

第十四届“理律杯”全国高校模拟法庭比赛

原告代理意见书

四海制药公司

呈递

第 1 号参赛队伍

2016 年 11 月 10 日

目录

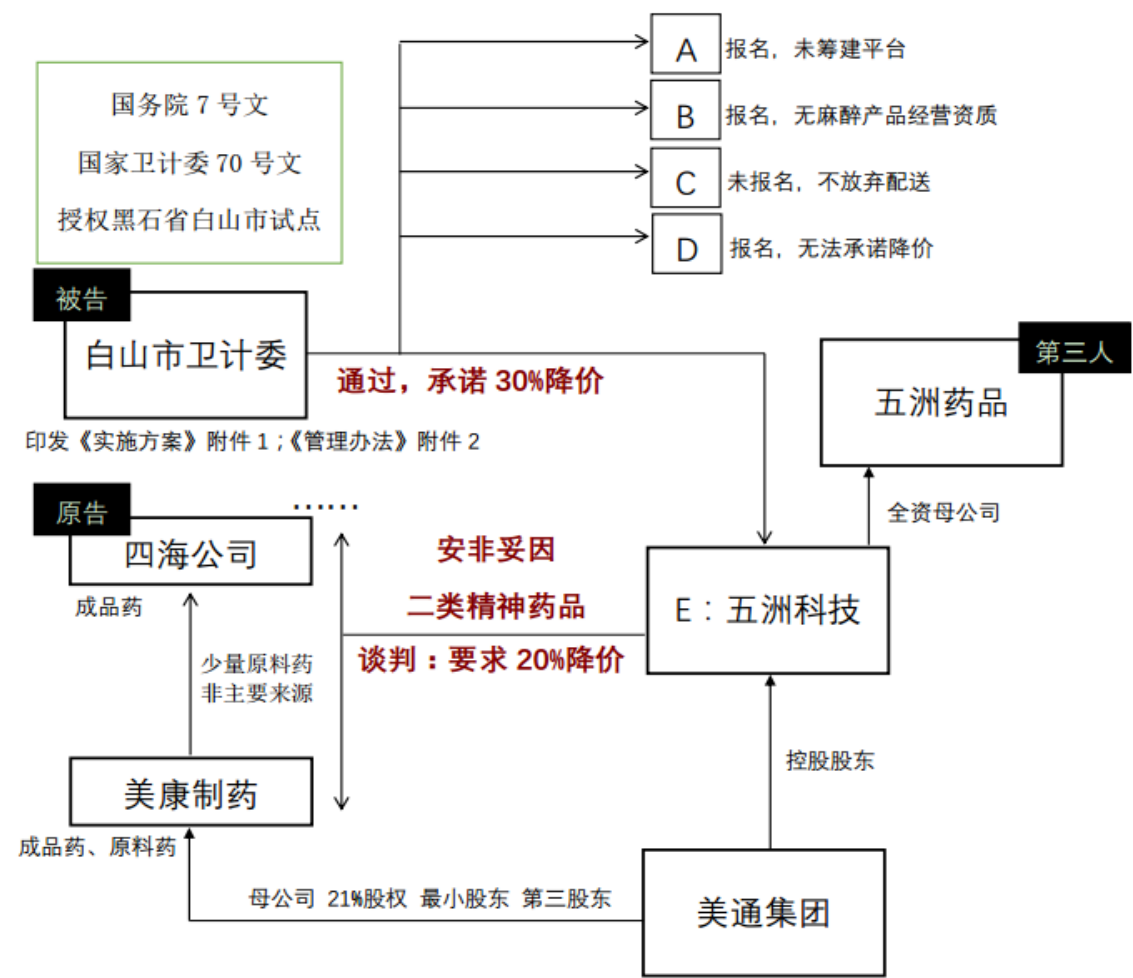
第一部分 基本事实与诉讼请求	1
一、基本事实	3
(一) 白山市公立医院集团采购改革之前	3
(二) 白山市公立医院集团采购改革内容	3
(三) 白山市公立医院集团采购改革之后	3
二、诉讼请求	5
第二部分 原告请求审查白山市卫计委制定的规范性文件	6
第三部分 【请求 I】撤销遴选行为	7
一、白山市卫计委遴选行为违反医疗机构采购相关规定，且不合理	7
(一) 白山市卫计委遴选 GPO 的行为不合法	7
1. 白山市卫计委无权遴选采购代理机构并确定其资格	7
2. 白山市不再从省平台采购而要求 GPO 建立市级药品采购平台不合法	8
3. 白山市卫计委代替公立医院确定 GPO 不合法	8
4. 遴选 GPO 的过程公立医院“零参与”不合法	8
(二) 白山市卫计委遴选 GPO 的行为不合理	8
1. 将 GPO 必须承诺卫计委规定的“降价 30%”作为遴选标准不合理	8
2. 将麻醉药品经营资质作为 GPO 的遴选标准不合理	9
二、白山市卫计委限定公立医院交易，违反《反垄断法》三十二条	9
(一) 白山市卫计委是行政垄断的适格主体	10
(二) 白山市卫计委指定了五洲科技公司这一经营者	10
(三) 白山市卫计委限定公立医院只能使用五洲科技公司提供的采购服务	10
(四) 白山市卫计委的行为属于行政权力的滥用	11
三、白山市卫计委强制五洲科技，违反《反垄断法》三十六条	11
(一) 白山市卫计委要求五洲科技公司降费 30%的目标具有强制的效果	11
1. 承诺达到降费 30%的目标是卫计委认可作为集团采购组织之资格的条件	11
2. 集团采购组织如果没有达到要求会受到处罚	12
(二) 五洲科技公司滥用市场支配地位，以不公平的低价购买商品	12
1. 五洲科技公司在相关市场中占有支配地位	12
2. 五洲科技公司滥用市场支配地位，以不公平的低价购买商品	13
(三) 卫计委强制五洲科技公司达到降费 30%的要求滥用了行政权力	14
第四部分 【请求 II】确认美康中标无效	15
一、美康公司掠夺性定价排挤其它供应商，中标无效	15
(一) 五洲科技公司采购安非妥因适用《政府采购法》	15
1. 采购人为各级国家机关、事业单位和团体组织	15
2. 采购资金是财政性资金	15
3. 采购项目是集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的项目	16
4. 采购对象是货物、服务和工程：安非妥因即为采购的货物	16
5. 采购行为是要式行为	16
(二) 美康公司进行掠夺性定价，排挤其他供应商	16

1. 原告认为，美康公司在白山市公立医院安非妥因供应市场具有市场支配地位.....	17
2. 美康公司以低于成本的价格销售安非妥因.....	17
3. 美康公司没有正当理由.....	17
4. 美康公司的行为严重损害市场竞争.....	18
二、美康公司与五洲科技公司恶意串通，中标无效.....	18
（一）美康公司与五洲科技公司恶意串通.....	18
1. 主观上，美康公司和五洲科技公司是为了牟取共同的不正当利益.....	18
2. 客观上，美康公司和五洲科技公司的合同损害到了四海公司的利益.....	19
三、美康公司与五洲科技公司恶意串通，公立医院采购合同无效.....	19
（一）美康公司与公立医院的采购合同适用《合同法》.....	19
（二）美康公司和五洲科技公司恶意串通公立医院采购安非妥因的合同无效.....	19
（三）公立医院采购安非妥因的合同违反法律强制性规定，采购合同无效.....	20
1. 美康公司违反了《反垄断法》第六条.....	20
2. 《反垄断法》第六条属于效力性强制性规定.....	20
四、美康公司是否作为第三人不影响本案的进行.....	20
第五部分 【请求 III】重新遴选 GPO.....	21
一、根据《政府采购法》，应该重新组织招标.....	21
二、应该由白山市公立医院来重选 GPO.....	21
第六部分 【请求 IV】国家赔偿.....	21
一、四海公司被排挤出市场的损失为 104 万.....	21
二、白山市卫计委应该进行行政赔偿.....	21
（一）白山市卫计委是行政机关.....	21
（二）白山市卫计委遴选 GPO 的具体行政行为有瑕疵.....	21
（三）四海公司有直接损失 104 万.....	21
附录 法律适用.....	23

第一部分 基本事实与诉讼请求

尊敬的审判长，审判员：

原告为了便于您在阅读时提高效率，将本案的案情梳理如下：



图一：主体关系图



图二：案件事实发展图

一、基本事实

（一）白山市公立医院集团采购改革之前

2014 年，安非妥因在省级药品集中采购平台上的中标价格为 7.5 元/每支，中标企业为四海公司和美康公司。据测算，2014 年四海公司生产的安非妥因注射液占白山市公立医院采购市场份额约 60%，美康公司所占市场份额为 40%。

2014 年，四海公司生产的安非妥因产品向白山市公立医院销售 600 万元，税前利润为 80 万元，利润率为 13.3%。全部药品实现销售收入 2000 万元，税前利润为 700 万元。美康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，利润率为 17.5%。全部药品（不含原料药）实现销售收入 2500 万元，利润 900 万元。

2015 年 1 月，五洲科技有限公司成立，其全资子公司五洲药品公司同时成立。五洲科技的控股股东为美通公司。美通公司持有美康公司 21%的股权，是第三大股东也是最小的股东。进而，建立了一条“五洲药品公司→五洲科技有限公司→美通公司←美康公司”的资金链条，四家企业之间存在利害关系，美通公司成为这条资金链的“中心枢纽”。

（二）白山市公立医院集团采购改革内容

2015 年 7 月，白山市卫生计生委印发《白山市公立医院实行药品集团采购试点的实施方案》，规定了：

1. 总体目标是药品集团采购方式采购药品的总费用，要比上一年度在省级药品采购平台采购同等数量品规的药品总费用下降 30%以上。

2. 2015 年 8 月 1 日起，白山市公立医院试点实施药品集团采购的模式，《集团采购目录》内的药品不再从省级药品集中采购平台采购，而是由通过遴选产生的第三方药品集团（下文简称 GP0）按照带量、限价采购模式进行集中采购。

3. 其他事项。

白山市卫生计生委同时印发了《白山市药品集团采购组织管理办法》，规定了集团采购组织应当具备的条件、遴选程序、职责、资格消灭等事项。其中规定，GP0 必须承诺达到卫计委规定的公立医院采购费用降费 30%的目标。

而公立医院只参加了《集团采购目录》的编制，遴选委员会全部由政府部门组成，公立医院在整个 GP0 的遴选过程中“零参与”，只能在遴选结束并经由卫计委确认后才能进行委托。

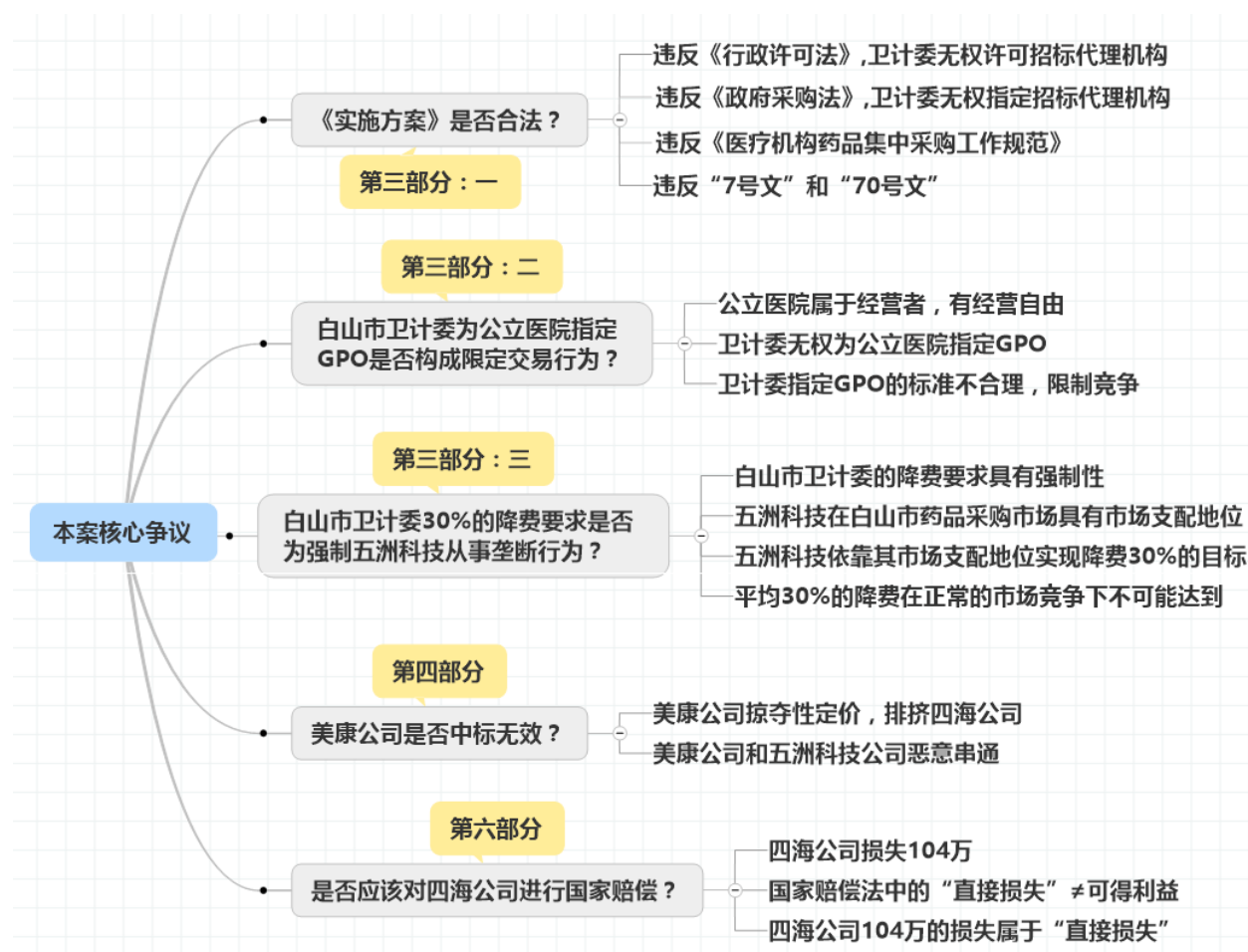
（三）白山市公立医院集团采购改革之后

2015 年 7 月后，A、B、D、E 四家药品经营企业参与 GP0 遴选，C 企业由于不愿意放弃药品配送业务不参与遴选。A、B、D 企业没有达到《白山市药品集团采购组织管理办法》中对于 GP0 规定的条件。最终 E 企业五洲科技有限公司被确定为 GP0。

2015 年 8 月后，作为美康公司关联公司的五洲科技有限公司同四海公司、美康公司就安非妥因的价格进行招标谈判。为完成降费 30%的目标，在谈判中五洲科技公司明确要求四海公司、美康公司对其生产的安非妥因注射液降价 20%，采购量则比上年度实际采购量增加 30%。四海公司认为价格不合理，谈判未果，四海公司的安非妥因注射液未能进入最终的采购药品名录。而美康公司同意降价 20%，以低于成本价格中标。

目前，美康公司占据了白山市公立医院采购安非妥因的 100%的市场份额，四海公司在白山市公立医院采购安非妥因的市场份额由 60%降为 0%，市场竞争秩序受到严重扰乱，经济损失巨大。

为便于审判长、审判员阅读诉状，原告对本案争议问题作了以下梳理：



图三：核心争议图

二、 诉讼请求

1. 判定被告的行为违反《反垄断法》第三十二条、第三十六条的规定，撤销此次药品集团采购组织（即 GPO）的遴选结果；
2. 判定此次药品集团采购安非妥因药品的最终结果无效；
3. 按照合法、公开、公平、公正的方式，根据《政府采购法》重新选定药品集团组织，恢复白山市公立医院药品采购市场竞争秩序。
4. 对安非妥因注射液被排除在白山市公立医院市场给本公司带来的经济损失人民币 104 万元进行国家赔偿。

第二部分 原告请求审查白山市卫计委制定的规范性文件

《中华人民共和国行政诉讼法》第五十三条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法，在对行政行为提起诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查。”为了贯彻落实《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，下文简称“7号文”）以及国家卫生计生委发布的《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》（国卫药政发〔2015〕70号，下文简称“70号文”），本案被告白山市卫计委制定《白山市公立医院实行药品集团采购试点的实施方案》（以下称为“《实施方案》”）和《白山市药品集团采购组织管理办法》（以下称为“《GPO 管理办法》”），作为卫计委遴选并确认 GPO 的行为的依据。这两个文件中所规定的遴选标准、遴选程序等均存在不合法不合理之处，这决定了遴选行为的不合法不合理，具体将在第三部分一并论述。

除此之外，《实施方案》关于《集团采购目录》的规定也是不合法的。《实施方案》规定“《集团采购目录》应覆盖全市公立医院采购金额排名前 80%的药品，以及常用低价药、妇儿专科药、急救抢救药、市场短缺药品，并明确每一种药品的通用名、剂型、规格，该目录每年调整一次”，但是根据“70号文”，常用低价药、急救抢救药属于公立医院直接挂网采购药品，即医院需要自行去网络平台上购买，不得通过采购代理机构进行招标采购。故白山市把常用低价药、妇儿专科药、急救抢救药纳入《集团采购目录》是不符合“70号文”的规定的。

因此，原告请求法院依职权审查白山市卫计委制定的《实施方案》和《GPO 管理办法》中关于遴选程序、遴选标准以及《集团采购目录》的规定。

第三部分 【请求 I】撤销遴选行为

白山市卫计委的遴选及确认五洲科技公司为 GPO 的行为违反了医疗机构药品采购相关工作规范，构成了《反垄断法》三十二条、三十六条规定的行政性垄断行为，如果不撤销该行政行为将可能导致社会公共利益进一步受损，应依据《行政诉讼法》第七十条之规定，“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……（四）超越职权的；（五）滥用职权的；（六）明显不当的”，撤销白山市卫计委的遴选及确认五洲科技公司作为 GPO 的行为。

一、白山市卫计委遴选行为违反医疗机构采购相关规定，且不合理

为了贯彻落实国务院发布的“7 号文”以及“70 号文”，白山市卫生计生委印发《实施方案》以及《GPO 管理办法》，试点开展以药品集中采购组织统筹本市全体公立医院集中采购药品的新模式。

本案所涉及到的药品集中采购组织并不完全是新事物，《中华人民共和国政府采购法》、《中华人民共和国政府采购法实施条例》等法律法规中对此已经有相关规定，白山市卫计委的试点改革应该在合法的轨道上进行。依据法律法规以及相关政策，我方认为白山市卫计委根据其自行制定的两份文件进行的遴选行为不合法且不合理。

（一）白山市卫计委遴选 GPO 的行为不合法

1. 白山市卫计委无权遴选采购代理机构并确定其资格

《GPO 管理办法》第二条规定：“本办法所称集团采购组织，是指依法设立，能独立承担相应法律责任的药品经营企业，经市卫生行政部门组织市公立医院集团采购组织遴选委员会遴选确认，并受我市公立医院委托，开展药品集团采购供应第三方组织。”根据“70 号文”规定以及事实，白山市卫计委遴选出来的 GPO 主要以招标方式进行采购，属于《政府采购法》和《政府采购法实施条例》中规定的“采购代理机构”¹，也属于 2000 年卫生部、国家计委、国家经贸委、国家药品监督管理局、国家中医药局发布的《医疗机构药品集中招标采购试点工作若干规定》中的“药品招标代理机构”²。在 2010 年之前，药品招标代理机构的资格认定属于行政审批项目，2010 年国务院发布《国务院关于第五批取消和下放管理层级行政审批项目的决定》（国发〔2010〕21 号），“药品招标代理机构资格认定”被列为取消的行政审批项目。在国家食品药品监督管理局、卫生部紧接着发布的《关于取消药品招标代理机构资格认定的通知》中，规定了药品的集中采购工作由“有关部门”继续负责，这说明了公立医院的代理招标服务重新成为一项一般性禁止的事项。

由此，白山市卫计委以若干标准组织遴选并确认集团采购组织的行为应定性为行政许可。根据《中华人民共和国行政许可法》的规定，行政许可应当由法律、行政法规以及国务院的命令来设立，白山市卫计委并没有设立该许可的权力。因此，白山市卫计委遴选集团采购组织并确定其资格的行为违反了《行政许可法》。

1 《中华人民共和国政府采购法》第十四条：“政府采购当事人是指在政府采购活动中享有权利和承担义务的各类主体，包括采购人、供应商和采购代理机构等。”《中华人民共和国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”，“集中采购机构以外的采购代理机构，是从事采购代理业务的社会中介机构”。

2 《医疗机构药品集中招标采购试点工作若干规定》之五：“药品招标代理机构是依法设立、从事药品集中采购代理业务并提供相关服务的社会中介组织”，“药品招标代理机构资格认定的管理办法，由国家药监局会同卫生部另行制定”。

2. 白山市不再从省平台采购而要求 GPO 建立市级药品采购平台不合法

《医疗机构药品集中采购工作规范》（卫规财发[2010]64 号）第三十条规定，“医疗机构必须通过政府建立的非营利性药品集中采购平台采购药品。”“7 号文”规定，“医院使用的所有药品（不含中药饮片）均应通过省级药品集中采购平台采购”，“在公立医院改革试点城市，允许以市为单位在省级药品集中采购平台上自行采购”。而白山市在推进医药卫生体制改革时强调不再从省级平台上采购，而是自行建立一个新的市级平台，在遴选 GPO 时也将企业是否具备运营新的市级平台的能力作为一项标准。尽管“7 号文”要求各试点城市结合地方实际，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，但无论是“7 号文”，还是“70 号文”都再三重申各地要坚持以省（区、市）为单位的网上药品集中采购方向，实行一个平台、上下联动、公开透明、分类采购。白山市卫计委自行建立新的市级平台取代省级平台，是与“7 号文”和“70 号文”相悖的。

3. 白山市卫计委代替公立医院确定 GPO 不合法

《政府采购法》第十九条规定：“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。”但是根据《GPO 管理办法》的规定，GPO 的产生需要经过两道程序。一是遴选资质审查，由遴选委员会对参与遴选单位提交的申报材料进行资质审查。二是遴选及结果确认，最终的集团采购组织由卫生行政部门确定。由此可见，白山市公立医院采购代理机构由卫计委指定。这是违反《政府采购法》的规定的。

4. 遴选 GPO 的过程公立医院“零参与”不合法

“7 号文”明确表示，“鼓励地方结合实际探索创新，进一步提高医院在药品采购中的参与度”。白山市的《实施方案》中也规定：“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。”然而，遴选 GPO 的过程中全程只有卫计委和行政部门作为遴选者参与，而且最终决定 GPO 的权力也掌握在卫计委手中，公立医院作为真正的采购人，其主体性得不到丝毫体现。这是违反“7 号文”精神和白山市卫计委自己发布的《实施方案》的。

（二）白山市卫计委遴选 GPO 的行为不合理

1. 将 GPO 必须承诺卫计委规定的“降价 30%”作为遴选标准不合理

公立医院从药品供货商手中采购药品，本质上是一种市场主体间的交易行为。根据国务院“7 号文”的总体精神，“进一步深化医药卫生体制改革需要发挥市场在资源配置中的决定性作用和政府的宏观调控作用，从而有效降低药品的虚高价格”。《中华人民共和国价格法》第 3 条中同时规定：“国家实行并逐步完善宏观经济调控下主要由市场形成价格的机制”。可见，药品采购应该由市场起决定性作用，政府的作用应限于宏观的调控。

然而，白山市的《实施方案》规定，“试点期内，集团采购的药品总费用，比 2014 年在黑石省药品电子交易平台（省平台）上采购同等数量品规的药品总费用下降 30%以上。”《GPO 管理办法》中进一步阐述为，遴选出的 GPO 必须“承诺达到市卫生行政部门规定的公立医院药品采购费用控制的目标要求”。这表明白山市卫计委直接给药品采购领域提出了降价金额要求，违背了市场规律，与“市场发挥决定性作用”的要求背道而驰。

现实中，白山市卫计委降价 30%的要求不仅难以实现，更可能产生负面影响。

纵观国务院出台“7 号文”和“70 号文”后各地的实践，上海市作为全国首个试行 GPO 模式的试点城市，第一期药品的总体降价幅度仅为 20.8%，而且此降价幅度是通过市场运作达成而不是由政府预先设定。³而湖北省虽然没有采用 GPO 模式，但其全省药品集中采购坚持在不预先设定限价、不确定竞争组和评审分组的“双盲”状态下，由药品生产企业自我评

3 搜狐公众平台：上海第一批 GPO 药品降价 20.8%，<http://mt.sohu.com/20160804/n462607527.shtml>，最后访问时间 2016 年 10 月 25 日。

估、自主报价，确定投标药品市场价格，倒逼药品生产企业自我降价的模式。竞争之下，湖北省投标药品现交易价格整体降幅达 10.64%。⁴因此，白山市卫计委预先设定降费幅度不但违背市场规律，而且这一要求本身几乎不可能实现。

即便实现 30% 的药品价格降幅，却因为打破企业作为市场参与者的生产成本底线，可能导致整个药品市场的长期利益受损。以安徽省实践为例，政府想要尽可能的压低价格，却忽略了企业作为市场参与者的生产成本底线。安徽省从 2010 年开始推进医药领域改革，改革伊始反响强烈，大多数药品纷纷降价。但由政府压低药品价格，有的药品中标价低于成本，一部分企业被迫停产，而另一部分企业则以次充好降低成本，比如把原材料中的“核桃仁”换成“杏仁”，降低药品疗效，甚至危害患者健康。四川蜀中制药的“毒胶囊”事件便是其中的典型。⁵

因此，白山市卫计委将 GPO 必须承诺“控制公立医院采购同等数量品规的药品总费用下降 30% 以上”作为遴选标准是不合理的，是一种忽视市场基础性地位，过分强调政府控制，未考虑药品市场整体长远利益的行为。

2. 将麻醉药品经营资质作为 GPO 的遴选标准不合理

《中华人民共和国药品管理法》第 35 条规定，国家对麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品，实行特殊管理，管理办法由国务院制定。《医疗结构药品药品集中采购工作规范》第 49 条规定，国家实行特殊管理的麻醉药品和第一类精神药品不纳入药品集中采购目录，即不适用集中采购方式。《GPO 管理办法》第六条第三项也规定，GPO 应当“具备及时采购和供应《集团采购目录》内所有药品的能力”。由是，麻醉药品不能也不会通过 GPO 进行采购。

然而，B 企业作为白山市大型药品企业报名参加 GPO 遴选，却因其不具备麻醉药品经营资质而没有通过资格审查。也就是说 **GPO 并不采购麻醉药品，但却将是否具备麻醉药品经营资质确定为 GPO 的标准之一**。这一标准的设定并没有合理的依据，反而提高了成为 GPO 的门槛，把具有竞争力的企业 B 排除在外。

二、白山市卫计委限定公立医院交易，违反《反垄断法》三十二条

《中华人民共和国反垄断法》第 32 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。”构成本条规定的行政强制限制竞争行为必须满足以下几个条件：

第一，主体必须属于行政机关或法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。根据全国人大法工委经济法室的解释，这里的行政机关是指依照我国宪法的规定，既包括中央人民政府（国务院）和地方各级人民政府，也包括中央和地方各级人民政府所属的行政部门⁶。

第二，行政机关或符合条件的组织指定的是经营者。《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。”不论其行为是否具有营利性，也不管其行为责任主体是否具有相应的营业资格和是否取得合法

4 郭习松：《药品采购新规今起执行》，《湖北日报》2016 年 9 月 1 日，第 7 页。

5 网易新闻：《药价虚低比虚高危害更大》，<http://news.163.com/13/1224/08/9GRLJKBQ0001124J.html> 最后访问时间：2016 年 10 月 23 日。蜀中制药曾有“普药大王”之称号，然而在“毒胶囊”事件之前，该企业就曾出过丑闻，2011 年，国家药监局对蜀中制药进行了突击飞行检查（即针对生产企业的突击现场检查），发现其在某两种中成药的生产中有违法行为，主要在投料环节存在相关原料、辅料涉及虚假投料行为，存在采用非法的替代物质进行生产，用苹果皮代替苹果酸虚假投料等行为。

6 孙炜：《关于中国反垄断法中行政垄断规制对象问题探讨——以日本的规制经验为参考》，载《经济体制改革》2010 年第 5 期，第 164 页。

的营业执照，或者是否按规定办理了相关登记手续，只要行为主体实施了法定限制和禁止的不正当竞争或者垄断行为，我们就应该认定其违反了我国《反垄断法》规定。⁷

第三，行政机关或符合条件的组织限定或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，排除、限制了竞争。“限定或变相限定”的方式很多，如强行要求、设置服务障碍、拒绝行政许可、胁迫、推荐等，其本质含义与强制或变相强制交易、强制服务是一样的。⁸这里的限定或者变相限定通常具有一定强制性，是拥有行政权力的行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织指定经营者，损害广大消费者的利益，损害非指定经营者的公平竞争的权利。⁹

第四，行政机关或符合条件的组织滥用行政权力。确认是否滥用行政权力首先审查该行为是否法律或者政策的依据¹⁰，其次政府权力的行使是否符合政府的理性目标、运行程序及运行规范¹¹。滥用行政权力一般表现为三个方面：（1）排除，即在一定交易领域里，使某些商事主体的经营活动难以继续进行，包括现实的排除和有发生排除后果的可能。（2）支配，指对商事主体加以制约，直接或间接地剥夺该商事主体在经营活动中自主做出决定的权利。

（3）妨碍，即公平竞争的妨碍，指存在着给公平竞争秩序带来不良影响的危险性，而不必是已经发生了结果。¹²

下面，原告将要论证白山市卫计委限定公立医院只能选择五洲科技公司的代理服务，构成了《反垄断法》三十二条所禁止的限定交易行为。

（一）白山市卫计委是行政垄断的适格主体

一般地方行政机关包括地方各级人民政府及其工作部门。民族自治地方行政机关是指自治区、自治州、自治县、民族乡的人民政府及其工作部门。¹³白山市卫计委是地方政府的组成部门，是行政机关，构成行政垄断的适格主体。

（二）白山市卫计委指定了五洲科技公司这一经营者

五洲科技公司作为白山市 5 家大型药品生产企业之一，是从事商品生产、经营或者提供服务的法人，当然属于《反垄断法》所规制的经营者。如前文所述（第 7 页），白山市卫计委利用行政许可，指定了五洲科技公司作为 GPO。

（三）白山市卫计委限定公立医院只能使用五洲科技公司提供的采购服务

2015 年 7 月，白山市卫生计生委印发《实施方案》以及《GPO 管理办法》，明确从 2015 年 8 月 1 日起全市公立医院试点实施药品集团采购的模式，《集团采购目录》内的药品不再从省级药品集中采购平台采购，而是由通过遴选产生的第三方药品集团，按照带量、限价采购模式进行集中采购。据此，白山市公立医院只能购买、使用卫计委指定的第三方药品集团提供的药品采购服务的结果，而没有选择其他采购代理机构的自由，因此采购代理商之间

7 邹津宁、陈艳：《我国竞争法中“经营者”概念探析》，载《学术界》2011 年第 6 期，第 154 页。

8 吴振国：《〈中华人民共和国反垄断法〉解读》，人民法院出版社 2007 版，第 206 页。

9 全国人大法制工作委员会经济法室编著：《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 2007 年版，第 212 页。

10 全国人大法制工作委员会经济法室编著：《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 2007 年版，第 39 页。

11 曹康泰主编：《中华人民共和国反垄断法解读：理念、制度、机制、措施》，中国法制出版社 2007 年版，第 155 页。

12 王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，载《中国社会科学院研究生院学报》，1998 年第 5 期，第 49 页。

13 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社和高等教育出版社 2007 年版，第 122-123 页。

的竞争也就受到了限制。

（四）白山市卫计委的行为属于行政权力的滥用

由上文所述（第 7-9 页），白山市卫计委的遴选行为具有诸多不合理及不合法之处。

固然，白山市作为国务院首批确立的公立医院的改革试点城市，根据“7号文”和70号文，有权利进行改革与试点。但是，此种改革必须在法律和政策轨道内进行，不能构成对法律、政策及其精神的公然违反。原告不否认遴选药品集中采购组织（GPO）可以是白山市作为国务院首批确立的公立医院的改革试点城市的改革试点的一种可以考虑的形式，但是从白山市卫计委规定《实施方案》以及《GPO管理办法》对药品集中采购组织（GPO）做出的具体要求和遴选规定来看，其不但没有法律政策的依据，反而构成了对《政府采购法》、《医疗结构药品药品集中采购工作规范》以及为深化医药卫生体制改革而印发的“7号文”和70号文的违反。这种行为既不合法也不合理，属于行政违法。

三、 白山市卫计委强制五洲科技，违反《反垄断法》三十六条

我国《反垄断法》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。”《反垄断法》第三十六条禁止的是行政强制限制竞争行为。除了主体必须属于行政机关或法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织以外，构成本条规定的行政强制限制竞争行为还必须满足三个条件：

第一，行政机关或符合条件的组织的行为具有强制的效果。这种强制的效果可能通过发布规范性的文件达成，也可能通过直接的行政命令达成¹⁴，还有可能通过间接的方式达成¹⁵。除此之外，行政机关利用行政指导、行政影响力等非直接命令的方式介入经济生活，具有潜在的强制性，也应当认定为具有强制的效果。¹⁶

第二，经营者在行政机关或符合条件的组织的强制下从事了《反垄断法》所规定的垄断行为。具有排除、限制竞争的效果是行政性垄断行为的客观要件¹⁷，这一效果在本条文中具体化规定为经营者从事《反垄断法》规定的垄断行为。具体包括垄断协议、滥用市场支配地位以及符合一定条件的经营者集中的行为。

第三，行政机关或符合条件的组织的上述行为滥用了行政权力。滥用行政权力的要件在上文已经说明，此处不赘（第 9-10 页）。

下面，我方将依据上述三个构成要件论证白山市卫计委强行要求五洲科技公司达成公立医院采购药品总体降费 30%的目标构成了《反垄断法》三十六条所禁止的行政强制限制竞争行为。

（一）白山市卫计委要求五洲科技公司降费 30%的目标具有强制的效果

1. 承诺达到降费 30%的目标是卫计委认可作为集团采购组织之资格的条件

如前文所说（第 7 页），白山市卫计委遴选集团采购组织属于违法设定的行政许可，这项许可中除了审查企业的相关证书和经营资格以外，还额外规定了本来应该由市场决定的内容——价格费用。在白山市卫计委发布的《实施方案》中规定：“集团采购组织应承诺：试点期内集团采购的药品总费用，比 2014 年在省平台上采购同等数量品规的药品总费用下降

14 全国人大法制工作委员会经济法室：《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 2007 年版本，第 223 页。

15 时建中：《反垄断法——法典释评和学理探源》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 368 页。

16 孙炜：《关于中国反垄断法中行政垄断的规制对象的问题探究——以日本的规制经验为参考》，载《经济体制改革》，2010 年第 5 期，第 163-165 页。

17 王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，《中国社会科学院研究生院学报》，1998 年第 5 期，第 49 页。

30%以上。”同时在其制定的《GPO 管理办法》中第六条规定：“集团采购组织应当符合下列条件：……（五）承诺达到市卫生行政部门规定的公立医院药品采购费用控制的目标的要求。”由此，白山市的企业如果要取得集团采购组织的资格进而与白山市公立医院签订委托合同，必须要作出集团采购的费用比 2014 年降低 30%的承诺。根据事实，与五洲科技公司竞争的同样经过资质审查的 D 企业就是因为没有做出达到降费要求的承诺而被排除。对申请人附条件地进行许可在事实上形成了强制性的效果，经营者为了取得集团采购组织的资格不得不做出大幅降费的承诺。

2. 集团采购组织如果没有达到要求会受到处罚

《GPO 管理办法》第十四条规定：“集团采购组织发生下列行为之一的，由市卫生行政部门取消其集团采购组织资格，两年内不得参与我市集团采购组织遴选：……（四）未达到公立医院药品采购费用成本控制和降幅比例目标要求的”。由此可见，如果五洲科技公司在采购药品的过程中没能达到降费 30%的采购费用成本控制要求，那么其集团采购组织资格会被取消，而且两年内都不可能再次成为集团采购组织，这就意味着其筹建采购平台、进行招标采购工作等所花费的资金都成为了企业成本，在这样的压力之下，五洲科技公司不得不按照卫计委的强制性降费要求进行谈判议价。

（二）五洲科技公司滥用市场支配地位，以不公平的低价购买商品

1. 五洲科技公司在相关市场中占有支配地位

（1）五洲科技公司的相关市场是白山市《集团采购目录》上的药品构成的多个相关市场

相关市场指的是经营者在一定时期内就特定的商品或服务进行竞争的商品范围和地域范围。界定相关市场包括界定相关产品市场、相关地域市场以及相关时间市场。¹⁸

相关产品市场的界定。《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》提供了以需求替代分析法为主的相关产品市场界定方法，需求者对不同商品功能用途的需求、质量的认可、价格的接受和获取的难易程度因素替代程度越高，越有可能属于同一相关市场。五洲科技公司负责全市公立医院药品《集团采购目录》中全部药品的采购工作，而《集团采购目录》是由医院药学、临床医学等专家组成的专家委员会在开展合理用药大数据分析、系统性评价的基础上结合用药实际编制而成的。专家委员会对于药品的用途、质量、价格等都有充足的经验，因此，属于同一相关产品市场的药品却被《集团采购目录》分开采取不同的方式采购的情形发生可能性极小。因此，《集团采购目录》中的所有药品可以被界分为若干个相关市场，而在其中每一个相关市场中，五洲科技公司都作为白山市所有公立医院的集团采购组织参与竞争。特别地，安非妥因市场应该单独构成一个相关市场。安非妥因注射液是抗惊厥、缓解术前紧张焦虑的二类精神药品，而且属于注射类药品，必须在医师的指导下使用，与其它药品可替代性低，应独立构成一个相关市场。

相关地域市场的界定。五洲科技公司的相关地域市场应该界定在白山市。根据“7 号文”，药品采购坚持以省（区、市）为单位的网上药品集中采购方向，实行一个平台采购，招采合一、量价挂钩。由此，黑石省除了白山市以外的其他公立医院（如果没有其它改革城市）都是集中到省平台上去采购，而且由于实行量价挂钩的制度，黑石省的集中采购机构在进行招标时各公立医院的采购数量已经大体确定。因此，在五洲科技公司进行白山市公立医院的药品采购时，经营者的竞争范围相对限制于白山市。综上，五洲科技公司采购药品的相关地域市场应界定在白山市。

相关时间市场的界定。由于一般药品的生产经营没有明显的时间性（如较长的生产周期、季节性、流行时尚性等），因而界定时间市场的意义不大。

¹⁸ 时建中：《反垄断法——法典释评和学理探源》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 133 页。

(2) 五洲科技公司在相关市场中具有市场支配地位

《反垄断法》第十七条第二款规定：“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。”第十八条规定，经营者的市场支配地位，应依据该经营者在相关市场中的市场份额、相关市场的竞争状况、经营者控制销售市场的能力、该经营者的财力条件等因素综合认定。市场支配地位在美国反托拉斯法中使用“垄断力”(monopoly)的概念或“市场支配力”(market power)指企业在特定的相关市场上具有**控制价格或排除竞争的能力**。¹⁹

我国《医疗机构药品集中采购工作规范》第三条的规定，“县级及县级以上人民政府、国有企业(含国有控股公司)等举办的非营利性医疗机构必须参加医疗机构药品集中采购工作。鼓励其他医疗机构参加药品集中采购活动”，因此白山市内的非公立医院也可以把采购工作委托给五洲科技公司。政策对药品降费做出的硬性规定，以及五洲科技公司超大的药品采购量带来的议价上的优势，必定吸引大量非公立医院把采购工作集中委托给五洲科技公司。不难看出，**相关政策的支持实质上使得五洲科技公司能够把与其它经营者之间的竞争关系转化成合作关系，进而排除了竞争**。这正是市场支配地位的本质属性。

而且，我国《反垄断法》第十九条规定，当一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一，即可以推定经营者具有市场支配地位。白山市是我国国务院首批确定的公立医院试点改革城市，其公立医院的发展地位在白山市尤为显著。在白山市《集团采购目录》上的药品构成的各个药品市场中，五洲科技公司作为全市公立医院的采购代理机构，必然在白山市药品采购市场占据了主要的市场份额。由此应推定五洲科技公司在相关市场中具有市场支配地位。

2. 五洲科技公司滥用市场支配地位，以不公平的低价购买商品

滥用市场支配地位的行为的本质应为拥有市场支配地位的企业滥用市场支配力，并在一定的交易领域实质性地限制竞争，违背公共利益的行为。²⁰《反垄断法》第十七条第一款第一项中规定的滥用市场支配地位行为包括“不公平的低价购买商品”。以不公平的低价购买商品不仅损害了交易相对人的利益，还限制了交易向对方的相关市场内的竞争。

关于如何界定何种程度的低价为“不公平”，我国的法律没有进一步的解释。具体的界定方法可以求诸域外经验。德国《反对限制竞争法》第 19 条第 4 款第 2 项规定，如果占市场支配地位的企业作为某种商品或者服务的供货商或者买方，提出在有效竞争条件下不可能有的报酬或者其他交易条件，这就是一种滥用市场支配地位的行为。²¹**这个规定给我们提供了一个标准，低价是否公平，应该与有效竞争条件下产生的价格进行比对进而得出结论**。在此标准之下，欧洲法院和德国法院均发展出两个界定方法，空间比较法和时间比较法，对本案具有重要的指导意义。前者指的是通过将占有市场支配地位企业的产品或服务的价格与其它地区或者国家同类产品或服务的价格进行比较。后者则是指通过比较不同时期产品或服务价格的变化，进而确定一个商品的价格是否公平。²²

除了改革试点城市以外，黑石省全省公立医院均通过省级平台上的集中采购机构采购，集中采购机构通过量价结合、以量带价的方式招标采购药品，其中标价格是公平有效的竞争下的产物。按照白山市卫计委所制定的目标，五洲科技公司集团采购的药品总费用比 2014 年黑石省电子交易平台上采购同等数量品规的药品总费用下降 30%。由是，按照上文所述的

19 吴振国：《〈中华人民共和国反垄断法〉解读》，人民法院出版社 2007 年版，第 285 页。

20 吴振国：《〈中华人民共和国反垄断法〉解读》，人民法院出版社 2007 年版，第 306 页。

21 吴振国：《〈中华人民共和国反垄断法〉解读》，人民法院出版社 2007 年版，第 314 页。

22 时建中：《反垄断法——法典释评和学理探源》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 210 页。

空间比较法和时间比价法，五洲科技公司采购药品的平均价格要比有效竞争得出的价格低 30% 以上。一个明显的后果是，本来在市场竞争情况下白山市药品市场的利润率在 35.5% 左右，经过大幅压价之后平均利润率低至 7%。在 30% 的降费总要求下，即便个别药品可能出现价格合理的情形，但这也是以其它药品更大程度的不公平为代价的。在这一要求下五洲科技公司的行为必然构成以不公平的低价购买药品。

特别地，在安非妥因注射液市场上，五洲科技公司提出 20% 的降价要求，把 2014 年 7.5 元/支的价格压到 6 元/支。根据计算，投标的两家企业四海公司的安非妥因注射液成本价为 6.5 元，美康公司成本价为 6.1875 元。因此五洲科技公司所要求的价格已经低于两者的成本价，而最终还是以 6 元/支的价格与美康公司达成交易。这无疑构成了以不公平的低价购买商品。

（三）卫计委强制五洲科技公司达到降费 30% 的要求滥用了行政权力

正如上文所述（第 7 页），卫计委的行为属于附加条件的行政许可，然而，早在 2010 年我国国家食品药品监督管理局、卫生部已经取消了药品招标代理机构资格的认定，并且明确规定招标代理机构已经取得“药品招标代理机构资格证”的，期满后自动作废。由此可知，国家已经取消了药品招标代理机构的认可。根据《行政许可法》的规定，行政许可应当由法律、行政法规以及国务院的命令来许可，白山市卫计委并没有设立该许可的权力。而且根据《行政许可法》第三十八条之规定：“申请人的申请符合法定条件、标准的，行政机关应当依法做出准予行政许可的书面决定”，行政许可的条件应当法定，白山市卫计委通过自行添加条件使其获得强制性的效果，构成行政权力的滥用。除此之外，卫计委强制性的价格费要求违背了“7 号文”以市场起决定性作用等方面的要求，均显示白山市卫计委行政权力的滥用，此处不再赘述。

第四部分 【请求 II】确认美康中标无效

原告认为此次五洲科技有限公司进行采购安非妥因的过程中：

1. 美康公司构成《政府采购法》七十七条第一款第（二）项、第（三）项规定的“以不正当手段排挤其它供应商”、“与采购代理人恶意串通”，其中标结果无效；

2. 美康公司构成《中华人民共和国合同法》五十二条第一款第（二）项，第（五）项规定的“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”、“违反法律、法规的强制性规定”，其与公立医院之间的采购合同无效。

一、 美康公司掠夺性定价排挤其它供应商，中标无效

《政府采购法》第七十七条第一款第（二）项规定：“采取不正当手段诋毁、排挤其他供应商的”，第二款规定：“供应商有前款第（一）至（五）项情形之一的，中标、成交无效”。不正当手段应该以法律为判断基准，没有法律规定的基础而对他人的利益造成损害的手段属于不正当的手段。原告认为，五洲科技公司招标采购安非妥因可以适用《政府采购法》，且美康公司的行为构成了以不正当手段排挤其他供应商，应认定中标结果无效。

（一）五洲科技公司采购安非妥因适用《政府采购法》

《政府采购法》第二条第二款规定：“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以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。”由此可见，政府采购的构成要件包括采购人、采购资金、采购项目、采购对象、采购形式²³，分述如下：

1. 采购人为各级国家机关、事业单位和团体组织

公立医院是指纳入政府财政预算管理的医院，这在许多规范性文件都有所体现，如《国务院办公厅关于城市公立医院综合改革试点的指导意见》第（五）点提到：“合理界定政府作为出资人的举办监督职责和公立医院作为事业单位的自主运营管理权限。”因此公立医院进行药品集中采购时为采购人。公立医院委托五洲科技公司进行药品集中采购工作，五洲科技公司属于《政府采购法实施条例》第十二条规定的“采购代理机构”，并且是“集中采购机构以外的采购代理机构”，是“从事采购代理业务的社会中介机构”。²⁴

2. 采购资金是财政性资金

公立医院不仅仅纳入政府财政预算管理，并且，根据《公立医院补助资金管理暂行办法》第二条，“中央财政通过专项转移支付方式安排，用于支持公立医院改革和发展方面的资金”，其资金得到政府的补助。尽管“药品集中采购的资金来源除社保资金外，还有部分商业保险资金及患者自己负担的费用，并非全部财政资金”²⁵，但只要使用了财政性资金，就符合此要件。医药改革之前，公立医院收入的来源主要有收费的医疗服务项目、药品收入和国家财

23 孟晔：《公共采购法律导论》，中国经济出版社 2013 年版，第 31-38 页。

24 《政府采购法实施条例》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。

集中采购机构是设区的市级以上人民政府依法设立的非营利事业法人，是代理集中采购项目的执行机构。集中采购机构应当根据采购人委托制定集中采购项目的实施方案，明确采购规程，组织政府采购活动，不得将集中采购项目转委托。集中采购机构以外的采购代理机构，是从事采购代理业务的社会中介机构。”

25 王莹：《药品集中采购是否适用〈政府采购法〉的相关思考》，载《中国政府采购》，2016 年第 1 期，第 40 页。

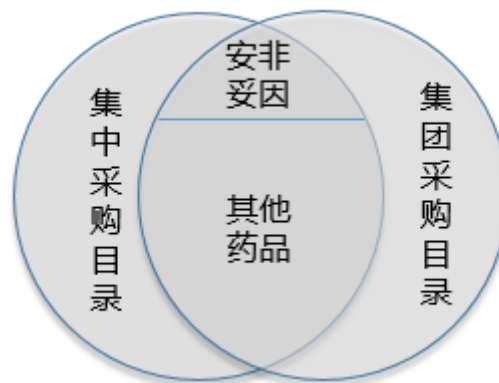
政补助。公立医院是非营利性的,在纳入了政府财政预算管理后,还需要进行财政预算编制,有学者也提出,在公立医院中“如果收入大于支出,医院会把剩余收益上交给政府机关,如果收入小于支出,医院需要从财政、医保及日常经营性收入上获得补偿,从而实现收支平衡”²⁶。

3. 采购项目是集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的项目

《医疗机构药品集中采购工作规范》第四十九条规定“国家实行特殊管理的麻醉药品和第一类精神药品不纳入药品集中采购目录。第二类精神药品、医疗放射药品、医疗毒性药品、原料药、中药材和中药饮片等药品可不纳入药品集中采购目录。”“医疗机构使用上述药品以外的其他药品必须全部纳入集中采购目录。”由此可见,医疗机构采购的药品属于集中采购目录。

需要探讨的问题是本案中白山市的“集团采购目录”和上面提到的“集中采购目录”的区别。《政府采购法》第七条第二款规定“……属于地方预算的政府采购项目,其集中采购目录由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。”白山市属于“授权的机构”,所以“集团采购目录”其实就是“集中采购目录”。

即使认为“集团采购目录”与“集中采购目录”不同,但白山市的“集团采购目录”覆盖了“全市公立医院采购金额排名前 80%的药品……”,也即集团采购目录和集中采购目录而言有可能是交叉的关系(如图)。从安非妥因药品来看,因为 2014 年美康公司和四海公司都在省级平台上中了标,所以安非妥因必然在黑石省集中采购管理机构负责编制的本行政区域内医疗机构药品集中采购目录中。²⁷



图四：集中采购目录与集团采购目录关系图

4. 采购对象是货物、服务和工程：安非妥因即为采购的货物

5. 采购行为是要式行为

根据《GPO 管理办法》第六条第一款第(三)项,集团采购组织的职能之一是合同管理,并且美康公司安非妥因在白山市公立医院的采购量占到了 100%,所以美康公司和白山市公立医院是签订了采购安非妥因的合同。

(二) 美康公司进行掠夺性定价,排挤其他供应商

根据《反垄断法》十七条第一款第(二)项“没有正当理由,以低于成本的价格销售商品”,一般称之为“掠夺性定价”,其构成要件为:经营者有市场支配地位、没有正当理由、

²⁶ 徐彪、顾海:《公立医院收入结构调整》能缓解看病贵吗?——基于预算平衡下的医疗费用控制,载《经济与管理研究》,2012 年第 9 期,第 42 页。

²⁷ 《医疗机构药品集中采购工作规范》第四十八条。

以低于成本的价格销售商品、对市场竞争造成损害。原告认为，美康公司的行为构成了本条规定的掠夺性定价。

1. 原告认为，美康公司在白山市公立医院安非妥因供应市场具有市场支配地位

药品的替代需求性较小，供给方面没有相关技术和资质也难以生产相关药品，因此，原告将相关市场界定为白山市公立医院安非妥因的采购市场。

根据《反垄断法》第十七条第二款的规定，“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。”第十八条规定“认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：

（一）该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；（二）该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；（三）该经营者的财力和技术条件；（四）其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；（五）其他经营者进入相关市场的难易程度；（六）与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。”

（1）美康公司 2014 年生产的安非妥因在白山市公立医院采购市场份额为 40%，在白山市公立医院安非妥因药品采购市场只有美康公司和四海公司，形成了寡头垄断。

（2）美康公司相比较于四海公司更能够控制原材料采购市场，因为美康公司有安非妥因原料药的生产能力，而四海公司没有，并且四海公司曾向美康公司购买过少量生产安非妥因的原料药。

（3）四海公司是一家大型药品研发生产企业，但是在财力和技术条件上美康公司更具优势。财力方面，美康公司全部药品实现销售收入 2500 万元，而四海公司只有 2000 万元，并且利润率为 36%（900/2500）高于四海公司 35%（700/2000）的利润率；同时美通公司是美康公司的母公司，美通公司是业内知名的医药类大型综合性集团公司，旗下十几家公司覆盖了医药研发、生产、经营和流通等各个环节，因此美康公司的财力优于四海公司。技术方面，美康公司借着美通公司的研发能力也强于四海公司：四海公司占据的市场份额高，但是美康公司安非妥因的利润率更高，表明其控制成本的技术条件更成熟。（当然不排除有原料药的影响因素，美康公司安非妥因利润率为 $70/400=17.5\%$ ，四海公司安非妥因利润率为 $80/600=13.3\%$ ）

（4）四海公司在一定程度上依赖美康公司的安非妥因原料药的提供。

（5）白山市公立医院安非妥因采购市场上现在只有美康公司和四海公司两家企业，形成寡头垄断的局面，其他经营者进入安非妥因的供应市场，需要有相应的生产资质，需要有原料药的来源，更需要有媲美或者是超过业界知名的美通公司的技术水平才能达到控制成本的目的，而这些条件很难达到。

综上，美康公司在白山市公立医院安非妥因采购市场具有市场支配地位。

2. 美康公司以低于成本的价格销售安非妥因

成本包括固定成本、可变成本、平均可变成本、边际成本、总成本，**本要件的成本指的是生产安非妥因的总成本**，前已提及（第 3 页），美康公司安非妥因利润率为 17.5%，四海公司为 13.3%，都低于在五洲科技公司谈判中确定的 20% 的降价幅度，所以美康公司是在以低于成本的价格销售安非妥因。

3. 美康公司没有正当理由

《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条第二款规定的正当理由包括：“（一）销售鲜活商品；（二）处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；（三）季节性降价；（四）因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。”但是，美康公司没有反不正当竞争法第十七条第二款规定的正当理由。

而且，即使是为了达到白山市 30% 的降价目标，美康公司在安非妥因也不用减价 20%。如果要降价 30%，美康公司的全部药品收入为 $2500 \times 0.7 = 1750$ （万元），成本假定不变，还是

1600（万元），此时利润率为 $(1750-1600)/1750=8.57\%$ ，只要美康公司全部药品的利润率平均都降到 8.57% 即可，即安非妥因降价幅度为 $17.5\%-8.57\%=8.93\%$ ，甚至 $10\%-15\%$ 都可以， 20% 远远超过四海公司的利润率 13.3% 。并且从美康公司的角度来看，四海公司是绝对不会同意 20% 的降价幅度，而美康公司以低于成本价中标，就将四海公司排除出了白山市公立医院安非妥因的供应市场。

所以美康公司没有正当理由以低于成本的价格销售安非妥因。

4. 美康公司的行为严重损害市场竞争

第一，美康公司通过在安非妥因注射液上降价 20% 中标，获得 100% 的市场份额，排挤四海，损害市场竞争。

第二，依据“70号文”的规定“试点城市成交价格明显低于省级中标价格的，省级中标价格应按试点城市成交价格进行调整”。我国司法解释将“明显低于”的标准一般定为 30% ，比如合同法司法解释二第十九条第二款“转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价……”，但也规定了要综合考虑其他相关因素²⁸。本案中，美康公司同意降价 20% ，很可能导致黑石省安非妥因中标价格大幅下调，严重限制了安非妥因供应市场的竞争。

综上，美康公司违反了《反垄断法》十七条第一款第（二）项，以不合理的低价销售安非妥因，排挤四海公司，符合《政府采购法》第七十七条第一款第（二）项的规定，即“供应商采取不正当手段诋毁、排挤其他供应商的”，中标、成交无效。

二、 美康公司与五洲科技公司恶意串通，中标无效

《政府采购法》第七十七条第一款第（三）项规定：“与采购人、其他供应商或者采购代理机构恶意串通的”，第二款规定：“供应商有前款第（一）至（五）项情形之一的，中标、成交无效”。安非妥因供应商美康公司和采购代理机构五洲科技公司恶意串通，非法勾结，谋取其共同利益，损害四海公司的利益，因而应认定中标无效。

（一）美康公司与五洲科技公司恶意串通

关于恶意串通，《政府采购法实施条例》第七十四条第（七）项规定：“有下列情形之一的，属于恶意串通，对供应商依照《政府采购法》第七十七条第一款的规定追究法律责任，对采购人、采购代理机构及其工作人员依照《政府采购法》第七十二条的规定追究法律责任：

（七）供应商与采购人或者采购代理机构之间、供应商相互之间，为谋求特定供应商中标、成交或者排斥其他供应商的其他串通行为。”根据此兜底性条款，恶意串通应解释为“为了谋求特定供应商中标或排斥其他供应商的串通行为”。

参照民法理论中对于恶意串通合同的认定，一般认为，恶意串通的构成要件有主观因素和客观因素：“主观因素为恶意串通，即当事人具有共同目的，希望通过合同行为损害第三人的利益。它可以表现为当事人事先达成协议，也可以是一方当事人做出意思表示，对方当事人明知其目的非法而用默示的方式接受。它可以是当事人相互配合，也可以是共同作为。客观因素为合同损害第三人利益。”²⁹在本案中，美康公司与五洲科技公司基于共同的目的，牟取不正当的利益，同时损害了第三人的利益。

1. 主观上，美康公司和五洲科技公司是共同牟取不正当利益

（1）美康公司和五洲科技公司有关联关系。《中华人民共和国公司法》第二百一十七条规定：“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接

28 合同法司法解释二第十九条第一款：“……结合其他相关因素综合考虑予以确认”。

29 王轶：《论合同行为的一般生效条件》，《法律适用》2012年版第7期，第26页。

或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。”美康公司是美通公司的子公司，美通公司同时是五洲科技公司的控股股东，因此，美康公司与五洲科技公司之间具有关联关系，两者之间的信息可以通过美通公司进行交流。

(2) 四海公司曾经向美康公司购买过安非妥因，美康公司会知道四海公司的利润率更低，因为美康公司的成本中不包含购买安非妥因的原料药，而四海公司必须向他人购买原料药，所以四海公司的成本更高。

(3) 前述已及(第 17 页)，美康公司为了五洲科技公司需要完成的 30% 的降价目标，不需要在安非妥因降价 20% (远超过四海公司安非妥因利润率 13.3%)，从博弈论的角度，理性的商人四海公司是不会接受这个价格，如果美康公司自己降价了 20%，那么就可以达到 100% 的市场份额，之后就会控制市场，通过不合理的涨价来弥补自己的损失。掠夺性定价获得垄断地位再通过市场支配地位涨价获得补贴是垄断企业的常用做法，比如实践中饿了么和美团两家互联网平台的价格之战后，在获得了外卖订单平台的支配地位后，减轻对商家的补贴力度，提高价格，外卖的价格由原来的每单亏损 7 元左右到现在增加佣金，提高价格到 20 元左右。³⁰

(4) 依据《政府采购法》第十二条：“在政府采购活动中，采购人员及相关人员与供应商有利害关系的，必须回避。供应商认为采购人员及相关人员与其他供应商有利害关系的，可以申请其回避。”可见，在采购过程中，作为与美康公司有关联关系的五洲科技公司与美康公司有利害关系，即这里所称的“相关人员”，应该回避，法条的目的就是为了防止结果的不公正，但是显然，本案五洲科技公司并没有回避。

2. 客观上，美康公司和五洲科技公司的合同损害到了四海公司的利益

美康公司以降价 20% 的幅度中标安非妥因，没有正当理由，排挤四海公司，损害了四海公司的利益。最终美康公司达到了 100% 的市场份额，而四海公司变成 0% 的市场份额，很明显损害到了四海公司的利益。

实务中，法院对于恶意串通的认定，也是“全面分析订立合同时的具体情况、合同约定内容以及合同的履行情况，在此基础上加以综合判定。”³¹

综上，原告认为，美康公司与五洲科技公司恶意串通，损害了四海公司的利益，违反了《政府采购法》第七十七条第一款第(三)项，中标应认定为无效。

三、 美康公司与五洲科技公司恶意串通，公立医院采购合同无效

《合同法》第五十二条第一款规定：“有下列情形之一的，合同无效：……(二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益。”原告认为，美康公司和五洲科技公司恶意串通，公立医院安非妥因采购合同无效。

(一) 美康公司与公立医院的采购合同适用《合同法》

政府采购法四十三条第一款规定“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定”，所以本案美康公司与公立医院之间的采购合同适用合同法。

(二) 美康公司和五洲科技公司恶意串通公立医院采购安非妥因的合同无效

30 新浪科技：外卖 O2O 普遍涨价佣金上涨竞价排名 线上比先下高三成，<http://tech.sina.com.cn/i/2016-10-31/doc-iffxfysn8257114.shtml>，访问时间：2016 年 11 月 4 日。

31 参见最高人民法院对“陈全、皮治勇诉重庆碧波房地产开发有限公司、夏昌均、重庆奥康置业有限公司合同纠纷案”做出的“(2009)民申字第 1760 号”裁定。

前已论述（第 18-19 页），美康公司与五洲科技公司恶意串通。五洲科技公司是公立医院的采购代理机构，根据代理的原理，除非被代理人对某种情况知情而指示不知情的代理人为某种行为，是否恶意等行为应该根据代理人的意思表示来进行判断。³²原告认为，五洲科技公司与美康公司恶意串通，因此公立医院采购美康公司的安非妥因的合同无效。

（三）公立医院采购安非妥因的合同违反法律强制性规定，采购合同无效

合同法第五十二条第一款规定：“有下列情形之一的，合同无效……（五）违反法律、行政法规强制性规定的”。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。”

原告认为，美康公司订立本合同是通过掠夺性定价的方式排挤竞争对手，违反了《反垄断法》第六条的规定，且《反垄断法》第六条属于效力性强制性规定，应认定公立医院与美康公司间采购安非妥因的合同无效。

1. 美康公司违反了《反垄断法》第六条

《反垄断法》第六条规定：“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。”上文已述，美康公司的行为构成了《反垄断法》第十七条第一款第（二）项规定的掠夺性定价行为，属滥用市场支配地位，违反了《反垄断法》第六条。

2. 《反垄断法》第六条属于效力性强制性规定

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 16 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。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。”

《反垄断法》第六条属于禁止性规定，其所保护的法益是市场竞争秩序以及相关社会公共利益。另外，无论是从反垄断法执法力度还是从法律责任来看，对滥用市场支配地位行为的管制力度都非常强。因此，应该认定《反垄断法》第六条是效力性强制性规定。而且，美康公司滥用市场支配地位从事掠夺性定价，破坏了白山市公立医院安非妥因药品竞争秩序，进而波及黑石省安非妥因市场，损害广大患者的利益。

综上，原告认为，公立医院采购美康公司的安非妥因的合同违反了效力性强制性规定，应认定为无效。

四、美康公司是否作为第三人不影响本案的进行

行政诉讼法第二十九条第一款规定：“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。”美康公司可以自己选择申请参加诉讼，法院也应当通知其参加诉讼，但是是否参加是其自身的权利，不影响案件的审理。同时行政诉讼法第二十九条第二款也规定了“人民法院判决第三人承担义务或者减损第三人权益的，第三人有权依法提起上诉。”不影响美康公司提起上诉的权利。因此美康公司是否作为第三人不影响案件的审理。

32 李永军：《民法总论》，法律出版社 2006 版，694 页。

第五部分 【请求 III】重新遴选 GP0

一、 根据《政府采购法》，应该重新组织招标

《政府采购法》第 37 条规定：“废标后，除采购任务取消情形外，应当重新组织招标；需要采取其他方式采购的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门或者政府有关部门批准。”公立医院对于药品的需求是刚性需求，不可能取消采购任务，所以应当重新组织招标。

二、 应该由白山市公立医院来重选 GP0

如前所述（第 7-9 页），白山市卫计委遴选 GP0 的标准不合理不合法，卫计委无权遴选采购代理机构并确定其资格，应提高公立医院在遴选过程中实质参与度，由公立医院选择采购代理机构（GP0），确定被委托人。

第六部分 【请求 IV】国家赔偿

一、 四海公司被排挤出市场的损失为 104 万

四海公司 2014 年的利润为 80 万元，如前所述，白山市卫计委降价 30% 的目标以及五洲科技公司谈判要求降价 20% 都是不合理不合法的，但是相较于 2014 年，2015 年安非妥因的实际采购量会增加 30% 的，所以四海公司的损失为单位利润乘销售量，即 $80 * (1 + 30\%) = 104$ 万。

二、 白山市卫计委应该进行行政赔偿

《中华人民共和国国家赔偿法》第二条第一款规定“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。”第三十六条：“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：……对财产权造成其他损害的，按照直接损失给予赔偿。”根据法律规定，国家赔偿包括行政赔偿和司法赔偿，构成行政赔偿需要满足的要件为：主体是行政机关；行政机关有瑕疵行为；有直接损失。

（一）白山市卫计委是行政机关

前述已及，卫计委是行政机关，此处不赘（第三部分）。

（二）白山市卫计委遴选 GP0 的具体行政行为有瑕疵

白山市卫计委遴选 GP0 是具体行政行为，并且前已证明（第三部分），其遴选 GP0 不合法不合理。

（三）四海公司有直接损失 104 万

《国家赔偿法》第三十六条第（八）项规定的“直接损失”是否包括可得利益，在法律规定、司法实践中、学理上均表现出肯定的态度。

《国家赔偿法》第三十六条第（八）项“其他直接损失”作为兜底性条款，表明前七项

所规定的损失皆属于“直接损失”，其中包括第（七）项规定的罚款、罚金、没收款等款项的银行同期存款利息。利息是典型的可得利益，这一规定表明可得利益可以纳入“直接损失”的范畴进而请求国家赔偿。这一倾向在司法实践中也有所表现。“四川省眉山县东坡食品厂诉眉山市东坡区计划经济贸易局行政赔偿”³³案中，二审四川省高级人民法院认为已经出租房屋的可得租金属于直接损失。

在学理上，很多学者也认为“直接损失”的范围应该有所扩张。有学者将“直接损失”扩张解释为结果经济损失，其赔偿范围包括过去理论通说中的直接损失和间接损失³⁴；有学者将“必然可得利益、财产贬值贬损、救济权益费用等合理损失纳入直接损失的赔偿范围”，并且提出判断直接损失的标准有：客观存在；利益的必然性；赔偿的公平性；赔偿的效果应该如同损失未发生一样。³⁵；还有学者提出要确立“正常情况下必然损失标准”和引入“直接因果关系说”³⁶。而且举轻以明重，民事关系中的赔偿包括可得利益，在法无明文规定不可为的公法领域，没有理由在国家赔偿中对行政机关“网开一面”。

综上《国家赔偿法》第三十六条规定的“直接损失”的理解不应局限于民法中的既得利益，还应该包括部分可得利益。而判断可得利益是否属于“直接损失”关键应该在于行为与损害结果之间的直接因果性。

原告认为，正是因为卫计委忽视市场规律，滥用行政权力的行政许可行为，直接导致了四海公司本身的损失。首先，白山市卫计委滥用行政权力是四海公司产生损失的条件之一。卫计委滥用行政权力，遴选 GPO 时强制 GPO 承诺 30% 的降价，不遵循市场规律，产生排挤四海公司的效果，造成四海公司的损失。其次，五洲科技公司谈判降价 20% 没有阻断因果关系。如果换做其他公司担任 GPO 并进行谈判，为了实现 30% 的降价，也必然会要求四海公司降低安非妥因价格。四海公司在安非妥因产品生产中利润微薄，即使按照《实施方案》和《GPO 管理办法》更换 GPO，四海公司还是难以接受过大幅度的降价。即依据白山市卫计委的标准遴选 GPO，四海公司被排挤白山市公立医院安非妥因的供应市场是必然发生的。

综上，原告认为卫计委应该对安非妥因注射液被排除在白山市公立医院市场给四海公司带来的经济损失人民币 104 万进行行政赔偿。

此致
XX 人民法院

胜成安律师事务所
2016 年 11 月 12 日

33 案号：四川省高级人民法院[2004]川行终字第 48 号。

34 杨江涛：《对国家赔偿法中直接损失的理解》，《人民司法》，2015 年第 21 期，第 100 页。

35 陈希国：《国家赔偿法中直接损失的法律解释》，《人民司法：应用》，2016 年第 13 期，第 98 页。

36 王华伟：《国家赔偿财产损失直接与间接损失辨别及完善——暨确立“正常情况下必然损失标准”和引入“直接因果关系说”》，《山东行政学院学报》，2012 年第 5 期，第 96-99 页。

附录 法律适用

法律名称	施行时间	效力级别
《中华人民共和国行政诉讼法》（2014 修正）	1990.10.01	法律
《中华人民共和国行政许可法》	2004.07.01	法律
《中华人民共和国反垄断法》	2008.08.01	法律
《中华人民共和国政府采购法》（2014 修正）	2003.01.01	法律
《中华人民共和国价格法》	1998.05.01	法律
《中华人民共和国药品管理法》（2015 修正）	2001.12.01	法律
《中华人民共和国合同法》	1999.10.01	法律
《中华人民共和国反不正当竞争法》	1993.12.01	法律
《中华人民共和国公司法》（2013 修正）	2006.01.01	法律
《中华人民共和国国家赔偿法》（2012 修正）	1995.01.01	法律
《中华人民共和国政府采购法实施条例》	2015.03.01	行政法规
《国务院关于第五批取消和下放管理层级行政审批项目的决定》	2010.07.04	国务院规范性文件
《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》	2015.02.09	国务院规范性文件
《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》	2015.06.11	部门规范性文件
《国家食品药品监督管理局、卫生部关于取消药品招标代理机构资格认定的通知》	2010. 08. 27	部门规范性文件
《公立医院补助资金管理暂行办法》	2016	部门规范性文件
《卫生部、国务院纠风办、发展改革委等关于印发医疗机构药品集中采购工作规范的通知》	2010. 07. 07	部门规范性文件
《卫生部、国家计委、国家经贸委、国家药品监督管理局、国家中医药局关于印发医疗机构药品集中招标采购试点工作若干规定的通知》	2000. 07. 07	部门规范性文件