

答辩意见书

第21号代表队 呈递

答辩人：白山市卫生计生委

第三人：五洲药业公司

目 录

第一部分 案件事实	2
第二部分 答辩意见	3
一、被答辩人不是适格的原告且所列被告、第三人错误	3
（一）被答辩人不是适格的原告	3
（二）被答辩人所列被告错误	3
（三）五洲药品公司与本案没有利害关系	4
二、答辩人未违反《反垄断法》规定	4
（一）答辩人的行为无法影响遴选结果	4
（二）答辩人的行为并未违反《反垄断法》第 32、36 条的规定	5
1. 答辩人并未实施排除、限制竞争的客观行为	5
2. 答辩人并未滥用行政权力	8
三、不可撤销依法得出的遴选结果和重新选定 GPO	11
（一）GPO 模式介绍	11
（二）本案遴选 GPO 的过程符合法律规定	12
（三）不可撤销本案的遴选行为	13
1. 本案无撤销行政行为的事由	13
2. 有不得撤销行政行为的事由	13
（四）不可重新选定集团采购组织	14
四、本次药品集团采购安非妥因药品结果不应认定为无效	14
（一）安非妥因采购结果有效性问题是民事争议，不应在行政诉讼中一并审理	14
（二）即使法院决定一并审理民事争议，本次安非妥因药品采购结果也应认定为有效	15
1. 安非妥因药品采购合同已经成立	15
2. 安非妥因药品采购合同没有无效事由	19
五、答辩人不应对被答辩人承担国家赔偿责任	20
（一）本案事实不符合国家赔偿责任的构成要件	20
1. 从行为要件看，答辩人没有违法行为	20
2. 从损害要件看，被答辩人不存在损害事实	21
3. 从因果关系要件看，被答辩人所称的损害与答辩人的行为无因果关系	21
（二）被答辩人提出的赔偿范围不属于国家赔偿的范围	22
（三）被答辩人的赔偿额计算依据不合理	23
六、总结	23
第三部分 附录	24
一、白山市卫生计生委授权委托书	24
二、五洲药业公司授权委托书	24

答辩人：白山市卫计委

地址：黑石省白山市天坝三路45号大院

法定代表人：白先生

职务：主任

委托代理人：曾某某

律师事务所地址：成安律师事务所

委托代理人：伍某某

律师事务所地址：成安律师事务所

被答辩人：四海制药公司

住址：黑石省白山市安非路妥因街233号

法定代表人：四先生

联系电话：130-0000-0000

第三人：五洲药品公司

住址：黑石省白山市天后路蓝湖街12号

法定代表人：安先生

联系电话：166-6666-6666

尊敬的审判长、审判员：

四海制药公司诉白山市卫计委一案，答辩人认为，本案中双方当事人的争议焦点主要在以下几个方面，答辩人将就这些焦点发表答辩意见：

1. 本案四海公司是否为适格原告以及所列被告、第三人是否错误；
2. 被答辩人所称卫计委的行为是否违反《反垄断法》第32、第36条；
3. 是否应当撤销遴选结果并重新选定药品集团组织；
4. 本案药品集团采购安非妥因药品的最终结果是否有效；
5. 被答辩人是否有权要求104万的国家赔偿。

为方便阅读，以下名称在本答辩意见书中将以下列简称的形式出现：

全称	简称
药品集团采购组织	GPO
白山市市公立医院药品集团采购组织遴选委员会	遴选委员会
《国务院办公厅关于完善公立医院药品集中采购工作的指导意见》	7号文
《国家卫生计生委关于落实完善公立医院药品集中采购工作指导意见的通知》	70号文
《白山市公立医院实行药品集团采购试点的实施方案》	《实施方案》
《白山市药品集团采购组织管理办法（试行）》	《管理办法》
《中华人民共和国反垄断法》	《反垄断法》
《中华人民共和国招标投标法》	《招标投标法》
《中华人民共和国行政诉讼法》	《行政诉讼法》
《中华人民共和国政府采购法》	《政府采购法》
《中华人民共和国合同法》	《合同法》

第一部分 案件事实

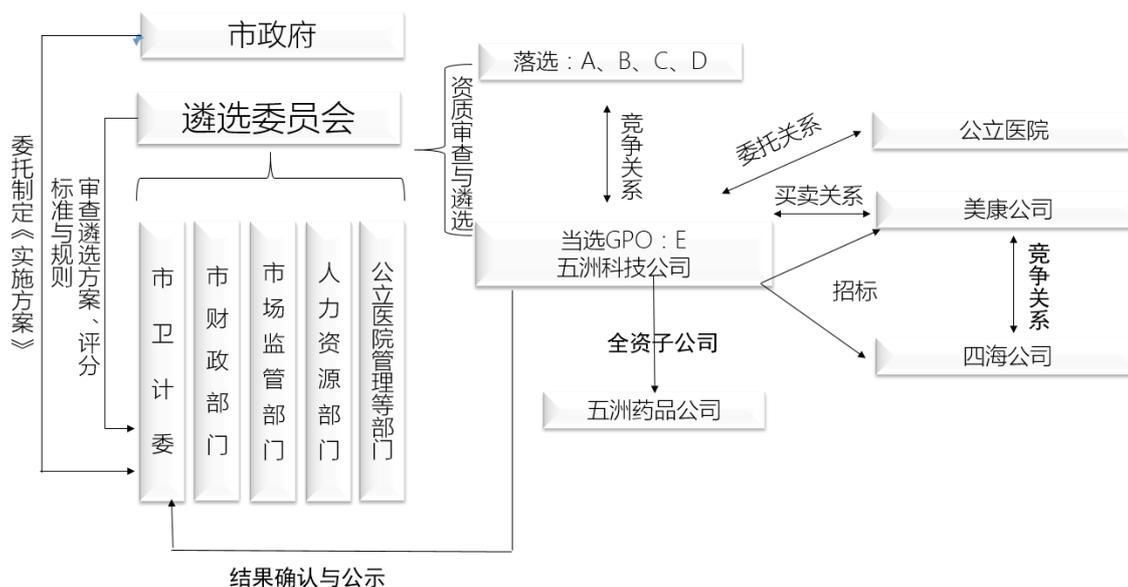
(一) 为深化医药卫生体制改革，完善公立医院集中采购工作，70号文要求公立医院改革试点城市结合地方实际，研究制订以市为单位自行采购的具体办法。黑石省白山市是公立医院改革试点城市，为落实改革要求，白山市卫计委受市政府委托制定了《实施方案》，会同其他部门制订了《管理办法》，明确全市公立医院自2015年8月1日起采用GPO采购模式。在试点期内，白山市要实现比2014年度在省平台上采购同等数量品规的药品总费用下降30%以上的目标，有效降低药品虚高价格。

(二) 按照《实施方案》与《管理办法》的要求，市卫生行政部门（即市卫计委）、市财政、市场监管、人力资源保障、公立医院管理等部门一同成立遴选委员会。遴选委员会负责遴选方案、评分标准与规则的审定、GPO资质审查与遴选评分，而市卫计委则负责遴选公告发布、遴选结果确认及公示。根据《实施方案》规定的GPO资质要求和遴选程序，遴选委员会淘汰了白山市5家大型药品经营企业中的4家企业，确定五洲科技公司为试点期内集团采购组织。

(三) 美康公司与四海公司参加安非妥因注射液投标。美康公司因价格优势成功中标，而四海公司拒绝降价而未能入围。

(四) 安非妥因注射液价格的降低被视为药品采购招标中的改革标杆，白山市GPO采购的做法也确实降低了民众医药费用。

关系示意图



第二部分 答辩意见

一、被答辩人不是适格的原告且所列被告、第三人错误

(一) 被答辩人不是适格的原告

根据《行政诉讼法》第二十五条“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或其他组织，有权提起诉讼”的规定，原告应当和被诉行政行为存在利害关系。

本案中四海公司与被诉行为不存在利害关系。“利害关系”是指因为行政主体的行政行为在客观上已经或者必将对当事人的合法权益产生实际影响。与行政行为存在利害关系的当事人，可以成为行政诉讼的原告，而在行政管理法律关系中主要包括两类人：一是行政相对人；二是行政相关人。行政相对人是指行政行为直接针对的对象，就遴选而言，本案的行政相对人是五洲科技公司不存在疑问，而四海公司是否为行政相关人则需要就本案涉及的多重法律关系进行逐一分析。本案卫计委按照《管理办法》会同其他部门成立遴选委员会。因 A、B、C、D 企业不符合《管理办法》规定资质要求或未报名遴选，最后五洲科技公司通过遴选委员会的遴选成为 GPO，接受公立医院的委托进行采购活动。四海公司与美康公司属于竞争关系，参与五洲科技公司的招标。可见，四海公司和卫计委之间并不存在直接的法律关系。行政相关人是指行为虽不是直接针对其作出，但是由于行政行为的作出，在客观上对其合法权益产生实际的影响，如受害人、相邻权人和公平竞争权人。^{[1][2]}本案显然不涉及受害人型行政相关人和相邻权型行政相关人的问题，关键的问题在于四海公司是否为公平竞争权型行政相关人。已如前述，本案的行政相对人为五洲科技公司。公平竞争权受到侵害的人具有原告资格。但是四海公司与五洲科技公司之间并不是竞争关系，存在竞争关系的是五洲科技公司与 A、B、C、D 四家企业，四海公司和美康公司，四海公司在与美康公司的竞标过程中享有的公平竞争权并不会因遴选行为而受到侵害。即便四海公司的公平竞争权利确实影响，实际造成的影响应该是五洲科技公司，而非卫计委，因为卫计委仅在《实施方案》中提出采购总费用降低 30% 的要求，而并未要求 GPO 采购安非妥因费用必须降低 20%。因此，四海公司不是公平竞争权人，与被诉行为不具有行政法意义上的利害关系，不是适格的原告。被告人请求法院依法驳回原告的起诉。

(二) 被答辩人所列被告错误

做出遴选 GPO 行为的组织并非白山市卫计委，而是遴选委员会。根据《管理办法》第五条“市卫生行政部门会同市财政、市场监管、人力资源保障、公立医院管理等部门成立遴选委员会。遴选委员会负责集团采购组织的遴选，日常工作由市卫生行政部门承担”可知，遴选 GPO 的行为由遴选委员会作出，而白山市卫计委只是负责承担遴选委员会日常工作。

由《管理办法》第五条和《实施方案》中规定的：“由卫生、财政、药品监管、医保基金管理、医院管理等部门参与成立市公立医院药品集团采购组织遴选委员会”还可知，遴选委员会是由市卫生行政部门等多政府部门共同成立，而并非由白山市卫计委组建。“组建”意为“组织建立”^[3]，而“会同”意为“跟有关方面会合起来（办事）”^[4]，二者区别在于：

^[1] 最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释》第十三条：“有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼：(一)被诉的具体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；(二)与被诉的行政复议决定有法律上利害关系或者在复议程序中被追加为第三人的；(三)要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的；(四)与撤销或者变更具体行政行为有法律上利害关系的。”

^[2] 江必新主编，法制出版社，《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》第 67 页：“公平竞争权是指经营者在市场竞争过程中，依据竞争法所享有的要求其他经营者及相关主体进行公平竞争，以保障和实现经营者合法竞争利益的权利。公平竞争保护的是经营者的竞争利益。所谓竞争利益，指参与市场的经营者在市场经济体制中可以经由提供商品或服务及有利之交易条件供交易相对人选择，争取交易机会，以获得发展自己之业务的利益。”

^[3] 任超奇主编：《新华汉语词典》，崇文书局，2006 年版，第 1146 页。

“组建”强调需有发挥组织建立作用的领导、核心机构，而“会同”则强调不同机构协同发挥作用，没有组织领导的核心机构。因此，遴选委员会并非由白山市卫计委组建的机构。而且根据《行政诉讼法》第二条“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权按照本法向人民法院提起诉讼。前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为”可知，能够成为被告的只能是在行政法律关系中处于行政主体地位的行政机关以及法律、法规、规章授权的组织。本案中，《实施方案》和《管理办法》在性质上属于规章以下（不含规章）的规范性文件，则根据这两份规范性文件成立的遴选委员会不是具有独立承担法律责任能力的行政主体，也就当然不能成为被告。

根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第二十条：“行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。”，本案适格被告应为组建遴选委员会的行政机关，即白山市市政府。《实施方案》第一段规定：“根据《国务院办公厅关于完善公立医院药品集中采购工作的指导意见》（国办发〔2015〕7号），受市政府委托制定本方案。”同时《实施方案》规定：“市卫生行政部门牵头制订《集团采购组织管理办法》，明确集团采购组织的基本条件、遴选程序、工作职责、运营规范和监督管理措施。”可见，白山市委委托白山市卫计委制订了《实施方案》，卫计委按照《实施方案》制订了《管理办法》，而且遴选委员会实际是按照《实施方案》和《管理办法》成立的，所以组建遴选委员会的行政机关为白山市政府。

综上所述，答辩人不是本案的适格被告，原告所列被告错误。

（三）五洲药品公司与本案没有利害关系

《行政诉讼法》第二十九条规定：“公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼，或者同案件处理结果有利害关系的，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。”可见，要成为行政诉讼的第三人，必须要与被诉行政行为有利害关系或同案件处理结果有利害关系。本案中，五洲药品公司虽是五洲科技公司的全资子公司，但五洲药品公司具有独立的法人人格，其母公司五洲科技公司的行为不可直接归于五洲药品公司。因此，五洲药品公司不是卫计委的行为直接针对的对象，五洲药品公司也不是所诉行政行为的行政相对人。而且，五洲药品公司自始至终未参与到遴选或是采购活动中，与卫计委、四海公司没有发生法律关系。因此，五洲药品公司和被诉行政行为与案件处理结果均没有利害关系，诉讼中所列第三人错误。

二、答辩人未违反《反垄断法》规定

（一）答辩人的行为无法影响遴选结果

由于本案涉及白山市卫计委、五洲公司、五洲科技公司、四海公司、美康公司等多主体的法律行为及主体之间的法律关系，在探讨答辩人白山市卫计委的行为是否合法之前，有必要对白山市卫计委所作出的行为进行梳理，排除不是由白山市卫计委作出的行为。

白山市卫计委制定了《实施方案》，牵头其他部门制订了《管理办法》，两份规范性文件规定了卫计委的职权与职责。由附件一第一段可知，《实施方案》系由白山市卫计委接受市政府委托制定。同时由《实施方案》可知，市卫生行政部门（即白山市卫计委）牵头制订了《管理办法》。《管理办法》第三条规定：“市卫生行政部门会同市财政、市场监管、人力资源保障、公立医院管理等部门负责对集团采购组织进行监督管理。”《管理办法》第五条规定：“市卫生行政部门会同市财政、市场监管、人力资源保障、公立医院管理等部门成立遴选委员会。遴选委员会负责集团采购组织的遴选，日常工作由市卫生行政部门承担。”

^[4] 任超奇主编：《新华汉语词典》，崇文书局，2006年版，第378页。

可见，对 GPO 采购药品过程的监督管理是由多政府部门进行负责，且跨部门遴选委员会负责 GPO 的遴选，根据《管理办法》第八条，具体负责审定遴选方案^[5]、进行遴选审查，而卫计委只负责发布遴选公告和根据《管理办法》第六条规定的资质条件对遴选委员会审查的结果进行确认，并对最终结果进行公示。因此，在遴选程序中能实质影响遴选结果的是遴选委员会，而并非白山市卫计委。由《管理办法》第十四条可知，卫计委对 GPO 行为进行监督，并享有在特定条件下单方取消其资格并将其列入“黑名单”的权力，卫计委对 GPO 行为的监督应侧重在 GPO 诚信状况、履约情况、保密情况的监督。因此，尽管《实施方案》中提及：“市卫生行政部门负责规范药品交易、配送、结算和供应保障风险等行为”，但在理解卫计委的职责时，应结合《管理办法》第五条、第十四条关于行政部门分工的具体规定做全面、系统的理解，而不能片面地认为对药品流通环节的规范仅由卫计委一部门负责。

（二）答辩人的行为并未违反《反垄断法》第 32、36 条的规定

《反垄断法》第三十二条规定：“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。”第三十六条规定：“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，强制经营者从事本法规定的垄断行为。”上述法律规定的行政机关滥用行政权力排除、限制竞争行为应具备三个要件：其一是主体为行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织；其二是行政机关及相关组织有限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品的客观行为，或强制经营者从事《反垄断法》规定的垄断行为；其三是行政机关及相关组织在实施上述行为过程中滥用行政权力。主体要件上，卫计委为行政机关不存在争议，答辩人主要就第二和第三个要件展开论述。

1. 答辩人并未实施排除、限制竞争的客观行为

（1）答辩人没有实施《反垄断法》第三十二条禁止的指定交易行为

判断行为是否违反第三十二条禁止的指定交易行为，关键在于理解何为“限定或变相限定”。国家发改委于 2015 年查处了 5 起行政垄断案件，其中山东省交通运输厅滥用行政权力排除限制竞争一案对于理解第三十二条有重要意义。^[6]山东省交通运输厅多次印发文件，明确要求几类车辆必须接入由山东九通物联网科技有限公司提供技术支持的省技术服务平台；同时要求进入山东省市场的车载卫星终端必须通过省技术平台进行调试。国家发改委据此认为山东省交通运输厅的行为“剥夺了道路运输企业在车载终端和监控平台上的自主选择权，不合理地推高了平台服务费水平和车载终端的销售价格，增加了道路运输企业的经营成本”，因此违反《反垄断法》第八条、第三十二条、第三十七条的规定。可见，要认定为第三十二条禁止的“限定或变相限定”交易的行为，首先应当有“指定经营者”存在。该案中九通公司恰恰没有通过任何市场竞争环节，而是通过交通运输厅的发文直接成为了“指定经营者”。其次，在形式上，“限定或变相限定”的方式既可以是如该案要求必须接入技术平台，直接使用指定经营者提供的商品，也可以该案要求接受“调试”的方式间接限定交易。但不论是以何种方式，其结果都是对公平竞争权和自主选择权的损害。有了以上的分析基础，可以具体讨论本案卫计委是否存在指定交易的行为。

卫计委没有限定或变相限定单位或者个人购买、使用 GPO 提供的商品。首先需要明确，集团采购的采购模式起源于美国，集团采购中的 GPO 本身对采购的商品并不享有所有权^[7]，GPO 所提供的本质上是一种中介服务。因此，自然没有 GPO 向公立医院转卖药品一说，也就没有限定或变相限定公立医院购买、使用 GPO 购买的药品的问题。其次，本案亦不存在

^[5] 尽管《管理办法》第八条第一项规定遴选工作方案、遴选评分标准和评分规则由卫计委拟定，但是最终还需经由遴选委员审定。

^[6] 发改办价监[2015]501号。

^[7] 邵蓉，谢金平，蒋蓉：《美国集团采购组织分析及对我国药品采购的启示》，载《中国卫生政策研究》2014年6月第7卷第6期，第36页。

卫计委限定或变相限定公立医院购买、使用 GPO 提供的服务的问题。如前文对卫计委职责分析所述，遴选程序中能实质影响遴选结果的是遴选委员会，而并非白山市卫计委，而 GPO 的选定是遴选委员会根据《管理办法》面向白山市 5 家大型药品经营企业公开、公平、公正进行的。卫计委牵头制订的《管理办法》中不存在限定特定的某家或几家 GPO 的指向性内容，所设置的条件均平等地面向所有药品经营企业。《管理办法》第六条规定了成为 GPO 必需的六项条件。^[8]结合案件事实可知：白山市 A 企业没有药品互联网供应平台，不满足条件（三）；B 企业因没有麻醉药品经营资质而不满足条件（二）；即便 C 企业报名遴选，但由于不愿放弃《集团采购目录》内药品的配送业务而不满足条件（六）（《管理办法》第十二条规定：“集团采购组织开展药品集团采购时，不得采购自身生产或者代理的药品，不得参与集团采购药品的配送。”）；D 企业因不能做出达到卫生行政部门降费要求的承诺而不满足条件（五），可见 GPO 的遴选程序是严格按照《管理办法》第七条、第八条进行的，符合合法、公开、公平、公正的原则。因为白山市五家大型药品经营企业中有四家均不符合《管理办法》规定的资质条件，所以最终符合条件的企业仅 E 企业一家是客观、合理、必然的结果，并非卫计委指定所致。

卫计委亦没有限定或变相限定 GPO 购买、使用美康公司提供的药品。《管理办法》第四条规定：“集团采购组织开展药品交易工作时，应当遵循公开、公平、公正原则，保障流程透明、操作规范。”由 GPO 面向“各制药公司”进行招标的过程来看，GPO 并未设置歧视性条件，而是对四海制药公司、美康制药公司均提出安非妥因注射液降价 20% 的要求，平等对待投标公司。尽管四海公司认为降价 20% 的要求因不存在利润空间而不可能实现，但是美康公司并未对此提出异议，而是接受降费要求，因此成功中标。四海公司因不具备价格优势而错失商机，而美康公司则把握机遇成为白山市唯一一家向 GPO 供应安非妥因注射液的企业，这正是市场竞争并进行自我选择的结果。需要再次强调的是，卫计委负责对 GPO 诚信状况、履约情况、诚信情况进行监管，并同其他行政部门一同规范 GPO 的采购行为，卫计委自始至终都没有参加 GPO 进行的招标、确定中标公司过程，遑论指定 GPO 与美康公司进行交易？

本案不存在卫计委限定或变相限定公立医院购买、使用美康公司提供药品的情形。如前所述，要认定指定交易行为，首先须有指定经营者的存在。卫计委自始至终未在任何文件里要求公立医院与美康公司进行交易，公立医院之所以会从美康公司处获取安非妥因注射液，是因为美康公司在竞价投标中脱颖而出。易言之，美康公司是通过充分的市场竞争而被市场选择的。其次，四海公司并未在招标过程中遭受歧视性待遇，其公平竞争权未受到侵害。再次，卫计委未以任何形式限制公立医院的自主选择权。在 GPO 架构下，公立医院对于药品的自主选择体现在公立医院自主选择 GPO 和 GPO 通过市场竞争方式确定中标供应商上。一方面，《实施方案》规定：“全市公立医院自主选择药品集团采购组织，并与选定的集团采购组织签订委托采购合同。”可见，公立医院对与哪一家 GPO 签订委托采购合同是具有自主选择权的。如前所述，虽然本案仅有一家 GPO，但并非是卫计委“指定”，而是市场选择的必然结果。另一方面，GPO 是通过市场竞争的结果确定美康药业为供应商的，也不存在卫计委指定 GPO 与美康药业交易的情形。因此，从公立医院选择 GPO，再到 GPO 选择美康公司都未受到卫计委限制，不存在卫计委限定公立医院购买、使用美康公司提供药品的情形。

^[8] 《管理办法》第六条：“集团采购组织应当符合下列条件：（一）依法取得有效的《企业法人营业执照》、《药品经营许可证》、《药品经营质量管理规范认证证书》；（二）具备及时采购和供应《集团采购目录》内所有药品的能力；（三）具有药品互联网供应平台，能满足药品信息储存分析、订单集成、合同管理、采购交易、结算支付、配送管理、药品不良反应信息收集等功能需求；（四）在药品交易等方面无违法违规行为或其他不良记录；（五）承诺达到市卫生行政部规定的公立医院药品采购费用控制的目标要求；（六）市卫生行政部门规定的其他条件。”

(2) 答辩人没有实施《反垄断法》第三十六条禁止的强制经营者从事垄断行为的行为

首先，答辩人白山市卫计委没有实施《反垄断法》第三十六条规定的强制行为。根据全国人大法制工作委员会经济法室编写的《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》对《反垄断法》第三十六条的阐释，本条所称“强制”是指通过发布行政规章或直接发布行政命令的方式，强制经营者从事本法规定的垄断行为，即第三十六条的“强制”仅包含两种方式，一是发布行政规章，二是发布行政命令。不论是否有强制经营者从事垄断行为的结果，只要不是通过以上两种方式达成的，均不是《反垄断法》第三十六条的调整范围。本案中白山市卫生计生委发布的《管理办法》与《实施方案》的性质均为地方政府部门发布的地方规范性文件，而非行政规章。行政命令的特征之一为“在一定的时期内对特定的人设定特定的规范”^[9]，而本案中答辩人发布的两份规范性文件均为对不特定人设定的规范，不符合行政命令的特征，因此也不是行政命令。因此从形式上来说，白山市卫计委并没有实施《反垄断法》第三十六条规定的“强制”行为。

其次，本案中经营者也没有被强制从事《反垄断法》规定的垄断行为。根据《反垄断法》第三条规定，“本法规定的垄断行为包括：（一）经营者达成垄断协议；（二）经营者滥用市场支配地位；（三）具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”可知，《反垄断法》第三条对垄断行为进行了穷尽式的列举，《反垄断法》规定的垄断行为仅包括三种行为，而本案中，经营者美康公司并不存在这三种垄断行为：

第一，本案未达成任何垄断协议。根据《反垄断法》第十三条、第十四条可知，本法禁止的垄断协议有且仅有两种，即具有竞争关系的经营者达成的横向垄断协议以及经营者与交易相对人之间达成的纵向垄断协议。本案的案件事实经过中没有任何关于药品生产企业之间有协议的信息，应视为没有横向垄断，答辩人在此不对横向垄断协议讨论。而关于是否有经营者与交易相对人之间达成的纵向垄断协议，《反垄断法》第十四条规定：“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格；（三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”纵向垄断协议的签订必须有交易双方和交易的第三人存在，因此讨论纵向垄断协议，必须首先明确本案的经营者、交易相对人以及第三人。《反垄断法》第十二条规定：“本法所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。”在药品采购合同签订过程中，经营者为药品的生产企业美康公司；交易相对人为取得药品所有权的一方，即白山市公立医院；第三人是指交易流转中的第三人，是交易相对人的交易对象，因此药品集团采购组织不是《反垄断法》中的第三人，本次安非妥因采购合同签订过程无第三人存在。从以上分析可知，本案不存在垄断协议中的第三人，也就当然地不存在经营者与交易相对人之间达成的限定或固定向第三人转售价格的纵向垄断协议。

第二，本案不存在经营者滥用市场支配地位的情形，理由如下：

①美康公司在签订药品采购合同时不具有市场支配地位。《反垄断法》第十七条规定：“本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”反垄断法第十九条规定：“有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：（一）一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；（二）两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；（三）三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。”本案的经营者行为是药品集团采购组织接受公立医院委托向美康公司采购安非妥因。首先，在签订药品采购合同时，美康公司在白山市公立医院采购市场的份额仅为40%，被答辩人市场份额为60%，高于美康公司并且超过了二分之一。从市场份额上看，美康公司不满足《反垄断法》第十九

^[9] 《北京大学法学百科全书》编委会：《北京大学法学百科全书·民法学|商法学》，北京大学出版社，2004，第591页。

条规定的“一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一”的规定，无法推定美康公司的安非妥因在白山市公立医院中具有市场支配地位，恰恰相反，被答辩人销售的安非妥因可以被推定在白山市公立医院中具有市场支配地位。其次，虽然被答辩人的部分安非妥因原料药从美康公司购买，美康公司可控制这一部分安非妥因原料药的价格，但被答辩人的绝大部分原料药的供货商并非美康公司，即美康公司对被答辩人安非妥因价格的控制非常微弱，由于被答辩人占据市场支配地位，美康公司对被答辩人的安非妥因影响甚微意味着对市场其他经营者生产的安非妥因药品的影响也可以忽略不计。因此美康公司也不符合《反垄断法》第十七条规定的“经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”因此，美康公司在签订药品采购合同时，不具有市场支配地位。

②美康公司在药品采购合同履行完成后也不占相关市场份额的 100%。白山市公立医院并非安非妥因的唯一需求方，除公立医院以外还存在大量其他需求方，如私人诊所、民营医院等，在其他需求方的销售应当合并计入安非妥因销售的相关市场中，不以将公立医院与其他需求方割裂开，否则不符合市场主体平等的原则。因此虽然药品采购合同履行完成后美康制药公司的安非妥因在白山市公立医院的份额达到 100%，但若考虑到所有需求方，在安非妥因的总的相关市场中，美康公司不占 100% 的市场份额。

③即使认为美康公司在药品采购合同履行完成后具有市场支配地位，其也无滥用市场支配地位，排除、限制竞争的行为。原因有二：一是药品生产企业美康公司是通过合法竞争取得市场支配地位。反垄断法并不禁止经营者取得支配地位，仅禁止通过非法手段取得市场支配地位。基于反垄断法促进竞争的精神，若经营者通过合法竞争取得市场地位，该行为不为反垄断法所禁止。本案美康公司得以签订药品采购合同，是因其销售价格更低，更能够降低公立医院采购药品的成本，完全符合市场竞争机制。白山市卫生计生委发布的文件并没有直接或间接地指定美康公司作为本次安非妥因药品采购的生产商，也没有对任何药品生产企业设立歧视性的要求或规定。因此，美康成功签订药品采购合同从而取得市场支配地位，是市场竞争、经济发展的必然产物，该种通过合法途径取得的市场支配地位是法律所允许的。二是美康公司在完全履行药品采购合同从而取得市场支配地位后，无任何排除、限制竞争的行为。

第三，本案无经营者集中的情形。根据《反垄断法》第二十条可知，经营者集中仅包括经营者合并，经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权，经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响这三种情形。本案中，白山市仅有美康公司和四海公司两家公司经营安非妥因注射液，且两家公司不存在任何形式的集中情形，自然也就不存在《反垄断法》禁止的排除、限制竞争的经营者集中。

综上所述，答辩人未实施《反垄断法》第三十六条禁止的强制经营者从事垄断行为的客观行为。

2. 答辩人并未滥用行政权力

已如前述，答辩人从未实施指定交易或强制经营者从事垄断行为的客观行为，自然就不存在是否在实施两类《反垄断法》禁止行为过程中滥用行政权力的问题。答辩人在本案中所做的行为均在其职权范围内，符合法律、法规、规章及其他规范性文件的规定，从未滥用其行政权力。

“滥用行政权力”是《反垄断法》规定的概括性规定，对“滥用行政权力”的内涵、外延的理解应从法律法规解读、学界理论的分析两个角度入手。

关于规制“滥用行政权力”的法律规范散见于法律、法规和规章之中，不可从单个条文碎片化地理解滥用行政权力的含义。我国早在 1993 年施行的《反不正当竞争法》中第七条就规定了：“政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，

限制其他经营者正当的经营活动。”此外,《招标投标法》第6条^[10]、《建筑法》第23条^[11]、《价格法》第23条^[12]等法条都属于对滥用行政权力排除限制竞争的行政性垄断行为的规制。不难发现,《反垄断法》第八条:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,排除、限制竞争”是对《反不正当竞争法》第七条的承袭和改进。尽管《反垄断法》第五章整章都是关于“滥用行政权力排除、限制竞争”的规定,对于认识何种行为可能构成“滥用行政权力”具有帮助,但是排除、限制竞争行为与滥用行政权力毕竟不等同,存在排除、限制竞争行为并不意味着必然滥用了行政权力。人大法工委在其主编的《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》一书中即指出认定构成滥用行政权力,排除、限制竞争的行为,除了应当考虑行为是否具有排除、限制竞争的效果外,还应考虑“该行为是否具有法律或者政策依据”,如果该行为是依照法律或者国家政策做出的,即便起到了排除、限制竞争的效果,也不属于滥用行政权力的行为。《反垄断法》第四条即规定:“国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则,完善宏观调控,健全统一、开放、竞争、有序的市场体系。”这就要求《反垄断法》一方面需要进一步完善我国现有的竞争规则,坚决抵制排除、限制竞争的行为,维护市场竞争;另一方面,需要在国家宏观调控的指导下统筹协调反垄断与实施国家产业政策和经济政策的关系,科学处理实现竞争目标和其他社会公共目标的关系^[13],所以在判断行为是否构成滥用行政权力时才需要考虑行为是否依照法律或政策依据做出,不在《反垄断法》的体系中理解“滥用行政权力”,只会“只见树木,不见森林”。

已如前述,我国法律规范并没有具体给出“滥用行政权力”认定标准,因此需要在理论上对其进行研究和探讨。如何定义抽象的“滥用行政权力”在学界向来存在争议。因为理解滥用行政权力的基础应从理解行政自由裁量权出发,而自由裁量权广泛存在于事实认定、法律适用、程序运作、行为与否、行为方式等各个方面,相应地在界定“滥用行政权力”上就存在“违反目的、原则说”^[14]、“内容列举说”^[15]、“结果显失公正说”^[16]、“违反原则说”^[17]、“行政职权不规范或者超常规使用说”^[18]五种观点。最高院采取的是一种博采众长的标准,即认为所谓“滥用行政权力”,主要是指行政机关行使行政职权过程中违背立法目的、考虑不应当考虑的因素、未考虑应当考虑的因素、反复无常、违反比例等,侵犯当事人合法权益的行政行为。滥用行政权力表现为两种情况,一是不认真履行职务范围内的权力,二是过度运用职务范围内的权力。^[19]那么,我们在把握“滥用行政权力”时,应当注意以下几个问题:第一,滥用行政权力的前提是享有行政职权,超越职权不属于滥用行政权力。“滥用行政权力”与“超越行政权力”均可能构成行政性垄断,但在行政违法的理论中,二

^[10] 《招标投标法》第6条规定:依法必须进行招标的项目,其招标投标活动不受地区或者部门的限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标,不得以任何方式非法干涉招标投标活动。

^[11] 《中华人民共和国建筑法》第23条规定:政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定发包单位将招标发包的建筑工程发包给指定的承包单位。

^[12] 《中华人民共和国价格法》第23条规定:制定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价,应当建立听证会制度,由政府价格主管部门主持,征求消费者、经营者和有关方面的意见,论证其必要性、可行性。

^[13] 《中华人民共和国反垄断法》条文说明、立法理由及相关规定,北京大学出版社第一版(2007年9月1日)

^[14] 罗豪才、应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1990年版,第250-251页

^[15] 江必新:《行政诉讼问题研究》,中国人民公安大学出版社1989年版,第272-276页

^[16] 胡建淼:《有关行政滥用职权的内涵及其表现的学理探讨》。载《法学研究》1992年第三期

^[17] 朱新力:《行政违法与行政责任》,载应松年主编:《当代中国行政法》(下卷),中国方正出版社2005年版,第1533-1535页

^[18] 关保英:《论行政滥用职权》,载《中国法学》2005年第2期

^[19] 江必新主编:《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》,中国法制出版社2015年1月出版第68页

者在内涵、表现形态和责任追究上均有区别，模糊二者区别不利于进行有针对性的行政执法和追究相应的法律责任。第二，通常情况下认定为“滥用行政权力”的行政行为要求行政机关及其工作人员在行使行政职权过程中应当存在故意违法的主观过错。《行政诉讼法》第十二条中明确规定公民“认为行政机关滥用行政权力侵犯公平竞争权的”属于行政诉讼法的受案范围，在认定行政行为是否可诉时，不需要考虑行政机关及其工作人员在行使行政职权过程中是否存在故意或者过失。但是是否可诉与如何认定不是一个问题，正因为滥用行政权力是对立法目的的背离，才要求在认定时具体考察行政机关及其工作人员是否存在主观过错。

本案中，卫计委的行为具有法律和政策依据，是按照立法原意，在职权范围内行使自己的职权，从未滥用行政权力。首先，卫计委享有规范性文件的制定权限。根据《宪法》第八十九条、第九十条第二款^[20]，以及第一百零七条^[21]、第一百零八条^[22]的规定，乡镇人民政府、县级以上人民政府及其职能部门有制定行政规范的职权。据此，白山市卫计委作为白山市市政府的职能部门，有权制定《实施意见》和《管理办法》。卫计委的行为符合法律保留原则。卫计委制定的规范性文件符合法律、法规、规章和国务院、省级政府有关政策的规定，没有违法增加公民、法人或者其他组织的义务。其次，卫计委的行为有上位法的依据，符合“7号文”、“70号文”以及深化医药卫生体制改革的要求。卫计委行为的上位法依据为《政府采购法》^[23]、《政府采购法实施条例》^[24]、《药品管理法》^[25]、《药品管理法实施条例》^[26]。卫计委严格依照法律法规的规定，按照《中共中央、国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》中“建立健全药品供应保障体系”、“7号文”关于“鼓励地方结合实际探索创新”以及“70号文”关于“结合地方实际，研究制订公立医院改革试点城市以市为单位自行采购的具体办法”等规范性文件的要求，接受市政府委托制定了《实施方案》、牵头制订了《管理办法》，充分发挥主动性与创造性，积极探索药品集团采购模式，以降低人民群众的用药负担，并对GPO进行监督管理。再次，如前所述，卫计委的行为仅仅是制定规范性文件和部分行为进行监管，资质审查的工作并不由卫计委负责，卫计委也无法决定最终的遴选结果，自然就不存在违法设定行政许可等超越职权的问题。可见，卫计委的行为正是基于立

^[20] 《宪法》第九十条第二款：“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和规章。”

^[21] 《宪法》第一百零七条规定：“县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作，发布决定和命令，任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。”

^[22] 《宪法》第一百零八条：“县级以上的地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作，有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。”

^[23] 《政府采购法》第十九条第一款：“采购人可以委托集中采购机构以外的采购代理机构，在委托的范围内办理政府采购事宜。”

^[24] 《政府采购法实施条例》第十二条：“政府采购法所称采购代理机构，是指集中采购机构和**集中采购机构以外的**采购代理机构。”

《政府采购法实施条例》第十三条：“采购代理机构应当建立完善的政府采购内部监督管理制度，具备开展政府采购业务所需的**评审条件和设施**。”

^[25] 《药品管理法》第十四条：“开办药品批发企业，须经企业所在地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门批准并颁发《**药品经营许可证**》；开办药品零售企业，须经企业所在地县级以上地方药品监督管理部门批准并颁发《**药品经营许可证**》。无《**药品经营许可证**》的，不得经营药品。

《药品经营许可证》应当标明有效期和经营范围，到期重新审查发证。

药品监督管理部门批准开办药品经营企业，除依据本法第十五条规定的条件外，还应当遵循合理布局和方便群众购药的原则。”

第七十二条：“未取得《**药品生产许可证**》、《**药品经营许可证**》或者《**医疗机构制剂许可证**》生产药品、经营药品的，依法予以取缔，没收违法生产、销售的药品和违法所得，并处违法生产、销售的药品（包括已售出的和未售出的药品，下同）货值金额二倍以上五倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

^[26] 《药品管理法实施条例》第十三条 省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门和设区的市级药品监督管理机构负责组织药品经营企业的认证工作。药品经营企业**应当按照**国务院药品监督管理部门规定的实施办法和实施步骤，通过省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门或者**设区的市级**药品监督管理机构组织的《药品经营质量管理规范》的认证，取得认证证书。

法原意，在自己的职权范围内行使自己的职权，履行贯彻执行国家、省、市有关医疗卫生、食品药品等方面法律、法规和政策，推进医药卫生体制改革，健全、完善公共卫生服务和医疗服务体系，监督管理医疗服务行业的重大职责，因此，白山市卫计委没有滥用行政权力。

三、不可撤销依法得出的遴选结果和重新选定 GPO

(一) GPO 模式介绍

GPO 是药品集团采购 (Group Purchasing Organization) 的简称，是国际上尤其是美国常见的医院药品采购模式，通过集合 GPO 会员的庞大购买力来撬动获取供应商的折扣优惠。

表 1 参与集团采购后每个合同节省的成本 / 美元
(数据来源: Value of Group Purchasing Case Studies by Novation)

活动	医院自订 合同成本	使用GPO后的 医院合同成本	节省的成本 ^D
确定产品需求	265	174	91 (34%)
确定产品用途	251	120	131 (52%)
部门会议用户投入	208	109	99 (48%)
访问供应商名单	68	20	40 (59%)
BID或RFP准备	379	14	365 (96%)
发送BID或RFP	40	2	38 (95%)
解答供应商问题	150	48	102 (68%)
分析标书	295	101	194 (66%)
进行产品评估	520	450	70 (13%)
决定产品选择	180	143	37 (21%)
实施合同	633	462	171 (27%)
记录保存	25	16	9 (36%)
监察合同履行	70	65	5 (7%)
监控市场竞争力	33	26	7 (21%)
总计	3 116	1 749	1 367 (44%)

注: ^D 括号内为节省的比例

了与众多医院谈判的环节;而且在了解医院需求预估量的前提下准备产品,也降低了无法把握市场需求的风险,有效降低了交易成本。同样地,由于医院不必与供应商直接交易,大大节省交易成本(参见表1),也可以从复杂的采购工作中解脱出来,专注于提高医院服务质量。^[30]GPO 使得医院可以获得物美价廉的医疗产品,进而增进医疗消费者的福利,对于实现社会公平具有重要意义。

我国正处于 GPO 模式的探索阶段,美国通过百年发展而成的完全市场化 GPO 模式无法直接套用于行政主导格局下、服务于医药卫生体制改革阶段性目标的国内医疗领域。我国处于医药体制改革的深水区,如何破除以药补医的弊端,降低药品虚高价格是当下必须面对的难题。“7号文”鼓励“地方结合实际探索创新”,“70号文”则明确要求地方结合自身实际“研究制定公立医院改革试点城市以市为单位自行采购的具体办法”,在两文要求下,各地开始研究制定改革方法,省级采购平台确实在降低药价上取得了一定成效,但是药品价格

美国最早为人所知的 GPO 在 1910 年由纽约市医院管理局设立。^[27]通过一个世纪的发展,美国医疗领域现有 600 多个活跃的 GPO 组织,覆盖 85% 的医院 50% 以上的开支,采购范围包括药品、药材、设备、办公药品等。^[28]担任 GPO 的组织通常为商业机构或非营利组织,医疗机构自愿选择加入 GPO,由 GPO 代替自己与供应商进行谈判,订立合同。GPO 的本质是中介机构,对医疗机构购买的产品没有所有权。^[29]GPO 对于监管机构,供应商和医院而言,都有非同寻常的意义。在 GPO 模式下,政府不需介入涉及多家供应商和需求方的具体采购细节实务,而只需监管 GPO 的行为,防止市场垄断,维护公平秩序。对供应商而言,通过与 GPO 谈判,减少

^[27] Robert E, Scott P, Jay S. An Analysis of Group Purchasing Organizations Contracting Practices Under the Antitrust Laws: Myth and Reality [EB/OL]. [2014-05-27]. <http://www.amcp.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=11812>

^[28] 同上。

^[29] 邵蓉,谢金平,蒋蓉:《美国集团采购组织分析及对我国药品采购的启示》,载《中国卫生政策研究》2014年6月第7卷第6期,第36页。

^[30] 王帆,侯艳红:《医疗供应链中 GPO 作用分析》,载《中国医药工业杂志》2016.47。

依旧存在下降的空间，“二次议价”的现象依旧广泛存在。上海市、深圳市和白山市走在了改革前沿，率先引进了美国的GPO模式，为医药体制改革提供了新的路径。新制度的引进，不可避免会遭遇各种质疑，在法律制度上也可能面临立法的空白。政策是法律的先导，我们需要做的是理顺新模式与现有法律制度的关系，给予于社会有益的探索创新以发展的空间。

（二）本案遴选GPO的过程符合法律规定

白山市GPO的选定符合《政府采购法》及其实施条例的规定。《政府采购法》第十九条第一款规定：“采购人可以委托集中采购机构以外的采购代理机构，在委托的范围内办理政府采购事宜。”《实施条例》第十二条规定：“政府采购法所称采购代理机构，是指集中采购机构和集中采购机构以外的采购代理机构。”可见，法律承认采购人委托集中采购机构以外的采购代理机构进行采购。

尽管第十九条第二款规定“采购人有权自行选择采购代理机构，任何单位和个人不得以任何方式为采购人指定采购代理机构”，但不应该把遴选委员会遴选采购代理机构理解为是为公立医院指定采购代理机构。修改前的《政府采购法》第十九条即规定，要成为集中采购机构之外的采购代理机构，需要经过国务院有关部门或者省级人民政府认定资格。^[31]可见，采购人的选择范围实际是被限制在经过“国务院有关部门或者省级人民政府认定资格”这一范围内的。虽然采购人受到了国务院有关部门或省级人民政府的限制，只能委托符合资格的采购代理机构，但该款与“不得以任何方式为采购人指定采购代理机构”共存于同一法条中，恰恰证明了经有关部门认定资格的行为并不会被视为“为采购人指定采购代理机构”的行为。

《政府采购法》修改后取消了采购代理机构需要经过相关部门认定资格这条限制，把采购代理机构的范围扩大为“集中采购机构和集中采购机构以外的采购代理机构”，给予了采购人更广的选择空间，但是这并不意味着任何机构都可以成为采购代理机构。实际上，法律依旧要求对采购代理机构的资质和条件进行认定。《实施条例》第十三条即规定：“采购代理机构应当建立完善的政府采购内部监督管理制度，具备开展政府采购业务所需的评审条件和设施。”可见，具有内部制约机制、具备业务所需设施、满足评审条件依旧是成为采购代理机构的必要条件。《管理办法》第六条第三项规定GPO应具有药品互联网供应平台正体现了《实施条例》所规定的设施要求。《政府采购法》及其实施条例对于“评审条件”并没有明确规定，此时应参照《政府采购代理机构资格认定办法》第十四条、第十五条进行理解。^[32]GPO当然应当是能独立承担法律责任的法人，且作为药品经营企业，当然应具备《药品经营许可证》等证件，没有不良记录也是法律法规原有之义。《集团采购目录》内药品原本由省平台提供，要求GPO具备及时采购和供应《集团采购目录》内所有药品的能力并无不妥。承诺达到降费要求的规定则是为实现公立医院改革试点降低药品供应价格的目标服务的，符合国家政策的要求及医药行业发展趋势。遴选委员会对GPO的选定本质上是对采购代理机构资格的认定，有法律、法规、政策的依据，因此不构成“为采购人指定采购代理机构”。

GPO遴选程序公开透明，权力行使始终处在阳光下。首先，由《管理办法》第八条可知，白山市卫计委在遴选前会向社会公开发布遴选公告，明确申报时间、地点、条件、要求，

^[31] 修改前的《政府采购法》第十九条为：

“采购人可以委托经国务院有关部门或者省级人民政府有关部门认定资格的采购代理机构，在委托的范围内办理政府采购事宜。

采购人有权自行选择采购代理机构，任何单位和个人不得以任何方式为采购人指定采购代理机构。”

^[32] 《政府采购代理机构认定办法》第十四条规定：“乙级政府采购代理机构应当具备下列条件：（一）具有企业法人资格……（三）具有健全的组织机构和内部管理制度；（四）有固定的营业场所和开展政府采购业务所需的开标场所，以及电子监控等办公设备、设施；（五）申请政府采购代理机构资格之前三年内，在经营活动中没有因违反法律法规受到刑事处罚或者取消资格的行政处罚……”第十五条规定甲级政府采购代理机构应当满足乙级政府采购代理机构所需的除注册资本之外的所有条件。

尽管财政部的《政府采购代理机构认定办法》于2015年2月2日被废止，但是其废止的原因是落实国务院取消、下放行政审批的改革要求，而且从《政府采购法实施条例》第十三条对《认定办法》第十四条、第十五条的继承来看，《政府采购法》对采购代理机构需要满足一定的资质要求持肯定态度。

以及遴选程序等事项。白山市 5 家大型药品经营企业中有四家报名参加遴选，一家未报名的事实证明白山市卫计委确实已经向社会发布了遴选公告。其次，遴选委员会进行资质审查是严格按照卫计委所公布的条件、要求进行的，淘汰其余四家企业的理由均有据可查。再次，遴选委员会进行遴选以向社会公布的遴选评分标准和评分规则为依据，按照《管理办法》第七条的要求，对参与遴选的 GPO 进行综合评分。^[33] 再次，《管理办法》第八条还规定了卫计委应当在审查后书面告知遴选单位审查结果。尽管《管理办法》第八条第四项采用的表述为“由市卫生行政部门确定集团采购组织”，但是此处的“确定”结合上下文分析，应理解为“确认”，因为按照《管理办法》第五条始终是由遴选委员会负责遴选。在结果确认后卫计委向社会公示遴选结果，可见 GPO 的遴选程序在事前、事中、事后均以公开为要求，严格保障参选企业的知情权，不存在暗箱操作的情形。

GPO 的遴选是公平、公正的。首先，在遴选方案的制定上，虽然遴选工作方案、遴选评分标准和评分规则都是由卫计委一部门拟定，但是均需报跨部门的遴选委员会审定，以多部门的监督与制约来防止卫计委在制定方案时滥用行政权力。其次，如前文 GPO 遴选合法的部分所述，GPO 应符合的资质条件有法律法规和政策依据，是进行采购活动的必要条件，其针对的是所有参与遴选的企业，条件中并没有歧视或偏袒某一企业的指向性内容。再次，GPO 的资质审查是严格按照《管理办法》第六条进行的，不符合资质要求的企业均被淘汰。再次，按照《管理办法》第七条，GPO 的选定采用的是综合考察遴选单位资质条件、药品价格谈判能力、药品质量管控能力、药品供应保障能力、药品采购供应信息化保障能力等因素，而不是仅仅考察是否符合资质要求，这种全面的考察方式可以最大化 GPO 的社会效用。而且，遴选委员会会每年遴选一次 GPO，给予更多优秀的药品经营企业机会，也对已当选 GPO 的企业提高自身竞争力的激励。因此，GPO 的遴选是符合公平、公正的要求的。

（三）不可撤销本案的遴选行为

1. 本案无撤销行政行为的事由

《行政诉讼法》第七十条规定：“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：（一）主要证据不足的；（二）适用法律、法规错误的；（三）违反法定程序的；（四）超越职权的；（五）滥用职权的；（六）明显不当的。”

卫计委的行为是在自己的职权范围内行使自己的职权，其行为符合法定程序，适用法律法规正确，证据充分，理由在前文已作详细论述，在此不再赘述。

2. 有不得撤销行政行为的事由

如果撤销本案的遴选结果，社会公共利益将会遭受重大损害，因此不得撤销遴选结果。行政诉讼法第七十四条规定：“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为：（一）行政行为依法应当撤销，但撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的……”五洲科技公司是白山市唯一一家通过资质审查且做出达到降费要求承诺的药品经营企业，五洲科技公司作为 GPO 的优势是其余四家药品经营企业无法取代的。遴选出的 GPO 与供应商进行谈判，也确实降低了老百姓的医药费用，得到了老百姓的欢迎。即便只考虑白山市公立医院 2014 年采购四海公司和美康公司两家供应商安非妥因注射液的总费用（1000 万元）降低 30% 所节约的社会财富也是巨大的，何况白山市公立医院采购的药品费用远远不止 1000 万元。以实行 GPO 模式的深圳市为例，2015 年深圳全市药品采购总量

^[33] 《管理办法》第八条第一项：“市卫生行政部门拟定集团采购组织遴选工作方案、遴选评分标准和评分规则，报遴选委员会审定。”由该项可知，遴选采用量化方式，有标准，有规则。

《管理办法》第七条：“集团采购组织的遴选应当遵循公平、公正、公开原则，重点评审与遴选单位的资质条件、药品价格谈判能力、药品质量管控能力、药品供应保障能力、药品采购供应信息化保障能力等。”可见，遴选会综合参考多方面因素。

规模 80 亿元，如果实现 GPO 的降费目标，可以降低 20 亿元。^[34]可想而知，撤销 GPO 而采用原本的采购方式，会给社会公众利益带来难以估量的巨大损失；即便代之以白山市的其他 GPO，也无法达到五洲科技公司所能实现的显著的社会效果，而且重新选定 GPO，也将对社会公共利益造成重大影响，理由将在下一部分进行论述。综上，不可撤销 GPO 的遴选结果。

（四）不可重新选定集团采购组织

重新启动遴选程序缺乏合法性与可行性的。行政行为应当具有确定性和可预测性，没有法律上的原因不可重新作出行政行为。首先，如前所述，遴选行为是符合《政府采购法》及其实施条例的规定，符合政策的要求的，没有应当撤销的情形，也就没有重新作出行政行为的的空间。其次，五洲科技公司按照正当的程序成为集团采购组织，严格遵守《管理办法》的规定，其合法的信赖利益是值得法律保护的。而且，五洲科技公司已经代表公立医院与众多供应商进行谈判，签订了大量合同并实际履行，此时若再认定五洲科技公司不具备集团采购组织的资格，另选集团采购组织，不仅对五洲科技公司是极为不公平的，还将严重影响供应商对 GPO 模式的信任，动摇 GPO 模式存在的基础，进而影响 GPO 模式在我国的发展。更重要的是，重新启动遴选程序意味着重新发布遴选公告，接受企业报名；意味着重新进行资质审查和遴选评分，在结果确认后进行公示；甚至意味着重新制定遴选方案；而确定 GPO 之后，GPO 还需要分别与众多的公立医院和供应商谈判磋商、签订协议，可见，重启遴选程序必然会耗费大量的时间与金钱，耽误正常的药品采购进程，此时何以及时保障群众庞大的用药需求？

允许公立医院自行选定集团采购组织在目前这个阶段同样是不可行的。首先，GPO 模式在我国尚属新生事物，存在立法与监管的空白，放任关乎社会公共利益的 GPO 在当前医药行业风气不正的环境下自由发展的后果是难以想象的；其次，公立医院依旧需要自行寻找集团采购组织重新谈判，增加额外交易成本的问题并未得到解决；再次，集团采购制度设计的目的就是要集合全市公立医院的购买需求以增强对供应商的谈判力，而允许公立医院自行寻找集团采购组织，将难以集聚各公立医院的购买需求，最后使集团采购制度设计的目的落空，这也与带量采购、量价挂钩的改革要求相矛盾。综上所述，不可撤销遴选结果和重新选定药品集团采购组织。

四、本次药品集团采购安非妥因药品结果不应认定为无效

（一）安非妥因采购结果有效性问题是民事争议，不应在行政诉讼中一并审理

本次药品集团采购安非妥因结果的效力问题实质上是采购合同的效力问题。若安非妥因的采购合同成立且合同有效，则该合同经完全履行所得的结果当然有效，可见合同成立与否以及合同的是否有效直接决定本次药品集团采购安非妥因药品的结果的效力。《政府采购法》第四十三条规定：“政府采购合同适用合同法。”政府采购法第二条规定：“本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。”因此，本案中公立医院委托 GPO 进行采购，订立的采购合同依法属于政府采购合同，适用《合同法》的相关规定。显然，本案的药品采购合同是民事合同，而非行政合同^[35]，则关于民事合同的争议是民事争

^[34] 罗乐宣（深圳市医改办主任、市卫计委主任）在深圳医改进展媒体沟通会上表示：“2015 年深圳全市药品采购总量规模是 80 亿元，按照这个目标，我们期望降低 20 亿元。降低以后腾出的空间，计划将其中的 50%-70%用于提高体现医务人员技术劳务价值的医疗服务价格，剩下部分直接让利给群众。”

资料来源：http://www.china.com.cn/zhibo/2016-07/22/content_38939674.htm?show=t

^[35] 《最高人民法院关于审理行政合同案件若干问题的规定》第二条规定：“本规定所称行政合同是指，具有国家行政管理职权的行政管理机关、法律法规授权的组织及其工作人员（以下统称行政机关）与自然人、法人或其他组织为设立、变更或者终止行政权利义务关系而达成的协议。”

议，而非行政争议。

本案的民事争议不应在行政诉讼中一并审理。《行政诉讼法》第六十一条规定：“在涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中，当事人申请一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。”在理解该条文时，应该注意把握以下几个问题：第一，可以一并审理的民事争议仅限于涉及行政许可、登记、征收、征用和对民事争议所作裁决的这五类行政案件。第二，出于诉讼经济与效率的考虑，两个不同性质的诉讼请求之间应当具有内在的关联性。本案中，药品采购合同并不涉及行政许可、登记、征收、征用和对民事争议所作裁决的任何一类问题。遴选委员会确实对报名遴选的药品经营企业进行了资质审查，但是遴选委员会本身不是行政机关，自然也就不能把遴选视为“行政许可”。而且，本案行政争议（即卫计委行为是否违法的问题）的解决不依赖民事争议的解决，民事争议的解决也不以行政争议的解决为前提，因此两种行政的争议之间不存在内在的关联性。综上所述，本案民事争议不应在行政诉讼中一并审理。

（二）即使法院决定一并审理民事争议，本次安非妥因药品采购结果也应认定为有效

1.安非妥因药品采购合同已经成立

合同的成立是指合同的当事人就合同的条款协商一致。根据《合同法》第二章“合同的订立”的规定可知，合同的成立要件有三点：①合同订立须有双方或多方当事人；②各方意思表示一致；③合同订立具备要约、承诺。

在本案中，安非妥因药品采购合同完全符合合同成立的三个要件，安非妥因药品采购合同已经成立。

①关于合同当事人要件，本次安非妥因药品采购合同的双方当事人为公立医院和美康制药公司，双方当事人均具备与签订该合同相应的民事权利能力和民事行为能力。

②关于合同各方意思表示一致要件，本次安非妥因药品采购合同中，美康制药公司承诺提供足够数量的安非妥因药品，公立医院承诺支付每支6元的价款，已对合同中的主要实质性条款达成意思一致。

③关于要约、承诺要件，在通过招标投标的形式订立合同的情形下，根据《合同法》关于合同订立的规定，应当将招标投标行为视为订立合同的一种方式。其中，招标公告或者招标通知应属要约邀请，而投标是要约，招标人选定中标人即承诺，承诺自承诺通知即中标通知书到达要约人时生效，承诺生效时合同成立。也就是说，通过招标投标订立的合同，其要约、承诺阶段即为招标投标阶段，因此合同订立具备要约、承诺等同于合同订立具备投标、招标人选定中标人两个环节。在本案中，安非妥因药品属于70号文第一类，是通过招标采购程序购买的药品。安非妥因药品采购合同是通过招标投标程序订立的合同，其中对安非妥因供应商的招标投标相当于合同订立过程中的要约、承诺。因此，只要安非妥因药品采购经过了招标投标，具有有效的投标、招标人选定中标人两个环节，即可视为合同订立具备要约、承诺。

（1）关于投标有效

根据案件事实经过五可知，本次安非妥因药品采购经过了各安非妥因药品生产企业的投标环节，相当于各安非妥因药品生产企业向招标人发出了要约。影响一个投标是否有效的因素包括是否超过投标有效期、是否符合投标文件、投标价格是否低于成本等。从案件事实经过来看，只有投标价格是否低于成本这一项得到了体现，其他的影响因素在案件事实经过中没有体现。基于以上的分析，关于投标是否有效的问题，答辩人主要就投标价格没有低于成本进行论证。

第一，本次招标投标中，投标人不受限制。《招标投标法实施条例》第三十四条规定：“与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人，不得参加投标”。

目前理解“利害关系”的含义的关键界定词是“影响公正性”。^[36]也就是说，投标人与招标人存在利害关系，并不会直接导致投标无效；只有投标人与招标人存在利害关系，并且招标人与投标人存在影响招标公正性事实的，其投标才会被视为无效。^[37]在本案中，虽然五洲科技公司与美康制药公司同为美通药业集团公司的子公司，但在整个招标投标过程中，招标人五洲科技公司没有任何对投标人美康制药公司故意倾向的行为，没有影响招标的公正性。因此投标人美康制药公司的投标人资格不受《招标投标法实施条例》第三十四条的限制，其投标有效。

第二，本次招标投标中，投标价格没有低于成本，投标有效。首先，《招标投标法》第三十三条规定：“投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标。”从该条规定的立法目的看，此处的“成本”是指每个投标人完成投标项目所需支出的“个别成本”。“个别成本”因各投标人的管理水平、技术水平、产业规模等条件不尽相同，完成同一个招标项目所付出的成本不一样。投标人发挥企业自身优势，生产成本较其他投标者低，投标价格比其他投标人低，甚至低于其他投标人的成本，这是其市场竞争力的表现。招标投标的目的本就是促使投标人之间的竞争，尤其是在报价方面的竞争，最后择优评标。而价格的优势在药品采购投标中则体现得更为明显。因此，只要投标人的报价没有明显低于其个别成本，即美康制药公司的投标价格不明显低于其自身的成本，该投标价格就不属于《招标投标法》第三十三条规制的“低于成本”，应当认为是有效的投标。其次，《招标投标法》第三十三条的“低于成本”中的“成本”应当是投标公司为了完成投标项目所需要付出的成本，即应当为今年的成本，而非去年的成本。即使同一公司生产、销售同一产品，随着市场各因素的不断波动，不同时期的成本自然不完全相同，因此直接使用去年美康公司的成本与今年美康公司的投标价格进行比较是没有意义的。案件事实经过五中只有美康制药公司去年的交易数据，以此为依据计算出来的成本等结果只能作为今年成本的参考，而不能直接当做是今年的成本。

在明确了这一点后，根据美康制药公司去年的交易数据，美康制药公司的安非妥因产品向白山市公立医院销售400万元，税前利润为70万元，相减可得总成本为330万元。根据总成本计算出来的去年美康公司单支安非妥因药品成本为6.1875元/支。但该成本包含了安非妥因药品的生产成本和管理、销售、财务等期间费用两部分。因此，直接利用总成本除以销售数量得出的单支安非妥因成本，并非安非妥因药品的生产成本，而是安非妥因药品生产成本与期间费用的总和。也就是说，安非妥因注射液的生产成本实际是低于6.1875/支的。案件材料中没有可以用来计算美康制药公司期间费用的直接数据，但可以其他制药企业的数据作为参考。通过分析大量药品企业2015年的财务报表，可以看出，期间费用率通常在10%到83%之间。其中，营业收入为百亿级的企业，期间费用率大多数为10%到20%；营业收入为十亿级的企业，期间费用率大多数为25%到50%；营业收入为亿级的企业，期间费用率大多数为30%到60%（举例见表2）。

	贝达药业	北陆药业	恩华药业	东阿阿胶	海王生物
营业收入范围	亿		十亿		百亿
营业收入(万元)	91,466	49,143	276,657	544,966	1,111,773
营业成本(万元)	2,794	13,113	160,782	192,875	948,949
营业利润(万元)	35,811	4,465	29,389	192,027	62,274
期间费用	52861	31565	86486	160064	100550
期间费用率	0.577930597	0.642309179	0.312610923	0.293713736	0.090441124

表2

^[36] 国家发展和改革委员会法规司，国务院法制办公室财金司，监察部执法监察司：《中华人民共和国招标投标法实施条例释义》，中国计划出版社，2012。

^[37] 毛林繁：《〈招标投标法实施条例〉特别词组语义辨析》，研究与探讨，2013年02期。

从期间费用率与营业收入的关系来看,一般情况下,营业收入越高的制药企业,期间费用率越低;营业收入越低的制药企业,期间费用率越高。美康制药公司全部药品销售额为2500万元,营业收入为千万级,从营业收入与期间费用率的关系来看,美康制药公司的期间费用率很有可能在30%到60%之间,甚至高于60%。即使按照亿级营业收入制药企业的期间费用率的最低水平30%计算美康制药公司的期间费用,其期间费用也高达750万元,分摊到每支安非妥因药品的总成本中,则每支安非妥因药品总成本中包含了2.25元的期间费用,真正生产安非妥因的成本仅为3.9375元/支。采用GPO模式进行药品采购将大幅降低药品供应商的成本,“对供应商、制造商、批发商而言,他们通过GPO可以节省与众多医疗机构打交道的交易以及营销费用;得到了预估需求量,降低了压货或者是缺货的风险,减少了运营成本。”^[38]而营销费用、公关费用、运营成本、管理成本等正是期间费用的主要组成部分,也就是说GPO制度可以大幅降低药品生产企业的期间费用,从而降低药品的总成本。在本案中,美康制药公司去年生产每支安非妥因产生的而期间费用高达2.25元,而其去年的总成本与今年的投标价格仅相差0.1875元,因此期间费用作为一项占比很大的支出,其支付数额的降低完全可以使美康制药公司今年的成本低于6元/支的投标价格。除此以外,从市场的一般规律来讲,随着相关的创新、研发和技术的提升,生产同一产品的单位成本是逐渐下降的。我国在药品领域每年的技术成果不计其数,无一不是用于促进药品生产效率、提高药品生产质量、降低药品生产成本等提高制药企业竞争力的利器。因此,就技术创新来说,一般今年的成本会低于去年的成本。其次,就产量而言,美康制药公司根据往年白山市公立医院的采购情况以及五洲科技公司给出的承诺在投标时已经可以预见到,若美康制药公司能够成功中标,则其生产的安非妥因药物的需求量至少比去年高出30%,并且极有可能高于该比例。根据规模经济理论,随着产量的增加,平均成本将不断降低。在一定的产量范围内,企业生产的固定成本变化不大,那么新增的产品就可以分担更多的固定成本,从而使总成本下降。因此,美康制药公司产量明显增大的情况下,总成本将比去年大幅下降。

总的来说,与美康公司投标价格进行比较的成本应当是美康公司今年生产安非妥因的成本,不应直接用去年的成本进行比较而得出本次投标无效的结论。且今年安非妥因的生产成本会比去年大幅降低,极有可能低于本次的投标价格,进一步证明了用去年的成本进行比较没有意义。因此,答辩人的投标价格没有低于成本。

(2) 关于中标有效

中标无效是指招标人最终作出的中标决定没有法律约束力。《招标投标法》明确规定的六种中标无效的情形,体现在《招标投标法》第五十条、第五十二条、第五十三条、第五十四条、第五十五条和第五十七条,分别规定了招标代理机构透露机密、与投标人串通;招标人透露招标信息;招标人与投标人或投标人之间串通投标;投标人弄虚作假,骗取中标的;招标人与投标人进行实质性谈判;招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人共六种中标无效的情况。

本案的案件事实经过并无任何涉及透露机密并串通、透露招投标信息、串标、骗标、招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人情况的信息,可以认为没有以上几种行为,故不会因以上几种原因造成中标无效。因此答辩人在此仅就本案是否存在招标人与投标人进行实质性谈判这一点进行讨论,只要不符合第五十五条规定的关于招标人与投标人进行实质性谈判的情形,则本次安非妥因药品采购中标没有无效情形,中标有效。

《招标投标法》第五十五条规定:“依法必须进行招标的项目,招标人违反本法规定,与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的,给予警告,对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。前款所列行为影响中标结果的,中标无效。”

首先,《招标投标法》第一条规定了本法的立法目的:“为了规范招标投标活动,保护

^[38] 王帆、侯艳红:《医疗供应链中GPO作用分析》,《中国医药工业杂志》,2016,47(5):660-665

国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益,提高经济效益,保证项目质量,制定本法。”可见,《招标投标法》的规定应当是围绕保护国家、社会利益,保护当事人合法权益;提高社会的经济效益;保证项目质量这三个总目标设定的。《招标投标法》禁止谈判行为的目的也应当是为了保护国家、社会的利益,保护招标投标人的合法权益,提高社会效益和保证项目质量。第五十五条之所以禁止招标人与投标人就投标价格、投标方案(技术规格)、主要合同条款等实质性内容进行谈判,是为了防止招标人利用一个投标人提交的投标对另一个投标人施加压力,迫其降低报价或其他方面更有利的投标,导致中标结果极不公平,损害国家、社会公共的利益、降低项目质量。实际上,会损害国家、社会利益、投标人合法权益、降低项目质量的谈判行为是私下的、秘密的、不公开的谈判。公开地就招标项目进行说明、解释的行为虽然也存在双方互动,可以认为是日常生活、商业领域的“谈判”,但绝不是《招标投标法》禁止的谈判行为。在本案中,首先,案件事实经过五中所描述的“谈判”并不是《招标投标法》禁止的谈判行为,而是一种对招标文件、招标要求的说明与解释行为。案件事实经过五无法证明五洲科技公司进行的本次谈判行为是公开的说明、解释行为还是私下秘密的谈判。实际上,五洲科技公司向美康制药公司、四海制药公司谈判时提出的降价请求完全一样,这种做法更有可能是在各方知晓的情况下进行的谈判。而这种说明、解释的行为,因被投标各方知晓、且各方知晓的程度相同,因此与招标人对招标文件、评标标准做出的补充说明在本质上并无不同。招标投标本身就是为了让各供应商充分竞争,为投标人提供更加物美价廉的产品与服务,而这正是本次五洲科技公司与美康制药公司、四海制药公司进行谈判的目的,两者并无区别。其次,五洲科技公司没有实施利用一个投标人的投标价对另一个投标人施压的行为,而仅仅是对各投标人提出了较省平台去年价格降价20%的请求。因此,答辩人进行的是对招标的说明、解释行为,案件事实五中的“谈判”不是《招标投标法》中禁止的谈判行为。

其次,虽然法律法规没有对“影响中标结果”直接定义,但在司法实务中,法院通常是根据中标人是否在中标前就已经和招标人签订合同来判断是否“影响中标结果”的。最高人民法院在江苏省第一建筑安装股份有限公司与呼和浩特市牧王房地产开发有限责任公司、内蒙古创世达商业建设有限公司建设工程施工合同纠纷一案中^[39],适用《招标投标法》第五十五条前,论证了“创世达公司与一建公司签订《建设工程施工合同》的时间早于案涉工程中标时间”的事实;最高人民法院在黑龙江化工建设有限责任公司与伊春绿城房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷一案^[40]中,适用《招标投标法》第五十五条前,也做出“该谈判促使化建公司于2010年6月24日中标并于同日签订《建筑工程施工补充协议》,影响了中标结果”的论证;最高人民法院裁判在新乡市盛鑫房地产开发有限公司与河南科兴建设有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书中^[41],适用《招标投标法》第五十五条前,仍然论证了“在招投标之前即2009年6月28日签订的《建设工程施工合同》”。因此,在裁判实务中,中标人与招标人之间在中标之前就签订了相关的合同是认定谈判行为影响中标结果的重要依据,也是适用《招标投标法》第五十五条的必要前提。

但在本案中,五洲科技公司与美康、四海公司进行的是说明、解释,并且该行为没有导致招标人与中标人在中标之前签订安非妥因药品采购合同,因此没有影响中标结果、更没有直接确定中标人。五洲科技公司的做法只是向参与安非妥因药品采购投标的两公司表达了投标人对该项目的期望。安非妥因药品采购的中标结果仍然是通过公平、公正、公开的招标方式,经评标委员会依照评标标准得出的。五洲科技公司的谈判行为并没有对本次安非妥因药品采购招标的中标结果产生任何实质上的影响。

^[39] (2014)民一终字第311号

^[40] (2015)民申字第667号

^[41] (2013)民申字第884号

实际上,美康制药公司能够成功中标,是因为其有成本、产业结构等优势。本次的中标结果美康制药公司充分利用自身优势,在合理的范围内降低投标价从而中标的。比如在成本方面,美康制药公司去年生产安非妥因的总成本为6.1875元/支,而四海制药公司去年生产安非妥因的总成本为6.5元/支,可见美康制药公司生产安非妥因的成本要远低于四海制药公司的成本,而美康公司能接受的安非妥因的最低销售价格也当然地远远低于四海制药公司。在产业结构上,美康制药公司全部药品实现销售收入为2500万元,其中安非妥因向白山市公立医院销售仅为400万元,白山市公立医院的安非妥因销售业务仅占美康制药公司全部业务的16%。而四海制药公司全部药品实现销售收入为2000万元,其中安非妥因向白山市公立医院销售为600万元,白山市公立医院的安非妥因销售业务在四海制药公司全部业务中的占比高达30%。可见,本次招投标所涉的白山市公立医院安非妥因的销售业务是四海公司的主要业务,而仅为美康制药公司的次要业务。根据两公司的业务结构来看,在白山市公立医院的安非妥因销售价格上大幅降低,对美康制药公司的影响比对四海制药公司的影响小得多,美康公司能承受更大幅度的降价。

综合以上两点可知,虽然五洲科技公司与参与投标的制药公司进行了说明、解释行为,但本次安非妥因药品招标的最终中标结果仍然是遵照招标、投标的程序,依据招标文件和评标委员会的评标结果确定的,该行为并没有影响中标结果。因此,五洲科技公司的行为不符合《招标投标法》第五十五条的适用前提,不得根据《招标投标法》第五十五条认定本次安非妥因招标中标无效。

2. 安非妥因药品采购合同没有无效事由

根据《政府采购法》第四十三条规定:“政府采购合同适用合同法的规定”,认定安非妥因药品采购合同无效须适用《合同法》关于合同无效的规定。《合同法》第五十二条规定:“有下列情形之一的,合同无效。(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”若要认定安非妥因药品采购合同无效,必须至少符合《合同法》第五十二条规定的情形之一。

但在本案中,安非妥因药品采购合同没有任何无效事由,应当认定为有效。

其一,本次安非妥因药品采购合同是在公立医院和美康制药公司双方自愿的情况下签订的,签订该采购合同是合同双方的真实意思表示,不存在任何欺诈、胁迫的行为,因此不符合合同无效的第一种情形;其二,本次安非妥因药品采购合同的签订过程无任何恶意串通的行为,不符合合同无效的第二种情形;其三,本次药品采购合同形式合法、目的合法,签订该合同是为了向白山市公立医院提供更充足、低价的安非妥因药品,积极响应公立医院试点改革的号召,没有任何非法目的,不符合合同无效的第三种情形;其四,本次安非妥因药品采购合同签订、履行后,没有损害社会公共利益,反而使民众受惠,获得了广泛的赞誉,让买药难、买药贵的问题在白山市公立医院的安非妥因药品上得到了缓解,因此不符合合同无效的第四种情形。其五,本次安非妥因药品采购合同没有合同无效的第五种情形,关于第五项的具体论述如下:

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第十四条规定,“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定。”因此并非所有违反法律和行政法规强制性规定的合同均一概无效,只有违反效力性强制性规定的合同才当然无效。根据最高人民法院司法实践,识别效力性强制性规定的标准分为两层,其一是指该强制性规定是否明确规定了违反的后果是合同无效,其二是指违反该规定后,若使合同继续有效将损害国家利益和社会利益。而《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第十六条规定:“人民法院应当综合法律法规的意旨,权衡相互冲突的权益,诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等,综合认定强制性

规定的类型”，则进一步明确了社会利益和法律法规意志在效力性强制性规定认定问题上的重要性。

在本案中，本次安非妥因药品集团采购的招标投标程序、结果均合法，没有违反法律、行政法规，因此当然没有违反法律、行政法规中的强制性规定，没有《合同法》第五十二条第五项的合同无效事由。

本次招标投标中，争议较大的行为主要涉及的法条有《招标投标法》第四十三条、第五十五条和《政府采购法》第七十一条，以上法律规定均不是效力性的强制性规定，即使违反也不会导致合同无效的后果。首先，以上三条规定均无明确规定违反的后果是合同无效。其次，即使认定本次安非妥因药品采购的招标投标违法，使安非妥因药品采购合同继续有效不仅不会损害国家和社会利益，反而能够及时、充足地为白山市公民提供优质、价低的安非妥因药物，解决市民在安非妥因药品上的买药难、买药贵的问题，大大有益于社会利益。最后，以上三条规定的立法目的为更好地规范招标投标程序，保障招标投标公开、公平、公正，其立法目的是实现招标投标的行政管理需要，更没有否认该行为在民商法上的效力。因此，以上三条规定均不是《合同法》第五十二条第（五）项规定的效力性强制性规定。即使违反《招标投标法》第四十三条、《招标投标法》第五十五条和《政府采购法》第七十一条也不会导致合同无效。

本次安非妥因药品采购合同没有无效事由，应当认定为有效。

已经成立且有效的合同经过履行所得的结果是有效的。根据案件事实五、六可知，本案所涉安非妥因药品采购合同在签订后，美康制药公司积极履行该合同，全面落实安非妥因药品采购合同。该合同的全面履行，在社会上引起了积极的反响，切实降低老百姓的用药费用，获得了广泛的赞誉。本次安非妥因药品采购结果应当认定为有效。

五、答辩人不应对被答辩人承担国家赔偿责任

（一）本案事实不符合国家赔偿责任的构成要件

国家赔偿责任构成要件是指国家承担责任的必备条件，在不具备国家赔偿责任构成要件的情况下，当事人请求国家给予赔偿的要求将得不到满足。《国家赔偿法》第二条规定“国家机关和国家机关工作人员行使职权，有本法规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的情形，造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利”，在法律层面上确认了国家赔偿责任的必备条件，即必须同时满足主体适格、损害事实的存在、行为的违法性、违法行为与损害事实之间有因果关系这四项构成要件，才可认定国家赔偿责任。本案不符合国家赔偿的构成要件，不应对被答辩人承担赔偿责任，具体论述如下：

1. 从行为要件看，答辩人没有违法行为

《国家赔偿法》第四条规定：“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：（一）违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的；（二）违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；（三）违法征收、征用财产的；（四）造成财产损害的其他违法行为。”由此可知，在财产权受侵犯的情形下，行政机关及其工作人员在行使职权时有违法行为是受害人有取得国家赔偿的权利的必要前提。若行政机关无违法行为，无论相对人财产损害与否，国家机关均有权拒绝国家赔偿。

在本案中，白山市卫生计生委的行政行为包括印发《实施方案》、《管理办法》和与其他部门共同参与成立跨部门遴选委员会。最高人民法院的江必新、梁凤云编写的《国家赔偿法教程》对《国家赔偿法》第四条规定的违法性要件进行了更为具体的阐释：国家赔偿法以及相关法律规定了几项国家完全不承担赔偿责任的行为，分别是立法行为、国家行为和司法

机关的某些判决行为;其中关于立法行为,他们认为“权力机关发布具有普遍约束力的决定、命令的行为,属于广义的立法行为,其不可能是侵权行为,不对特定人产生损害后果,国家完全不承担赔偿责任。”《实施方案》、《管理办法》是地方政府部门发布的规范性文件,是在白山市范围内具有普遍约束力的规范性文件。因此,白山市卫计委发布《实施方案》和《管理办法》的行为是广义的立法行为,立法行为不会直接对特定人产生损害后果,因此不是国家赔偿的范围。而且,白山市卫计委印发《实施方案》和《管理办法》是依据7号文和70号文的精神,深入贯彻公立医院改革,是公立医院改革试点城市结合地方实际探索创新,降低药品采购价格和白山市民众的医药费用的成功案例。白山市卫计委印发《实施方案》、《管理办法》没有违法。而由案件事实经过二可知,白山市卫计委与其他部门共同参与成立跨部门遴选委员会,是严格依照《实施方案》、《管理办法》的规定,会同卫生、财政、药品监管、医保基金管理、医院管理等部门成立遴选委员会,遴选委员会的组成符合《实施方案》和《管理办法》的规定,无任何违法行为。

综合以上两点,白山市卫计委的行政行为不符合行为违法性要件。

2. 从损害要件看,被答辩人不存在损害事实

赔偿是对损害的填补或救济,损害是赔偿的前提,没有损害则无需赔偿。损害是国家赔偿责任必备的构成要件,国家只有在因国家机关及其工作人员的职务行为受到实际损害之时,才有可能承担国家赔偿责任。江必新与梁风云在《国家赔偿法教程》中对国家赔偿责任的损害要件提出了评判标准,分别是损害的现实性和确定性、损害的特性和损害的可计算性。

在本案中,被答辩人声称遭受到的损害不符合损害的现实性和确定性与损害的特性这两个评判标准。

(1) 被答辩人所称的经济损失不具有现实性和确定性。损害的现实性与确定性,是指损害必须是已经发生的或者已经现实存在的损害,它是相对于想象中的损害或未来可能发生但又不能确定的损害而言的。^[42]而在本案中,被答辩人所谓的损失是指“本可以”在今年的公立医院安非妥因采购中获得的利润,但今年公立医院没有向被答辩人采购安非妥因药物,被答辩人因向白山市公立医院销售安非妥因药物所获得的利润根本没有发生,不存在的利益也根本不可能被损害。因此被答辩人声称遭受的损失是想象中的损害,这种损害并没有实际发生。更何况,公立医院今年是否委托药品集团采购组织向原告购买安非妥因、购买多少安非妥因、以多高的价格购买安非妥因,均为无法确定的因素。在原告关于安非妥因的收入、利润根本无法确定的情况下,据此提出的损失更是不能确定的。因此,本案中被答辩人的损失不具有现实性和确定性。

(2) 原告所称损害不具有特性。损害的特性,是指只有在损害的程度和范围以及受害人和受损害客体符合法律的特别规定时,国家才承担赔偿责任。损害的特性解决的是什么程度和范围的损害国家才承担赔偿责任的问题。^[43]国家赔偿的损害必须是特定的损害,即损害只为一个人或少数人,而非一般人所共有。而答辩人的行政行为是印发规范性文件以及会同其他部门一同遴选委员会,此两类行为的作用对象均为不特定多数人,而非仅有被答辩人。共有的损害不具有特性,不发生国家损害赔偿责任问题。

从以上两点可以看出,被答辩人不具有可进行国家赔偿的损害。

3. 从因果关系要件看,被答辩人所称的损害与答辩人的行为无因果关系

因果关系的存在是归责的基础和前提。根据《国家赔偿法教程》的分析,国家赔偿的因果关系,包括直接因果关系、相当因果关系和推定因果关系。^[44]就本案而言,(1)直接因

^[42] 江必新、梁风云:《国家赔偿法教程》,中国法制出版社,2011,第41页

^[43] 江必新、梁风云:《国家赔偿法教程》,中国法制出版社,2011,第43页

^[44] 江必新、梁风云:《国家赔偿法教程》,中国法制出版社,2011,第49页

果关系，是指作为原因的现象直接引起作为结果的现象而不存在中间现象传递的关系。^[45]导致被答辩人所谓的“损害”的直接原因是五洲药品公司受公立医院委托与美康制药公司签订采购合同，与白山市卫生计生委没有直接联系。原告所谓“损害”显然与答辩人的行为没有直接的因果关系。（2）相当因果关系是指，某一原因仅于现实情形发生某结果者，还不能断定二者间有因果关系，须按照一般的观察，在有同一条件会发生同种的结果时，该条件与该结果间才有因果关系。^[46]而在本案中，虽然没有答辩人的行为就不会有被答辩人所谓的“损失”，但答辩人的行政行为与被答辩人所谓的“损失”之间至少有两个非正常的介入因素，其一是答辩人发布的规范性文件并未限制 GPO 数量，即实质上允许有多个药品集团采购组织，但因非答辩人造成、非答辩人能控制的因素，最终仅产生一个药品集团采购组织；其二是安非妥因降价 20% 的要求同时对所有生产安非妥因的企业做出，且 20% 的降费要求相对于文件要求的 30% 已经较低的情况下，被答辩人自己不愿意降价而致无法签订采购合同。若被答辩人愿意降价，亦能签订采购合同，就无所谓“损失”一说。这两个非正常的介入因素打破了答辩人的行为与被答辩人的“损失”之间微弱的间接因果关系，因此答辩人的行为与被答辩人的“损失”之间没有相当因果关系。（3）第三种因果关系为推定因果关系，仅适用于法律有规定的情形，而本案均不符合推定因果关系的情形，因此无推定因果关系。综上，答辩人的行政行为与被答辩人所谓的“损害”没有因果关系，不应当对其承担国家赔偿责任。

（二）被答辩人提出的赔偿范围不属于国家赔偿的范围

根据《国家赔偿法》第三十六条的规定，“侵犯公民、法人和其他组织的财产权造成损害的，按照下列规定处理：……（八）对财产权造成其他损害的，按照直接损失给予赔偿。”即对财产权利的损害，我国仅对直接损失进行赔偿，不对间接损失进行赔偿。

直接损失，是指民事主体因不法行为遭受的财产利益直接减少的损失。”^[47]也就是说，我国的国家赔偿仅对现有财产或现有的财产性利益的损失进行赔偿。在本案中，被答辩人现有的财产、财产性利益没有受到侵害，不存在应当进行国家赔偿的直接损失。

被答辩人声称受到的损失是可得利益的损失。可得利益，是指获利机会被消灭所丧失的应得到而未得到的利益。^[48]在本案中，被答辩人声称受到的损害是在白山市公立医院的安非妥因药品销售市场中，可能取得利益而并没有取得的利益。这种损失是一种可得利益的损失。

间接损失是指，民事主体因不法行为遭受的可得财产利益的损失。符合以下条件的可得利益构成间接损失：①必须是当事人已经预见或应当合理预见的预期利益；②必须是未来必然能够得到的利益；③必须是直接与违法行为相关联并因之而丧失的利益。^[49]从案件事实经过中可以知道，在本案中，被答辩人提出的经济损失所基于的利益是在市场经济中不稳定、不可预期的利益，是随市场变化而变化的，不是确定的、现实的利益，或稳定、可预期的未来利益。无论答辩人、五洲科技公司是否有为本案所涉的行为，2015 年被答辩人所生产的安非妥因是否能卖给白山市的公立医院、能卖安非妥因的数量、每支安非妥因的价格的高低以及被答辩人生产的安非妥因在白山市公立医院中的市场份额均由市场支配，并未固定为确

^[45] 《北京大学法学百科全书》编委会：《.北京大学法学百科全书·民法学||商法学》，北京大学出版社，2004，第 1214 页。

^[46] 《北京大学法学百科全书》编委会：《.北京大学法学百科全书·民法学||商法学》，北京大学出版社，2004，第 1009 页。

^[47] 邹瑜，顾明总主编，高扬瑜，郑杨副总主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社，1991，第 878 页。

^[48] 《北京大学法学百科全书》编委会：《.北京大学法学百科全书·民法学||商法学》，北京大学出版社，2004，第 575 页。

^[49] 邹瑜，顾明总主编，高扬瑜，郑杨副总主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社，1991，第 797 页。

定利益，是属于未来的、不稳定、不可预期的可得利益。因此，被答辩人提出的损失不满足间接损失的条件，不是间接损失。

根据《国家赔偿法》第三十六条的规定，我国仅对直接损失进行赔偿，不赔间接损失，更不赔纯粹的可得利益。在本案中，被答辩人声称受到的损失是一种纯粹的可得利益，不是间接损失，更不是直接损失，因此不属于国家赔偿的赔偿范围。

（三）被答辩人的赔偿额计算依据不合理

被答辩人要求对其 104 万损失进行国家赔偿，其损失金额的计算所依据的价格为 7.5 元/每支，为其于 2014 年在黑石省药品集中采购平台上的中标价格；损失金额的计算所依据的销售量为 2014 年被答辩人实际销售量的 130%。须明确的是，销售量较 2014 年相比增加 30%的前提是安非妥因注射液价格先下降 20%。被答辩人一方面不想降低产品价格，一方面又希望五洲科技公司比往年多采购 30%产品，这种不切实际的想法如何可能实现？该 104 万的经济损失是过高的、虚假的损失金额，答辩人请求法院驳回被答辩人赔偿 104 万的无理请求。

六、总结

在本案中，答辩人受市政府委托发布《实施方案》和《管理办法》，明确自 2015 年 8 月 1 日起白山市公立医院采用 GPO 模式进行药品采购。答辩人的行政行为与 70 号文、7 号文的精神和要求相一致，且答辩人没有《反垄断法》第三十二条、第三十六条的行政垄断行为，其行政行为具有合法性，不应被撤销。

本次安非妥因药品采购通过招标投标确定中标企业，被答辩人没有成功中标是由管理费用高、不能满足市场的要求、投标价格高于其他投标人而导致的。本次安非妥因药品采购合同已完全履行，并在社会引起广泛好评，安非妥因药品采购结果不应认定为无效，否则不仅对中标人极不公平，还会对社会利益造成巨大损害。

而被答辩人所称的损害是不确定、不稳定的获利机会丧失产生的损失，属于可得利益，不是直接损失，不属于国家赔偿的范围，答辩人不应对被答辩人承担国家赔偿责任。

白山市通过本次 GPO 采购模式，成功降低药品价格，降低公众的医药费用，为老百姓切实解决就医贵、买药贵的问题，是医药卫生体制改革和公立医院改革中的标杆和成功案例，为进一步深化医药卫生体制改革奠定了良好的市场基础。

鉴于上述事实和法律依据，答辩人请求法庭支持我方的答辩意见，依法驳回被答辩人的所有诉讼请求。

此致
敬礼

答辩人：白山市卫生计生委
代理人：曾某某（成安律师事务所）
代理人：伍某某（成安律师事务所）

第三部分 附录

一、白山市卫生计生委授权委托书

授权委托书

委托人：白山市卫生计生委

受托人：姓名：曾某某，工作单位：成安律师事务所
职务：律师， 联系电话：188-1111-2222

姓名：伍某某，工作单位：成安律师事务所
职务：律师， 联系电话：188-3333-4444

现委托上列受委托人在白山市卫生计生委，作为白山市卫生计生委的诉讼代理人。

代理人曾某某、代理人伍某某的代理权限为：特别授权代理。包括代为应诉、答辩、代位参加诉讼开庭审理、代为调查取证、签收法律文书。

委托人：白山市卫生计生委
(签字/盖章)

二、五洲药业公司授权委托书

授权委托书

委托人：五洲药业公司

法定代表人：安先生，职务：总经理

受托人：姓名：曾某某，工作单位：成安律师事务所
职务：律师， 联系电话：188-1111-2222

姓名：伍某某，工作单位：成安律师事务所
职务：律师， 联系电话：188-3333-4444

现委托上列受委托人在白山市卫生计生委，作为白山市卫生计生委的诉讼代理人。

代理人曾某某、代理人伍某某的代理权限为：特别授权代理。包括代为应诉、答辩、代位参加诉讼开庭审理、代为调查取证、签收法律文书。

委托人：五洲药业公司 法定代表人：安先生
(签字/盖章) (签字/盖章)