 법 제3조 위반으로 판단되었다.

Z 외 측량 업자 사건(평성5년(권) 제7호)으로는, 정지구의 관공청등이 지명 경쟁 입찰 또는 지명 견적 맞담에 의해 발주하는 항공사진 측량 업무에 대해, 지명을 받은 자에 의한 회합을 개최하는 등 해, 해당 물건에 관한 영업 활동의 실적, 해당 물건에 관련하는 과거의 수주실적 등의 요소를 감안해 수주 예정자를 결정하고 있었던 것이, 법 제3조 위반으로 판단되었다.

1—1—2(지명 회수, 수주 실적 등에 관한 정보의 정리·제공)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 과거의 입찰에 있어서의 개개의 사업자의 지명 회수, 수주 실적 등에 관한 정보를, 향후의 입찰의 수주 예정자 선정의 우선순위와 관련되는 기준이 되는 것

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

같은 형태로 정리해, 입찰에 참가하려고 하는 사업자에게 제공하는 것.

〈위반으로 여겨진 구체적인 예〉

X 외 소방 호스 제조 판매업자 사건(소화61년(권) 제2호)으로는, 갑소방청이 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 소방 호스에 대해, 갑소방청에 대한 기왕의 납입 실적에 근거해, 이것에 수정을 더해 종목별 누계액을 산출해, 그 가장 적은 종목을 납입하는 것으로 해 수주 예정자를 정하는 것을 결정해, 입찰의 때 마다 수주 예정자를 서로 확인해, 수주 예정자가 수주할 수 있도록 하고 있었던 것이, 법 제3조 위반으로 판단되었다.

Y 외 도로표식·표시등 공사 업자 사건(1992년 제29호)으로는, 키노토현이 지명 경쟁 입찰 또는 견적 맞담에 의해 발주하는 도로표식·표시등의 공사에 대해, 지명을 받은 자 중에서 일정한 산정 방법에 의해 산출한 지명 회수가 가장 많은 자를 수주 예정자로 하는 등에 의해 수주 예정자를 결정하고 있었던 것이, 법 제3조 위반으로 판단되었다.

Z조원 공사업자단체사건(1992년 제17호)으로는 병시 및 병시가 출연 등 하고 있는 재단법인등이 지명 경쟁 입찰 또는 견적서에 의한 입찰에 의해 발주하는 조원 공사 등에 대해 업무 마다 수주 금액에 응하고 일정한 계산식에 의해 감산해 지명 회수에 의해 가산하는 기본점수수가 많은 자를 수주 예정자로 하는 등에 의해 구성 사업자에게 수주 예정자를 정하게 하는 것을 결정했던 것이, 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

이 수주 예정자 또는 수주 예정자의 선정 방법의 결정(1—1)에 수반해 수주 예정자가 수주할 수 있도록 하기 위해서 행해지는 다음과 같은 행위는, 1—1에 의한 위반행위에 포함된다.

1—1—3(입찰 가격의 조정 등)

- 수주 예정자 이외의 입찰 참가자가 수주 예정자등으로부터 입찰 가격에 관한 연락·지시등을 받은 다음, 수주 예정자가 수주할 수 있도록 각각의 입찰 가격을 설정하는 것.

〈위반으로 여겨진 구체적인 예〉

X 외 전기공사 업자 사건(평성5년(권) 제13호)으로는, 갑시가 지명 경쟁 입찰 또는 지명 견적 맞담에 의해 발주하는 전기공사에 대해, 수주 예정자를 결정하는 것과 동시에, 수주 예정자 이외의 지명을 받은 자은, 수주 예정자로부터 그 입찰 가격 또는 지명 견적 합해에 제출하는 가격의 연락을 받아 수주 예정자의 가격보다 높은 가격으로 입찰 또는 견적서의 제출을 실시하는 것으로, 수주 예정자가 수주할 수 있도록 협력하는 취지의 합의아래에, 필요에 따라서 해당 업자 이외로 지명을 받은 자의 협력을 얻어 수주 예정자를 결정해, 수주 예정자가 수주할 수 있도록 하고 있었던 것이 법 제3조 위반으로 판단되었다.

Y측량 업자 단체 사건(평성5년(권) 제5호)으로는, 을부처가 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 항공사진 측량 업무에 대해, 수주 예정자를 정하는 것과 동시에 지명을 받은 구성 사업자는, 수주 예정자의 입찰 가격이 최저가격이 되도록 입찰 가격을 조정해, 수주 예정자가 수주할 수 있도록 협력하는 것 등을 결정했던 것이, 법 제8조 제1항 제1호위반으로 판단되었다.

우 다음과 같은 행위는, 수주 예정자 또는 수주 예정자의 선정 방법의 결정(1—1)을 전제로 해, 그 결정을 용이하게 하거나 강화등 하기 위해서 행해지는 것이지만, 수주 예정자 또는 수주 예정자의 선정 방법을 결정하는 것은, 이러한 행위를 특별히 따르지 않아도, 원칙적으로 위반이 된다.

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

아울러 이러한 행위는, 그 자체 독립으로 위반이 되는 경우가 있다
(법 제8조 제1항 제4호 또는 제5호, 제19조).

1—1—4(다른 입찰 참가자등에의 이익 공여)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 수주 예정자에게 다른 입찰 참가자등에 대해서 업무 발주, 금전지불 등의 이익 공여를 시키는 것.

〈위반으로 여겨진 구체적인 예〉

X 외 건설업자 사건(1992년(권) 제16호)으로는, 갑현이 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 토목 일식 공사에 대해, 수주 예정자를 결정하는 것과 동시에, 수주 예정자의 결정을 용이하게 하기 위하여 필요하게 응해 공사를 수주한 자를 『구제』라고 칭해, 수주를 희망하고 있던 수주 예정자 이외의 사업자 또는 일정기간 수주의 실적이 없는 사업자에게 공사의 일부를 시공시키고 있었던 것이 법 제3조 위반으로 판단되었다.

Y 외 방역 살충제 판매업자 사건(1992년 제 3 호)으로는, 키노토현 소재의 시읍면이 지명 경쟁 입찰 또는 지명 견적 맞담에 의해 발주하는 방역 살충제에 대해 수주 예정자 및 수주 예정 가격을 결정하는 것과 동시에 해당지명경쟁입찰 등의 참가자의 이익을 거의 균등화시키기 위하여, 수주 예정자가 수주 예정자 이외의 자에 대해서 실시하는 이익의 배분 방법 및 배분액을 결정하고 있었던 것이, 법 제3조위반으로 판단되었다.

1—1—5(수주 예정자의 결정에의 참가의 요청, 강요 등)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 입찰에 참가를 예정하는 사업자에 대해서 수주 예정자의 결정에 참가하도록 혹은 결정의

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

내용에 따르도록 요청, 강요 등을 실시하여 결정에 참가·협력하지 않는 사업자에 대해 거래거절, 사업자 사이 혹은 사업자 단체의 내부에 있어서의 차별적인 취급 등에 의해 입찰에의 참가를 방해하거나 결정의 내용에 따르지 않고 입찰한 사업자에 대해서 거래거절, 사업자 사이 혹은 사업자 단체의 내부에 있어서의 차별적인 취급해, 금전의 지불 등의 불이익을 부과하는 것.

〈위반으로 여겨진 구체적인 예〉

X도로 포장 공사 업자 단체 사건(1978년(권) 제2호)에서는, 갑현 소재의 지방공공단체 등이 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 아스팔트 포장 공사에 대해, 구성 사업자에게 『연구회』라고 칭하는 회의에서 수주 예정자를 결정시켜, 그 실효를 확보하기 위하여, 구성 사업자 이외의 지명 업자에게 연구회의의 출석을 권유하여 협력하지 않는 자에 대해서 아스팔트합재를 공급하지 않는 것 등을 결정했던 것이 법 제8조제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

Y측량 업자 단체 사건(1982년(권) 제7호)에서는 키노토현 소재의 지방공공단체 등이 지명경쟁입찰 또는 견적 맞담을 거친 수의계약에 의해 발주하는 측량 설계 등 업무에 대해 구성사업자에게 수주 예정자를 정하게 하는 것을 결정해, 수주 예정자 이외의 구성 사업자가 수주 예정자보다 낮은 가격으로 수주했을 경우는 그 회수에 응해 일정기간의 단체 활동의 정지 또는 제명 처분을 검토하는 것 등을 내용으로 하는 『징벌규정』을 결정했던 것이 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

Z건물관리회사 업자 단체 사건(평성5년(권) 제10호)으로는, 병현 소재의 관공청 등이 지명 경쟁 입찰 또는 지명 견적 맞담에 의해 발주하는 환경위생 관리 업무에 대해 구성 사업자에게 수주 예정자를 정하게 하는 것을 결정해 그 결정 내용의 실효를 확보하기 위하여, 수

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

주 예정자 이외의 구성 사업자가 오기에 의해 낙찰했을 경우에는 수주 예정자에 대해서 이익 상당액을 지불하여 고의로 낙찰했을 경우에는 다른 구성 사업자는 완제 보증인이 되지 않는 것 등을 결정했던 것이 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

○ 위반이 될 우려가 있는 것

1—2 (지명이나 입찰 참가 예정에 관한 보고)

○ 사업자 사이에 또는 사업자 단체가 각 사업자에 대해서, 지명 경쟁 입찰과 관련되는 지명을 받은 것이나 입찰에의 참가의 예정에 대해 보고를 요구하는 것.

<문제점>

이러한 행위는 수주 예정자 결정을 위해서 입찰 참가자를 파악하려고 해 행해지는 것이 많으며 이러한 경우에는 수주예정자의 결정에 수반하는 것으로서 문제가 된다.

<위반으로 여겨진 구체적인 예>

X 외 수도 미터 제조업자 사건(1992년(권) 제35호)으로는, 갑현 소재의 시읍면 및 수도 기업단이 지명 경쟁 입찰 또는 지명 견적 맞담에 의해 발주하는 수도 미터에 대해 지명을 받았을 때는 그 취지를 원칙적으로 해당 입찰일 또는 견적서 제출일의 이틀 전까지 간사 회사에 통지하는 것으로 한 다음, 일정한 방법에 의해 수주 예정자들을 결정하고 있었던 것이, 법 제3조 위반으로 판단되었다.

Y관공사 업자 단체 사건(1990년(권) 제5호)으로는, 키노토현 및 병시 및 이것들이 출연하고 있는 공사 등이 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 관공서에 대해 구성 사업자에게 입찰 참가의 지명을 받았을 경우 그 취지를 신속하게 단체에 통지시키는 것과 동시에 서로 이야

기해 등에 의해 수주 예정자를 정하게 하는 것을 결정했던 것이 법제 8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

1—3 (공동 기업체의 편성에 관한 정보 교환)

- 공동 기업체에 의해 입찰에 참가하려고 하는 사업자가, 단체 또는 다른 공동 기업체에 의해 해당 입찰에 참가하려고 하는 사업자와의 사이로, 해당 입찰에의 참가를 위한 공동 기업체의 결성과 관련되는 사업자의 편성에 관해서, 정보 교환을 실시하거나 사업자 단체가 정보 교환을 촉진하는 것(4—9에 해당하는 것을 제외한다)

<문제점>

이러한 정보 교환은 수주 예정자 결정을 위한 정보 교환에 바뀌는 것이 많으며 이러한 경우에는 수주 예정자의 결정으로 연결되는 것으로서 문제가 된다.

또한 사업자 단체가 구성 사업자에 대해서 사업자의 편성에 관한 지시나 결정을 실시하는 것은 수주 예정자의 결정에 수반하는 것으로서 문제가 되는 경우가 있는 것과 동시에 구성사업자의 기능 또는 활동을 부당하게 제한하는 것으로서 그 자체 독립으로 위반이 되는 경우가 있다(법 제8조 제1항 제4호).

<위반으로 여겨진 구체적인 예>

X 외 건설업자 사건(평성5년(권) 제20호)으로는, 갑시가 지명 경쟁 입찰 또는 지명 견적 맞담에 의해 발주하는 하수관 주거지 공사에 대해, 공동 시공 방식에 의한 경우에는, 동시로부터 공동 기업체의 구성원으로서 선정된 자에 의한 편성회와 칭하는 회합에 대해, 제일 그룹 및 제2 그룹의 그룹마다의 서로 이야기해 등에 의해, 각 그룹에 속하

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

는 구성원 중으로부터 수주해야 할 공동 기업체의 구성원이 되어야 할 자를 결정해, 이러한 자의 편성에 의한 공동 기업체를 수주 예정자로 결정하고 있었던 것이 법 제3조 위반으로 판단되었다.

1—4 (특별 회비, 부과금등의 징수)

- 사업자 단체가, 구성 사업자로부터, 입찰에 의한 수주에 응한 특별 회비, 부과금 등을 징수하는 것.

〈문제점〉

이러한 행위는, 수주 예정자의 결정을 원활화하기 위해서 행해지는 경우가 많은바 이러한 경우에는 수주 예정자의 결정에 수반하는 것으로서 문제가 된다.

〈위반으로 여겨진 구체적인 예〉

X측량 업자 단체 사건(평성5년(권) 제5호)으로는 갑부처가 지명 경쟁 입찰에 의해 발주하는 항공사진 측량 업무에 대해 구성 사업자에게 수주 예정자를 정하게 하는 것과 동시에 수주 예정자가 되어 수주한 자로부터 특별 회비를 징수하는 것 등을 결정했던 것이 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

- 원칙적으로 위반이 되지 않는 경우

1—5 (발주자에 대한 입찰 참가 의욕 등의 설명)

- 사업자가, 지명 경쟁 입찰에 대하여 지명 이전의 단계에서, 제도상 정해진 발주자로부터의 요청에 응해, 다른 사업자나 사업자 단체와 연락·조정 등을 실시하는 일 없이 스스로의 입찰 참가에의 의욕, 기술 정보(유사 업무의 실적, 기술자의 내용, 해당 발주 업무의 수행 계획) 등을 발주자에 대해서 설명하는 것.

1—6(자기의 판단에 의한 입찰 사퇴)

- 지명 경쟁 입찰에 대해, 지명을 받은 사업자가, 다른 사업자나 사업자 단체와 연락·조정 등을 실시하는 것이나 그것들로부터 요청 등을 받는 일 없이 자기의 사업 경영상의 판단에 의해 입찰을 사퇴하는 것.

2. 입찰 가격에 관한 행위

(1) 고찰의 방향

가격은 본래 사업자의 공정하고 자유로운 경쟁을 통해서 형성되어야 할 것이며 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가 이에 관련된 활동을 하는 것은 독점금지법상의 문제가 될 가능성이 매우 높다고 할 수 있다.

회계법, 지방 자치법등에서는, 일반적인 입찰 제도에 대해, 원칙적으로 입찰 참가자 중에서 예정 가격의 범위 내에서 최저의(계약의 목적에 따라서는 최고의) 가격을 가지고 입찰한 자를 계약의 상대방으로 해, 그 입찰 가격을 계약 가격으로 한다고 하는 엄격한 가격 경쟁의 방법을 정하고 있다.

사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 최저입찰가격(계약의 목적에 따라서는 최고 입찰 가격), 수주 예정 가격 등 또는 그러한 설정의 기준이 되는 것(이하 「최저입찰가격 등」이라고 한다)을 결정하는 것은 이러한 입찰 제도의 기능을 해치는 것인 것과 동시에, 입찰의 방법에 의해 발주되는 상품 또는 역무의 거래와 관련되는 경쟁을 제한하는 것이어 원칙적으로 위반이 된다.

여기서의 결정은 명시적 결정에 한정되는 것이 아니고, 최저입찰가격 등에 관계되어 암묵의 이해 또는 공통의 의사가 형성되는 것을 가지고 충분하다.

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

최저입찰가격 등을 결정하는 것이 위반으로 여겨지는 것은 그 행위를 한 이유의 여하를 묻지 않는 것이어서 타당한 가격 수준으로 하기 위해서 라든지, 대상이 되는 상품 또는 역무의 질을 확보하기 위해서 라든지, 부당한 저가격 수주를 방지한다는 이유로 정당화 되는 것은 아니다.

(2) 참고예

○ 원칙적으로 위반이 되는 경우

2—1 (최저입찰 가격 등의 결정)

○ 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 입찰과 관련되는 최저입찰가격등을 결정하는 것.

〈구체적인 예〉

X 외 수도 미터 제조업자 사건(1992년(권) 제3삼호)으로는, 갑지방 공공단체가 단가 동조 방식(당해 연도 중의 납입 수량을 미리 확정하지 않고 납입 단가만을 지명 경쟁 입찰에 의해 결정해, 최저 입찰 단가를 입찰한 자 및 해당 납입 단가에 의한 납입에 동의하는 자와 계약을 체결하는 방식)에 의해 발주하는 수도 미터에 대해, 최저 입찰 단가의 저락 방지를 피하기 위해, 최저 입찰 단가, 해당 입찰 단가로 입찰해야 할 자 및 그 외의 입찰 참가자의 입찰 단가를 결정하고 있었던 것이 법 제3조 위반으로 판단되었다.

Y석유 제품 판매업자 단체 사건(소화 59년(권) 제5호)으로는, 키노토시등이 입찰에 의해 발주하는 석유 제품에 대해 원유종류 마다 수주 예정자를 결정하는 것과 동시에 수주 예정자의 입찰 가격을 결정하고 있었던 것이, 법 제8조 제1항 제1호 위반으로 판단되었다.

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

[유의 사항] 『원칙적으로 위반이 되는 경우』로서 위에 적은 2—1 (최저입찰가격 등의 결정)의 행위와의 관련으로 입찰담합 방지의 관점으로부터 특히 유의해야 할 사항을 이하에 나타낸다.

다음과 같은 행위는, 최저입찰가격 등을 결정하기 위한 수단이 되는 것이며, 또는 최저입찰가격 등에 관한 암묵의 이해 혹은 공통의 의사의 형성으로 연결되는 개연성이 높은 것으로서 위반이 될 우려가 크다.

2—1—1(입찰 가격의 정보 교환 등)

- 입찰에 참가하려고 하는 사업자가 해당 입찰에서의 입찰 가격에 관한 정보에 대해 그것들 사업자 사이에 정보 교환을 실시하거나 그것들 사업자를 구성원으로 하는 사업자 단체가 걸리는 정보에 대해, 수집·제공해 혹은 그것들 사업자 사이의 정보 교환을 촉진하는 것.

<위반으로 여겨진 구체적인 예>

X 의 합판 제조업자 사건으로는, 갑부처가 입찰에 의해 발주하는 합판에 대해, 국내의 합판 제조업자 다수가 사전에 입찰 가격에 대해 여러 가지 잡담하는 것에 의해 각자 자기 이외의 자의 입찰가격을 인지하여 대다수가 거의 동일 가격으로 입찰했던 경우가 법 제3조 위반으로 판단되었다.

- 위반이 될 우려가 있는 것

2—2 (입찰의 대상이 되는 상품 또는 역무의 가격 수준에 관한 정보 교환 등)

- 입찰의 대상이 되는 상품 또는 역무의 가격 수준이나 가격 동향에 관한 정보에 대해, 발주자로부터 그 예정 가격의 적산에 이바지하기 위한 정보 제공의 의뢰를 받는 등 해당 입찰에 참가하려

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

고 하는 사업자 사이에 정보 교환을 실시하거나 사업자 단체가,
그것들 사업자와의 사이에 정보를 수집·제공하거나 그것들 사업
자 사이의 정보 교환을 촉진하는 것.

〈문제점〉

이러한 정보의 수집·제공, 정보 교환 등은 입찰 가격에 대한 정보
의 수집·제공, 정보 교환 등에 의해 변경되는 경우가 많으므로 이러
한 경우에는 최저입찰가격 등의 결정으로 연결되는 것이 문제가 된다.

또, 제공되는 가격 수준에 관한 정보를 기초에 발주자가 예정 가격
을 산정하는 것을 인식하는 등 하면서 사업자가 공동으로 또는 사업자
단체가 상품 또는 역무의 가격에 대해 발주자에게 정보 제공하는 내용
을 결정하는 일도 가격제한 행위로 연결되는 것으로서 문제가 된다.

〈위반으로 여겨진 구체적인 예〉

X 외 공공 하수도용 철 뚜껑 제조 판매업자 사건(1991년(판단) 제2
호)으로는, 갑시가 하수도 공사 가격의 적산을 위해 지정 업자에게 시
형철뚜껑(갑시가 정한 사양에 의한 공공 하수도용 철 뚜껑)의 견적가
격을 제출시켜서 견적가격의 약90퍼센트에 해당되는 금액을 가지고
공사 발주한때의 설계 단가로 하고 있어, 동 설계 단가로부터 공사
업자 및 상사의 마진을 공제한 것이 공사 업자용의 판매 가격이 되는
관계에 있는 것을 인식한 다음, 갑시에 견적가격을 제출하면서 최저
견적가격을 결정하고, 공사업자의 마진 등을 감안해 판매가격을 결정
했던 것이 법 제3조 위반으로 판단되었다.

○ 원칙적으로 위반이 되지 않는 경우

2—3 (적산 기준에 대한 조사)

○ 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가 발주자가 공표한 적산 기

준에 대해 조사하는 것(사업자 사이에 적산 금액에 대한 공통의 기준을 주는 것 같은 일이 없는 것에 한정한다.).

2-4 (표준적인 적산 방법의 작성 등)

- 중소기업자의 단체가 구성 사업자의 입찰 일반적으로 관계되는 적산 능력의 향상에 이바지하기 위하여 표준적인 비용 항목을 내건 적산 방법을 작성하거나 소요자재 등의 표준적인 수량이나 작업량을 나타내는 것(사업자 사이에 적산 금액에 대한 공통의 기준을 주는 것 같은 일이 없는 것에 한정한다).

3. 수주수량 등에 관한 행위

(1) 고찰의 방향

입찰제도 안에는 계약의 성질 또는 목적으로부터 가격 외에 수량 등 다른 조건을 가지고 신청을 실시하여 그 신청의 내용에 응해 낙찰자 및 낙찰가격에 가세해 낙찰의 수량 등도 아울러 결정하는 것이 있다.

이러한 입찰에 대하여 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가 입찰과 관련되는 수주의 수량, 비율 등을 결정하는 것은 입찰의 방법에 의해 발주되는 상품 또는 역무의 거래와 관련되는 경쟁을 제한하는 것이어 원칙적으로 위반이 된다. 여기서의 결정은 명시적 결정에 한정되는 것이 아니고, 수주의 수량, 비율 등에 관계되어 암묵의 이해 또는 공통의 의사가 형성되는 것을 가지고 충분하다.

사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가 수주의 수량, 비율 등을 결정하는 것이 위반으로 여겨지는 것은 그 행위의 이유의 여하를 묻지 않는다.

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

(2) 참고사례

- 원칙적으로 위반이 되는 경우

3—1 (수주 수량, 비율 등의 결정)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 입찰과 관련되는 수주의 수량, 비율 등을 결정하는 것.

〈구체적인 예〉

X 외 견적물 판매업자 사건(소화25년 제14호)으로는, 갑공단 보유의 수출 견적물 재고품의 국내 처분으로서의 경쟁입찰에 해당되어, 입찰 참가자 25사 중 10사가 최저입찰 수량인 전량의 10분의1을 각각 낙찰하는 것 및 그 때의 입찰 가격을 결정했던 것이 법 제3조 위반으로 판단되었다.

- 원칙적으로 위반이 되지 않는 경우

3—2 (관공수수주 실적 등의 개괄적인 공표)

- 사업자 단체가, 관련하는 관공수의 전반적인 동향의 파악을 위해서 구성 사업자로부터 관공수의 수주 실적에 관해서 개별의 수주와 관련되는 정보를 포함하지 않는 개괄적인 정보를 임의에 비추어 봐, 또는 발주자가 발주 실적 혹은 향후의 발주 예정에 관해서 공표한 정보를 수집해 관련하는 관공수전반과 관련되는 수주 실적 또는 향후의 수요 전망에 대해 개개의 사업자와 관련되는 실적 또는 전망을 나타내는 일 없이 개괄적으로 정리해 공표하는 것.

4. 정보의 수집·제공, 경영지도 등

(1) 고찰의 방향

사업자 단체가, 입찰제도 일반적으로 관한 정보 혹은 자료의 수집·제공 또는 본지침의 내용에 따라 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동과 독점금지법과의 관계에 대해 일반적인 지식의 보급 활동을 실시하는 것은 원칙적으로 위반이 되는 경우는 아니다.

이것에 대해서 입찰에 참가하려고 하는 사업자를 구성원으로 하는 사업자 단체가 해당 입찰에 관해서 정보를 수집·제공하거나 그것들 사업자 사이의 정보 교환을 촉진하는 것에 대하여는 경쟁 제한적인 혹은 경쟁 저해적인 행위로 연결되는 것 같은 경우 또는 그러한 행위의 수단·방법이 되는 것 같은 경우에는 독점금지법상 문제가 된다.

사업자가 다른 사업자와 공동 하지 않고 독립에 정보를 수집하는 것이 그 한계에 대해 독점금지법상 문제가 되지 않는 것은 말할 필요도 없다. 이것에 대해서 입찰에 참가하려고 하는 사업자가 해당 입찰에 관한 정보를 서로 교환 하는 것 같은 일은 독점금지법상 문제가 될 수 있다.

사업자 단체에 의한 경영 지도가 필요하게 되는 것은, 기본적으로, 중소기업자의 단체에 대해이다. 경영 지도의 형태를 뽑고 있어도, 입찰에 참가하려고 하는 사업자를 구성원으로 하는 사업자 단체가, 해당 입찰과 관련되는 사업자의 활동에 관해서 지도를 실시하는 것 같은 때에는 입찰 가격에 대한 기준을 주거나 수주 예정자의 결정에의 참가를 요청하는 등의 경쟁 제한적인 또는 경쟁 저해적인 행위로 연결되기 쉽고 그러한 경우에는 독점금지법상 문제가 된다.

입찰제도 일반의 내용이나 운용에 관해서 요망 또는 의견의 표명을 실시하는 것은 그 한계에 대해서는 사업자 단독으로 실시하는 것은 물론, 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가 실시해도, 문제가 되지 않는다.

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

또 사업자가 발주자에 대해서 특정의 입찰에 관계없이 기술에 관한 정보의 일반적인 설명을 실시하는 일도 그 한계에 대해서는 문제가 되지 않는다.

(2) 참고사례

[원칙적으로 위반이 되는 행위에 관한 유의 사항]

(수주 예정자들의 결정 행위에 관한 유의 사항) 1—1—1또는 1—1—2에 해당하는 행위는 1—1(수주 예정자들의 결정)의 유의 사항으로서 전에 적었던 대로 수주 예정자를 결정하기 위한 수단이 되는 것이며, 또는 수주 예정자에 관한 암묵의 이해 혹은 공통의 의사의 형성으로 연결되는 개연성이 높은 것으로 있어서 위반이 될 우려가 강하다.

(수주 의욕의 정보 교환 등)

- 입찰에 참가하려고 하는 사업자가 해당 입찰에 대해 가지는 수주 의욕, 영업활동 실적, 대상 물건에 관련한 수주 실적등 수주 예정자의 선정으로 연결되는 정보에 대하여 그것들 사업자 사이에 정보 교환을 실시하거나 그것들 사업자를 구성원으로 하는 사업자 단체가, 걸리는 정보에 대해, 수집·제공해, 혹은 그것들 사업자 사이의 정보 교환을 촉진하는 것.

(1—1—1로서 전술)

(지명 회수, 수주 실적 등에 관한 정보의 정리·제공)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 과거의 입찰에 있어서의 개개의 사업자의 지명회수, 수주실적 등에 관한 정보를, 향후의 입찰의 수주 예정자 선정의 우선순위와 관련되는 기준이 되는 것 같은 형태로 정리하여 입찰에 참가하려고 하는 사업자에게 제공하는 것.

(1—1—2로서 전술)

(최저입찰가격 등의 결정 행위에 관한 유의 사항) 2—1—1에 해당하는 행위는, 2—1(최저입찰가격 등의 결정)의 유의 사항으로서 전에 적었던 대로, 최저입찰가격 등을 결정하기 위한 수단이 되는 것이며, 또는 최저입찰가격 등에 관한 암묵의 이해 혹은 공통의 의사의 형성으로 연결되는 개연성이 높은 것으로 있어, 위반이 될 우려가 강하다.

(입찰 가격의 정보 교환 등)

- 입찰에 참가하려고 하는 사업자가, 해당 입찰에서의 입찰 가격에 관한 정보에 대해, 그것들 사업자 사이에 정보 교환을 실시하거나 그것들 사업자를 구성원으로 하는 사업자 단체가, 걸리는 정보에 대해, 수집·제공해, 혹은 그것들 사업자 사이의 정보 교환을 촉진하는 것.

(2—1—1으로서 전술)

- 위반이 될 우려가 있는 것

4—1 (지명이나 입찰 참가 예정에 관한 보고)

- 사업자 사이에 또는 사업자 단체가, 각 사업자에 대해서, 지명 경쟁 입찰과 관련되는 지명을 받은 것이나 입찰에의 참가의 예정에 대해 보고를 요구하는 것.

(1—2로서 전술)

4—2 (공동 기업체의 편성에 관한 정보 교환)

- 공동 기업체에 의해 입찰에 참가하려고 하는 사업자가, 단체 또는 다른 공동 기업체에 의해 해당 입찰에 참가하려고 하는 사업

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

자와의 사이로, 해당 입찰에의 참가를 위한 공동 기업체의 결성과
관련되는 사업자의 편성에 관해서, 정보 교환을 실시하거나 사업
자 단체가, 걸리는 정보 교환을 촉진하는 것(4—9에 해당하는 것
을 제외한다.).

(1—3으로서 전술)

4—3 (입찰의 대상이 되는 상품 또는 역무의 가격 수준에 관한 정
보 교환 등)

- 입찰의 대상이 되는 상품 또는 역무의 가격 수준이나 가격 동향
에 관한 정보에 대해, 발주자로부터 그 예정 가격의 적산에 이바
지하기 위한 정보 제공의 의뢰를 받거나, 해당 입찰에 참가하려고
하는 사업자 사이에 정보 교환을 실시하거나, 사업자 단체가, 그
것들 사업자와의 사이에 정보를 수집·제공하거나, 혹은 사업자
사이의 정보교환을 촉진하는 것.

(2—2로서 전술)

- 원칙적으로 위반이 되지 않는 경우

4—4 (입찰에 관한 일반적인 정보의 수집·제공)

- 사업자 단체가, 관공청이나 민간의 조사기관등이 공표한 입찰에
관한 일반적인 정보(발주자의 입찰과 관련되는 과거의 실적 또는
향후의 예정에 관한 정보, 입찰 참가자의 자격 요건 또는 지명 기
준에 관한 정보, 노무 임금, 자재, 원재료 등과 관련되는 물가 동
향에 관한 객관적인 조사 결과 정보 등)를 수집·제공하는 것.

4—5 (관공서수주 실적 등의 개괄적인 공표)

- 사업자 단체가, 관련하는 관공수의 전반적인 동향의 파악을 위해
서, 구성 사업자로부터 관공수의 수주 실적에 관해서 개별의 수주

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

와 관련되는 정보를 포함하지 않는 개괄적인 정보를 임의에 비추어, 또는 발주자가 발주 실적 혹은 향후의 발주 예정에 관해서 공표한 정보를 수집해, 관련하는 관공수전반과 관련되는 수주 실적 또는 향후의 수요 전망에 대해 개개의 사업자와 관련되는 실적 또는 전망을 나타내는 일 없이 개괄적으로 정리해 공표하는 것.

(3—2로서 전술)

4—6 (평균적인 경영 지표의 작성·제공)

- 사업자 단체가, 구성 사업자로부터, 재무 지표, 종업원 수단계 경영 상황에 관한 정보로 통상 비밀로 되어 있지 않은 사항에 대해, 정보를 임의에 비추어, 이것에 근거해 평균적인 경영 지표를 작성해, 제공하는 것.

덧붙여 구성 사업자가 이러한 정보를 공표하고 있는 경우, 혹은 공표에 대해 구성 사업자의 사전의 양해를 얻고 있는 경우는, 구성 사업자별로 이러한 정보를 정리해 공표할 수도 있다.

4—7 (입찰 물건의 내용, 필요한 기술력의 정도 등에 관한 정보의 수집·제공)

- 입찰에 참가하려고 하는 사업자를 구성원으로 하는 중소기업자의 단체가, 구성 사업자의 정보수집 능력의 부족을 보충하기 위하여, 해당 입찰에 관한 대상 물건의 내용, 필요한 기술력의 정도 등에 대해 발주자가 공표한 정보를 수집·제공하는 것(수주 예정자의 결정으로 연결되는 것 같은 일을 포함하지 않는 것에 한정한다.)

4—8 (경상 공동 기업체의 편성에 관한 정보 제공)

- 중소기업자의 단체가, 입찰에 참가하기 위한 경상적인 공동 기업체로서의 자격 신청을 구성 사업자가 실시하려고 하는 경우에, 그

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

요구에 응해, 공동 기업체의 구성원의 편성과 관련되는 과거의 객관적인 사실에 관한 정보를 제공하는 것.

4—9 (공동 기업체의 상대방의 선정을 위한 정보 청구 등)

- 사업자가, 입찰에 참가하기 위한 공동 기업체의 결성에 즈음하여, 상대방이 될 가능성이 있는 사업자와의 사이로, 개별적으로, 상대방의 선정을 위해서 필요한 정보를 비추어 봐, 또는 공동 기업체의 결성과 관련되는 구체적인 조건에 관한 의견을 교환하여 이를 설정하는 것(수주 예정자의 결정으로 연결되는 것 같은 일을 포함하지 않는 것에 한정한다)

4—10 (발주자에 대한 입찰 참가 의욕 등의 설명)

- 사업자가, 지명 경쟁 입찰에 대해, 지명 이전의 단계에서, 제도상 정해진 발주자로부터의 요청에 응해, 다른 사업자나 사업자 단체와 연락·조정 등을 실시하는 일 없이, 스스로의 입찰 참가에의 의욕, 기술 정보(유사 업무의 실적, 기술자의 내용, 해당 발주 업무의 수행 계획등) 등을 발주자에 대해서 설명하는 것.

(1—5로서 전술)

4—11 (표준적인 적산 방법의 작성 등)

- 중소기업자의 단체가, 구성 사업자의 입찰 일반적으로 관계되는 적산 능력의 향상에 이바지하기 위하여, 표준적인 비용 항목을 내건 적산 방법을 작성하거나 소요 자재 등의 표준적인 수량이나 작업량을 나타내는 것(사업자 사이에 적산 금액에 대한 공통의 기준을 주는 것 같은 일이 없는 것에 한정한다.)

(2—4로서 전술)

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

4—12 (경상 공동 기업체의 운영에 관한 지침의 작성·제공)

- 중소기업자의 단체가, 경상적인 공동 기업체의 운영에 관한 일반적인 지침(구성원의 분담 업무 실시를 위한 필요 경비의 분배 방법, 공통비용의 분담 방법 등)을 작성해, 구성 사업자에게 제공하는 것.

4—13 (적산 기준에 대한 조사)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 발주자가 공표한 적산 기준에 대해 조사하는 것(사업자 사이에 적산 금액에 대한 공통의 기준을 주는 것 같은 일이 없는 것에 한정한다.)

(2—3으로서 전술)

4—14 (독점금지법에 대한 지식의 보급 활동)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자단체가 본지침의 내용에 따라 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동과 독점금지법과의 관계에 대해 일반적인 지식의 보급활동을 실시하는 것.

4—15 (계약 이행의 필요성에 관한 계몽 등)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 입찰에 의한 계약에 대해, 그 확실한 이행, 하청 거래의 적정화나 조업의 안전의 확보의 필요성에 관한 일반적인 계몽을 실시하거나 이를 위해 기술의 동향이나 입찰제도 혹은 관계 법령의 내용에 대해 조사해, 일반적인 지식의 보급 활동을 실시하는 것(특정의 입찰과 관련되는 정보 교환, 지도, 요청 등의 활동으로 연결될 수 없는 것에 한정한다).

4—16 (국가, 지방공공단체 등에 대한 요망 또는 의견의 표명)

- 사업자가 공동으로 또는 사업자 단체가, 입찰제도 일반의 내용이

[부록3] 공공적인 입찰과 관련되는 사업자 및 사업자 단체의 활동에 관한
독점금지법상의 지침

나 운용에 관해서, 국가, 지방공공단체 등에 대해서 요망 또는 의견의 표명을 실시하는 것.

4—17 (발주자에 대한 기술에 관한 정보의 일반적인 설명)

○ 사업자가, 발주자에 대해서, 특정의 입찰에 관계없이, 기술에 관한 정보의 일반적인 설명을 실시하는 것.