

부정당업자입찰참가자격제한처분취소

[대전고등법원 2013. 3. 28. 2012누2298]



【전문】

【원고, 피항소인】 주식회사 누리건설 (소송대리인 법무법인 새날로 담당변호사 윤병구)

【피고, 항소인】 홍성군수 (소송대리인 변호사 송영헌)

【제1심판결】 대전지방법원 2012. 9. 19. 선고 2012구합1831 판결

【변론종결】 2013. 3. 7.

【주문】

】

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 피고가 2012. 4. 23. 원고에 대하여 한 3개월간의 부정당업자 입찰참가자격제한처분을 취소한다. 2. 항소취지 주문과 같다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 피고가 2012. 4. 23. 원고에 대하여 한 3개월간의 부정당업자 입찰참가자격제한처분을 취소한다. 2. 항소취지 주문과 같다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 피고가 2012. 4. 23. 원고에 대하여 한 3개월간의 부정당업자 입찰참가자격제한처분을 취소한다. 2. 항소취지 주문과 같다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 피고가 2012. 4. 23. 원고에 대하여 한 3개월간의 부정당업자 입찰참가자격제한처분을 취소한다. 2. 항소취지 주문과 같다.

【이유】

】 1. 처분의 경위

가. 원고(변경전 상호 : 주식회사 울산건설)의 지위

원고는 토공사업, 철근콘크리트공사업, 상·하수도공사업 등을 목적으로 하여 설립된 회사이다.

홍성군의회 의원 소외 1의 아들인 소외 2는 2006. 1. 12.부터 2007. 7. 31.까지, 2007. 8. 3.부터 2007. 11. 7.까지 원고의 대표이사로 재직하였고, 소외 1의 또 다른 아들인 소외 3은 2009. 5. 27.부터 2012. 3. 13.까지 원고의 대표이사로 재직하였다.

나. 감사원의 감사 결과 및 홍성군에 대한 처분요구 통보 등

감사원은 2012. 2.경 피고에게 지방자치단체 계약 체결 및 이행과정에 대한 감사 결과를 통보하면서, 홍성군 의회 의원 소외 1의 자녀가 대표자인 원고가 홍성군과 수의계약으로 별지 1 내역 기재 각 공사계약(이하 '이 사건 각 공사계약'이라 한다)을 체결함으로써 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '지방계약법'이라 한다) 제33조를 위반하였으므로, 원고에 대하여 입찰 참가자격 제한 등 적절한 조치를 취하라고 통보하였다.

다.

계약심의위원회의 의결 및 재심의 요청 등

홍성군 계약심의위원회는 2012. 3. 15. 원고에 대하여 지방계약법 제33조 위반을 이유로 같은 법 시행규칙 제76조 및 별표 2에서 정한 5개월 이상 7개월 미만의 입찰 참가자격 제한기준을 감경하여 3개월의 부정당업자 입찰 참가자격 제한 처분을 하기로 의결하였다.

원고는 2012. 3. 27. 피고에 대하여 입찰 참가자격 제한에 관한 의견진술의 기회를 부여하지 않았음을 이유로 재심을 요청하였고, 피고는 원고의 재심의 요청을 받아들여 2012. 3. 28. 원고에 대하여 지방계약법 제31조 및 동법 시행령 제92조에 의한 부정당업자의 입찰 참가자격 제한 처분에 앞서 사전통지를 통해 청문에 출석할 것과 출석하지 아니할 경우 의견서를 제출할 수 있다는 취지의 '부정당업자 제재를 위한 처분사전통지(청문실시)'를 하였다.

원고는 2012. 4. 4. 피고에게 다음과 같은 내용의 의견서를 제출하였다.

- ① 12건의 계약은 수의계약이 아니라 공개경쟁입찰이었으므로, 원고는 지방계약법 제33조를 위반하지 아니하였다.
- ② 이 사건 각 공사계약 중 순번 8항 기재 '2009 방재시설물(내갈천) 정비공사'의 경우 계약 당시 대표이사는 소외 4로 홍성군의회 의원 소외 1과 특수관계에 있지 아니하였으므로, 위 계약은 지방계약법 제33조를 위반한 것이 아니다.
- ③ 3개월의 입찰 참가자격 제한은 과잉 제재로 형평에 맞지 않는다.

홍성군 계약심의위원회는 2012. 4. 16. 재심의 끝에 원고에 대하여 3개월의 부정당업자 입찰 참가자격 제한 처분을 하기로 결의하였다.

라. 피고의 원고에 대한 입찰 참가자격 제한 처분

피고는 2012. 4. 23. 원고에 대하여 다음과 같은 내용으로 부정당업자 입찰 참가자격제한 제재통보를 하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

제재근거 : 지방계약법 제31조, 같은 법 시행령 제92조, 같은 법 시행규칙 제76조제재기간 : 2012. 4. 25. ~ 2012. 7. 24. (3개월)제재에 대한 구체적인 사유 : 지방계약법 제33조 위반 (지방의회의원 재직기간 중 자녀가 대표자로 있는 업체와 수의계약 체결)

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1 내지 3호증(가지번호 있는 것은 가지번호 각 포함, 이하 같다), 을 1 내지 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 처분의 적법여부에 관한 판단

가. 원고 주장의 요지

(1) 처분사유의 부존재

이 사건 각 공사계약 중 순번 8항 기재 공사계약(이하 '이 사건 8항 공사계약'이라 한다) 체결 당시 원고의 대표이사는 소외 2, 3이 아니라 소외 4였고, 나머지 11건의 공사계약은 수의계약이 아닌 공개경쟁입찰에 의하여 체결된 계약이다.

그런데도 피고는 이 사건 각 공사계약이 모두 소외 2 또는 소외 3이 원고의 대표이사로 있는 동안에 체결된 수의계약으로 지방계약법 제33조 제2항 제4호에 위반된 계약이라고 판단하여 이 사건 처분을 하였다.

이처럼 이 사건 처분은 그 처분사유가 존재하지 아니하여 위법하다.

(2) 재량권일탈·남용

설령 원고가 지방계약법 제33조 제2항을 위반하여 이 사건 각 공사계약을 체결하였다 하더라도, 3개월 동안 입찰 참가자격을 제한한 이 사건 처분은 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙에 반하는 것으로 재량권을 일탈·남용한 것이어서 위법하므로 취소되어야 한다.

나. 관계 법령

별지 2 관계 법령 기재와 같다.

다.

판 단

(1) 처분사유의 존부에 관한 판단

가) 지방계약법 등 관련 법령에서 정한 "수의계약"의 방법

지방계약법 제9조 제1항 본문은 지방자치단체의 장 또는 계약담당자가 계약을 체결하는 경우 일반입찰에 부쳐야 함을 원칙으로 규정함으로써 일반입찰에 의한 계약원칙을 선언하는 한편, 단서에서 필요한 경우 지명 입찰이나 수의계약을 통해 계약을 체결할 수 있도록 규정하고 있다.

또한 같은 조 제2항에서는 적격심사를 통과한 자만을 입찰에 참가하게 하거나 일부 입찰참가자격을 제한하여 입찰에 부칠 수 있는 제한경쟁입찰을 규정하고 있다.

그리고 같은 조 제3항에서 수의계약의 대상범위 및 수의계약상대자의 선정절차, 그 밖에 필요한 사항은 대통령으로 정한다고 규정하고 있다.

나아가 지방계약법 시행령 제25조는 수의계약에 의할 수 있는 경우에 관하여 일반공사의 경우 추정가격이 2억 원 이하인 공사 등을 규정하고 있고, 제30조 제1항은 수의계약 대상자의 선정절차에 관하여 규정하고 있는바, 기본적으로는 2인 이상으로부터 견적서를 받되, 추정금액이 2천만 원 이하인 공사 등의 경우 1인으로부터 견적서를 받을 수 있다고 규정하고 있으며, 2인 이상으로부터 견적서를 받을 경우 일부 예외를 제외하고는 행정자치부 장관이 정한 지정 정보처리장치를 이용하여야 한다고 규정하고 있다.

같은 조 제5항은 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 견적제출자의 견적가격과 계약이행능력 등 행정자치부 장관이 정하는 기준에 따라 수의계약 대상자를 결정하도록 규정하고 있다.

한편 갑 10호증의 1 내지 10의 각 기재에 의하면, 행정자치부 장관이 정한 지방자치단체 수의계약 운영요령(행정자치부 예규)에서는, 일반적으로 2인 이상의 견적서를 받는 경우 최저가격을 제출한 자를 우선적으로 계약상대방으로 선정하고, 수의계약 결격사유(지방계약법 제33조 해당되는 자를 포함한다)에 대하여 따로 심사를 하지 아니하고 결격사유 대한 신속한 판단을 위해 각서를 징구하고 계약을 체결하도록 규정하고 있는 사실이 인정된다.

이는 수의계약절차의 투명성을 제고하고 수의계약 체결의 편의성과 신속성을 강화하기 위한 것으로 보인다.

나) 지방계약법 제33조에서 정한 "수의계약"의 의미

지방계약법 제33조는 지방자치단체의 계약체결과 관련하여 그 공정성을 확보하기 위한 취지에서 자치단체장이나 지방의회의원 기타 일정 범위의 자(이러한 자가 대표로 있는 법인을 포함한다, 이하 같다)는 그 지방자치단체와 영리를 목적으로 하는 계약을 체결할 수 없다는 내용의 금지규정을 두고 있는데, 본조 제1항은 자치단체장이나 지방의회의원 본인은 경쟁입찰 방식에 의한 계약을 포함하여 그 지방자치단체와 영리를 목적으로 하는 "일체의 계약"을 체결할 수 없도록 규정하는 반면에, 본조 제2항은 자치단체장이나 지방의회의원 본인이 아니라 이들과 일정 범위에 있는 가까운 친족이나 기타 특수관계인은 그 지방자치단체와 영리 목적의 "수의계약"을 체결할 수 없도록 규정하고 있다.

위와 같이 금지되는 지방계약법 제33조 제2항의 "수의계약"의 의미와 관련하여, 원고는 다수의 입찰자가 참가한 가운데 최저 입찰액을 기재한 사람이 계약상대방이 되는 방식을 취하는 것과 같이 경쟁입찰의 방식을 원용함으로써 계약의 체결과정에 자치단체장이나 지방의회의원의 부당한 영향력 행사가 개입될 여지가 없거나 현저히 낮은 경우에는 지방계약법 제33조에서 금지하는 "수의계약"에 해당하지 아니한다는 취지로 주장한다.

그러나 지방계약법 제9조, 같은 법 시행령 제30조 등 관련 법령 소정의 지방자치단체가 체결하는 "수의계약"의 방법은 앞서 본 바와 같이 일반적으로 2인 이상이 지정정보처리장치를 통하여 견적서를 제출하고, 예정가격 범위 내에서 견적을 제출한 자의 견적가격과 계약이행능력 등 행정자치부장관이 정하는 기준에 따라 수의계약대상자를 결정하도록 하고 있는데, 행정자치부장관이 정한 지방자치단체 수의계약 운영요령(행정자치부 예규)에 의하면 최저가격을 제출한 자를 계약상대방으로 선정하도록 규정하고 있기에, 다수의 견적제출자 중 최저가격을 제출한 자와 계약을 체결하는 것은 지방자치단체가 체결하는 "수의계약"의 일반적인 모습의 하나일 뿐이고, 게다가 지방계약법 제9조의 "수의계약"과 지방계약법 제33조 제2항의 "수의계약"을 달리 해석할 근거가 없는 이상 지방계약법 제9조 및 같은 법 시행령 제24조, 제30조에 의하여 체결된 "수의계약"은 지방계약법 제33조 제2항에서 금지하는 "수의계약"에 해당한다고 봄이 상당하다.

반면에 원고의 주장과 같이 지방자치단체가 경쟁입찰의 방식을 대부분 원용하여 수의계약을 체결한 경우에는 지방계약법 제33조 제2항에서 금지하는 "수의계약"에 해당하지 아니한다고 해석하는 것은 지방계약법이 정한 계약방법의 체계에 비추어 그 문언적 의미를 벗어난다 할 것이다(다만, 수의계약이 경쟁입찰의 방식을 원용하여 체결함으로써 계약의 체결과정에 자치단체장이나 지방의회의원의 부당한 영향력 행사가 개입될 여지가 없거나 현저히 낮은 경우에도 지방계약법 제33조 제2항에 의하여 금지되는 "수의계약"에 해당한다고 해석할 경우 지방의회의원과 특수관계에 있는 자의 영업활동의 자유를 다소 제한하는 결과가 되기는 하나, 이는 입법형성의 영역에 해당하며, 이러한 문제는 지방의회의원 본인의 경우 부당한 압력행사가 개입될 여지가 적은 일반경쟁입찰에 의한 계약의 체결마저 금지하고 있는 점을 보더라도 지방의회의원과 특수관계에 있는 자의 영업활동의 자유가 제한된다는 점을 이유로 수의계약의 문언적 의미를 넘어서 이를 달리 해석할 것은 아니다).

(㉔) 이 사건 각 공사계약의 지방계약법 제33조 제2항 위반 여부에 관한 판단

1) 먼저, 이 사건 8항 공사계약에 관하여 본다.

지방자치단체가 체결한 어떤 계약이 위 규정을 위반하였는지 여부는 그 계약체결일을 기준으로 판단하여야 하고, 갑 2호증의 기재에 의하면, 이 사건 8항 공사계약의 계약체결일인 2009. 5. 19. 현재 원고의 대표이사는 소외 4인 사실이 인정되는바, 이 사건 8항 공사계약은 지방계약법 제33조 제2항을 위반하여 체결한 계약에 해당하지 않는다.

다만, 이 사건 8항 공사계약의 경우 원고에 대한 청문과정에서 지방계약법 제33조 제2항을 위반하지 않았다는 점이 소명되었으나, 이 사건 처분 통지서인 '부정당업자 입찰 참가자격 제한 제재통보'(갑 1호증의 2)에서 그 제재사유를 "지방계약법 제33조 위반(지방의회의원 재직기간 중 자녀가 대표자로 있는 업체와 수의계약 체결)"이라고만 기재한 채 구체적인 공사계약 내역을 밝히지 아니하였기 때문에 이 사건 처분사유에 이 사건 8항 공사계약이 포함되었는지 불분명하다.

그러나 아래에서 보는 바와 같이 나머지 공사계약만으로도 이 사건 처분의 정당성이 인정되므로, 그러한 점을 이유로 이 사건 처분이 위법하다고 할 수 없다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두1264 판결 등 참조).

2) 다음으로 이 사건 각 공사계약 중 이 사건 8항 공사계약을 제외한 나머지 11건의 공사계약에 관하여 본다.

위 나머지 11건의 공사계약(이하 '이 사건 쟁점 공사계약'이라 한다)이 홍성균의회 의원 소외 1의 아들인 소외 2 또는 소외 3이 원고의 대표이사로 있는 동안 체결된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

또한 을 7호증의 1 내지 11, 을 8호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 쟁점 공사계약은 그 각 계약체결 당시 시행중이던 구 지방계약법 시행령(2007. 9. 20. 대통령령 제20283호로 개정되기 전의 것) 제25조 제5호 또는 구 지방계약법 시행령(2007. 9. 20. 대통령령 제20283호로 개정된 이후의 것) 제25조 제1항 제5호의 규정에 의한 소액 수의계약인 사실도 인정된다.

나아가 앞서 든 각 증거 및 을 9호증의 기재에 의하면, 이 사건 쟁점 공사계약은 지방계약법 시행령 제30조 및 행정자치부장관이 정한 지방자치단체 수의계약 운영요령(행정자치부 예규)에 따라 행정자치부장관이 정한 지정정보처리장치인 '국가종합전자조달시스템'을 통하여 2인 이상 견적서를 제출받아 체결된 사실, 더욱이 홍성균 경리관은 이 사건 쟁점 공사계약 중 별지 1 내역 순번 1 내지 3항 기재 공사계약에 관하여는 '공사견적 입찰공고'를 하면서 계약방식을 "지방계약법 시행령 제25조 제5호의 규정에 의한 수의계약 공사 중 지방자치단체 수의계약 운영요령에 의하여 낙찰자를 결정하는 입찰방식이므로, 적격심사 생략대상 공사입니다"라고 공지하였고, 순번 4 내지 7, 9 내지 12항 기재 공사계약에 관하여는 "소액수의계약공사 견적제출공고", "소액수의 견적 제출 안내공고", "소액수의 공사 전자입찰(견적서 제출) 안내", "소액공사 수의견적 제출안내 공고" 등의 명칭으로 공고를 하는 등 이 사건 쟁점 공사계약이 수의계약임을 명시한 사실, 또한 피고는 행정자치부장관이 정한 지방자치단체 수의계약 운영요령에 따라 원고가 계약상대방으로 결정된 경우 적격심사를 거치지 않은 채 위 예규에서 정한 수의계약각서를 징구하였는데, 위 각서에는 지방계약법 제33조에서 정한 결격사유가 없는 자라는 점이 포함되어 있는 사실이 각 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 원고가 홍성균과 체결한 이 사건 쟁점 공사계약은 일부 경쟁입찰의 방식을 원용하기는 하였으나, 이는 앞서 본 바와 같이 지방계약법 시행령 제30조에서 예정하고 있는 수의계약의 일반적인 모습의 하나일 뿐이고, 지방계약법 제9조 및 그 시행령 제30조 등 관련법령에서 정한 바에 따라 상대방을 선정하여 계약을 체결한 수의계약에 해당한다고 봄이 상당하다.

(라) 소결

결국 이 사건 쟁점 공사계약이 수의계약이 아니라 일반입찰에 의한 계약이라는 원고의 주장은 이유 없다.

(2) 재량권 일탈·남용 여부에 관한 판단

제재적 행정처분이 사회통념상 재량권을 일탈·남용하였는지 여부는 그 처분사유가 된 위반행위의 내용과 그 처분으로 달성하려는 공익상 목적 및 이에 따르는 제반 사정을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 개인이 입을 불이익을 비교하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3854 판결 등 참조). 또한 제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있더라도, 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없다.

그리고 당해 처분의 적법 여부는 위 처분기준만이 아니라 관계 법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단되어야 하므로, 위 처분기준에 적합하다 하여 곧바로 당해 처분이 적법한 것이라고 할 수는 없다.

다만 위 처분기준이 그 자체로 헌법 또는 법률에 합치되지 아니하거나 위 처분기준에 따른 제재적 행정처분이 그 처분사유가 된 위반행위의 내용 및 관계 법령의 규정 내용과 취지에 비추어 현저히 부당하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 없는 한, 설불리 그 처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 재량권을 남용한 것으로 판단해서는 안 된다(대법

원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결 등 참조).

위와 같은 법리를 토대로 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 지방계약법에서 부정당업자의 입찰 참가자격을 제한하는 취지는 공정한 입찰 및 계약질서를 어지럽히는 행위를 하는 자에 대하여 일정기간 동안 입찰참가를 배제함으로써 지방자치단체를 당사자로 하는 계약의 성실한 이행을 확보함과 동시에 지방자치단체가 입게 될 불이익을 미연에 방지하기 위한 것인 점, ② 특히 지방계약법 제33조가 지방자치단체장과 지방의회의원 또는 그와 특수관계에 있는 자로 하여금 지방자치단체와 계약체결을 금지하는 이유는 지방자치단체장이나 지방의회의원이 지방공무원에게 계약체결 및 그 이행과정에서 부당한 영향력을 행사할 수 있는 여지를 차단하고자 한 것인 점, ③ 원고는 지방계약법 제33조 제2항을 위반하여 장기간 수의계약을 체결하여 왔고, 특히 계약체결 과정에서 지방계약법 제33조에서 정한 결격사유가 없다는 내용이 포함된 각서를 제출한 점, ④ 원고는 이 사건 쟁점 공사계약이 수의계약임을 알지 못하였고, 홍성군 계약담당자도 원고의 대표자가 소외 1 의원의 아들이라는 것을 알고도 계약을 체결하여 왔으며, 원고 역시 이 사건 쟁점 공사계약이 수의계약이라는 것을 알지 못한 채 공무원을 신뢰하여 계약을 체결한 것이라고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 공고문에 수의계약임을 명시하였을 뿐만 아니라 계약체결 자격유무에 대한 심사에 갈음하여 제출한 각서에도 지방계약법 제33조에서 정한 결격사유가 없다는 내용이 포함되어 있는 점, ⑤ 지방계약법 시행규칙 제76조 제1항 [별표 2] 제18호는 지방의회의원과 특수관계에 있는 자가 지방자치단체와 영리를 목적으로 하는 수의계약을 체결한 경우 5개월 이상 7 개월 미만의 제재기간을 정하고 있으나, 피고는 같은 조 제4항의 감경사유를 인정하여 그 2분의 1에 해당하는 3개월로 감경하여 사실상 제재양정이 가장 가벼운 이 사건 처분을 한 점, ⑥ 수개의 처분사유 중 일부가 적법하지 않다고 하더라도 다른 처분사유로써 그 처분의 정당성이 인정되는 경우 그 처분을 위법하다고 할 수 없는바(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두1264 판결 등 참조), 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 공사계약 중 이 사건 8항 공사계약 관련 처분사유가 인정되지 않더라도, 나머지 11개의 이 사건 쟁점 공사계약과 관련하여 지방계약법의 수의계약 금지 규정을 위반하였다는 처분사유로써 이 사건 처분의 정당성이 충분히 인정되는 점 등을 종합하면, 원고가 주장하는 여러 사정을 고려한다고 하더라도 이 사건 처분이 원고에게 지나치게 가혹하여 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙에 위배된다거나 재량권 일탈·남용에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고, 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 이승훈(재판장) 유선주 김선용