

论政府采购领域中行政垄断的反垄断法规制 ——从五个典型案例出发

本文为财政部国库司主办 中国政府采购杂志社承办的“深化政府采购制度改革有奖征文活动”一等奖文章。

作者李胜利系安徽大学法学院暨经济法制研究中心教授，文章将发表在《中国政府采购》杂志 2020 年第 6 期。

引言

行政垄断或行政性垄断，即行政主体利用行政权力排除、限制竞争的行为，是学界通用的一个概念。不过为了避免不必要的争论，《反垄断法》以及其他一些重要的中央文件中均使用了“滥用行政权力排除、限制竞争”这一略显冗长的短语。行政垄断源于行政权力的滥用，有政府权威为之背书，具有强制执行力，作为接受行政管理的相对方难以抗衡甚至根本无从反抗，这些都是经营者垄断所无法比拟的。因此，一旦发生行政垄断，其对市场竞争的扭曲是直接而严重的，根本不可能依靠市场力量自行纠偏。故学界普遍认为行政垄断的危害性还在经营者垄断之上。

政府采购领域中行政垄断的发生几乎是不可避免的。在我国，由于历史上存在较长时期的计划经济体制，以及改革开放以后市场化改革仍然是政府主导，从中央到地方各级政府均负有资源配置或引导资源配置、促进经济发展的主要职责，从而形成了国家（政府）主导经济发展模式，导致国家权力或行政权力在经济领域中的存在是全方位的。政府采购是政府履行其职能的一个组成部分，加上政府采购本身就负有一系列非经济或非竞争性的政策目标，行政机关为实现这些政策目标而采取的措施有可能产生对于市场竞争的限制。因此政府采购领域中行政垄断的发生不仅可能性较大，而且其违法性的判断有时也较为困难。

从我国过往实践来看，政府采购领域中行政垄断的表现具有较多形式表现，有关的法律规定也分布在《招标投标法》《政府采购法》《反不正当竞争法》《反垄断法》等多部法律法规之中，立法内容不同，实施也不同，至少可以分为竞争法（反垄断法）对于政府采购领域中行政垄断的规制和政府采购法（包括招标投标法）对于该行为的规制两大类。由于篇幅所限，本文拟从五个典型案例出发，对《反垄断法》规制政府采购领域中行政垄断的有关问题进行讨论，《政府采购法》等对于行政垄断的治理有待另文阐述。

一、《反垄断法》在政府采购领域适用的五个典型案例

在过去的 11 年里，我国《反垄断法》的实施有了重要进展，针对行政垄断出现了上百起执法及司法案例，当然，其中属于政府采购领域者不算太多。以本文之见，就政府采购领域中的行政垄断案件，以下五起案件较具代表性。

（一）A 省 B 市卫生和计划生育委员会药品采购行政垄断案。

2015 年 3 月，B 市卫计委等 6 部门印发《B 市公立医疗卫生机构药品耗材设备集中采购实施办法（暂行）》，成立 B 市公立医疗卫生机构药品、耗材及设备集中采购工作办公室（以下简称采购办）和全市公立医疗机构采购联合体（以下简称采购联合体）。其中，采购办设在 B 市卫计委；采购联合体由全市 94 家公立医疗机构组成。B 市卫计委在 2015 年 4-5 月分三次组织发布公告，进行药品集中采购。其中，第一次公告中，不仅确定了 30 种药品的品种、规格和剂型，还直接确定了生产企业，排除和限制了同种药品不同生产企业之间的竞争；第二次和第三次公告中，对本地和外地经营者的规模要求相差巨大，并明确规定外地和本地同样数量的经营者中标，保护本地相关经营者的意图明显。该做法排除了外地潜在投标者，不利于促进相关市场充分竞争，控制药品虚高价格。

国家发改委认为，B 市卫计委在药品集中采购中，履行了有关管理和监督指导职责，也直接参与了相关工作。其政策及做法违反了《反垄断法》相关规定，排除和限制了相关市场竞争。为促进药品集中采购中的公平竞争，2015 年 8 月 17 日国家发改委办公厅发文建议 A 省人民政府办公厅责令 B 市卫计委切实采取措施，纠正违反《反垄断法》的有关行为；并对本省药品集中采购中是否还存在其他违反《反垄断法》排除限制竞争行为，从总体上予以清理和规范，并将整改情况于 2015 年 8 月 31 日致函国家发改委。

（二）C 市公安局公安交通管理局在交通违章罚款管理中涉嫌行政垄断案。

C 市交管局是全市道路交通安全的主管机关，负有包括“依法纠正处罚各类交通违法行为”在内的行政职责。1995 年 10 月公安部等联合印发《关于改革交通违章罚款交纳办法的通知》，决定对交通违章行为人需要实行罚款处罚的，在全国地级以上城市实行由银行代收罚款的制度。据此 C 市公安局发文指定工商银行作为“唯一”的交通违章罚款缴纳平台；1999 年 4 月，C 市公安局又下发文件进一步限定通过工行牡丹交通卡办理缴纳交通违章罚款。2018 年初国家市监总

局根据举报查明：第一，该局在 1995 年作出的确定工行 C 分行作为交通违章罚款唯一代收银行的行政决定符合当时的情况，具有一定合理性。但是在 2000 年《招标投标法》和 2008 年《反垄断法》相继实施后，该局未依法进行调整；第二，C 市交管局规定自 1995 年起，C 市驾驶人在本地发生的交通违章，必须到工行网点交纳罚款。而外地驾驶人在本地发生的现场违章，可以到工行、建行等 11 家银行的全国任意网点交纳罚款；第三，C 市交管局自 2015 年起不再强制将牡丹交通卡作为驾驶人信息卡使用，驾驶人可自愿选择继续保留该卡作为普通信用卡使用，或者到工行销户不再保留。但该文件未对社会公示，也未进行必要的相关宣传和说明。

综合以上三个方面情况，国家市监总局认为，C 市交管局此举排除、限制了各家银行参与交通违章罚款代收业务的市场竞争。此后，C 市交管局认识到相关做法与《反垄断法》规定不符，承诺尽快调整相关工作方式方法，并提出三项具体整改措施：一是不再强制驾驶人使用牡丹交通卡，持续加大对其他各类缴款渠道和方式的宣传力度，提示驾驶人合理选择交纳方式。二是积极推进对现有多媒体自助终端机进行升级改造，力争实现支持其他银行卡办理罚款交纳业务。三是积极拓展代收银行。

(三) D 省 E 市人力资源和社会保障局指定农民工工资专用账户银行行政垄断案。

2017 年 5 月，E 市人社局在 E 市政务公开网上发布《关于在工程建设领域实行农民工工资与工程款分账管理的公告》，规定从 2017 年 5 月 10 日起，为预防和解决拖欠或克扣农民工工资问题，维护农民工的合法权益，在全市工程建设领域实行农民工工资与工程款分账管理，要求“施工企业在指定的中国银行、中国工商银行、中国建设银行开设农民工工资专用账户。” 2018 年 8 月 D 省发改委对此进行调查，认为上述行为构成滥用行政权力，排除、限制竞争行为。

经 D 省发改委提出整改建议后，E 市人社局认识到上述做法与《反垄断法》的相关规定不符，及时更改了公告中的有关内容，并于 2018 年 8 月向省发改委提交了整改报告。

(四) F 省 G 市环保局指定污染源自动监控设施第三方运营服务单位行政垄断案。

2017年2月7日G市环保局通过政府采购程序，确定了3家G市污染源自动监控设施第三方运营服务中标单位。3月7日该局向G市重点污染源企业下发通知，要求有关污染源企业在2017年3月31日之前与中标单位签订污染源自动监控设施运营服务合同。2017年5月，原F省工商局对此进行立案调查。

经过分析核查，原F省工商局发现该通知有两处含有排除、限制竞争内容的规定：一是《通知》第三项规定，由市环保局统一安排第三方运营单位运营管理污染源自动监控设施，剥夺了企业自主选择自运行或其他运营经营者的权力，具有排除、限制竞争效果；二是《通知》第二项要求设备关键零部件的维修、更换事宜由企业中标单位另行协商的条款，有变相限定有关企业接受中标单位设备零部件维修、更换服务之嫌疑，具有排除、限制竞争效果。2017年8月24日，原F省工商局发出建议函，要求市环保局对其通知进行自我审查，清理、废除妨碍公平竞争秩序建立的相关内容。最终，G市环保局删除了通知中妨碍公平竞争的相关内容，并将清理结果函复原F省工商局。

(五) H市I公司诉J省教育厅行政垄断案。

2014年3月11日，J省教育厅发文成立由J省教育厅、行业企业、高职院校组成的“2014年全国职业院校技能大赛”高职组J省选拔赛组织委员会（以下简称“组委会”），统筹负责本次比赛，组委会下设秘书处负责具体相关事宜。该通知还明确工程造价基本技能为其中的比赛项目之一。2014年全国职业院校技能大赛高职组J省选拔赛工程造价基本技能赛项组委会（以下简称“省赛组委会”）经报送J省教育厅审核通过后发出《关于举办2014年全国职业院校技能大赛高职组J省选拔赛工程造价基本技能赛项的通知》，赛项竞赛规程要求在比赛中使用K软件。I公司认为J省教育厅在本次比赛中指定使用第三人K软件的行为违法，遂向L市中级人民法院提起行政诉讼，请求确认在本次比赛中，J省教育厅滥用行政权力指定或变相指定使用K公司独家软件和相应设备的具体行政行为违法，责令二者立即停止违法行为，并承担因调查、制止被告及K公司违法行为的合理开支等诉讼请求。

L市中院经过审理认为，原告要求确认被告指定在涉案赛项中独家使用第三人相关软件行为违法的诉请理据充分，予以支持。但原告要求予以相应赔偿的诉请法律依据不足，予以驳回。遂于2015年2月判决：一、确认被告J省教育厅

指定在该比赛中独家使用第三人 K 软件的行为违法；二、驳回原告的赔偿请求。被告方不服提起上诉，J 省高级人民法院于 2017 年 6 月宣布维持原判。

二、从典型案例看《反垄断法》在政府采购领域适用的特点

从上述四件行政执法案件和一件司法案件来看，我国政府采购领域中行政垄断案件发生原因各异，表现也各不相同。本文认为有如下特点：

（一）处理的行政垄断行为主体种类较多，但又相对集中。

尽管《反垄断法》实施 11 年来已经查处或者提起诉讼的行政垄断案件并不算多，归属于政府采购领域的更是数量有限，但是涉及的违法行为主体来源却较为丰富，从公安部门、人社部门、教育部门、环保部门到卫生部门等，不一而足。从目前已经由国家竞争执法机构公布或者媒体报道的案件来看，各地卫生部门由于医疗制度改革、药品集中招标采购等原因，涉案较多。在 B 市卫计委被调查并要求改正之后，其他不少地方省市均因为类似情况而被反垄断执法机构开展反垄断调查，并大多认定违反了《反垄断法》，构成行政垄断行为。

（二）可分为地方保护型和非地方保护型（优待特定企业）行政垄断。

政府采购领域中的行政垄断尽管表现各不相同，一般可以分为两类：地方保护型的行政垄断和非地方保护型（优待特定企业）的行政垄断。

前者最为典型的就是一系列地方卫计委在推出药品集中招标采购政策时，往往加入若干优待本地企业的条款，例如 B 市卫计委行政垄断案的一个公告中，要求“市外投标企业 2014 年销售额不低于 20 亿元人民币，本市企业 2014 年销售额不低于 4000 万元人民币”，对本地和外地经营者的规模要求相差 50 倍。另一个公告中，要求“市外投标企业年销售额（不含税）不低于 5 亿元人民币，本市企业年销售额（不含税）不低于 2000 万元人民币”，对本地和外地经营者的规模要求相差 25 倍。同时，在外地和本地相关经营者数量明显存在巨大差别的情况下，两次招标均明确规定外地和本地应有同样数量的经营者中标，保护本地相关经营者的意图明显。而 M 市药品医用耗材管理中心在 2017 年 8 月 16 日在有关招标文件中，要求中标人 6 个月内在本地注册全资子公司或控股子公司的条款，人为设定了对外地企业的歧视性资质要求，加重了外地企业的履约成本，可能会迫使部分外地企业因无法满足条件而放弃参加竞标。N 省卫计委的 2014 年度两批药品集中采购，专门针对本地企业设定“N 省应急储备定点品种”“省级政府

技术创新综合试点企业”等加分项目，外地企业无法获得此类加分，一定程度限制了外省企业同本省企业的公平竞争，涉嫌实施地方保护，排除和限制了相关市场竞争。

非地方保护型（优待特定企业）的行政垄断也有不少。N省卫计委在2014年度两批药品集中采购中，第二批采购将招标范围限定为在药品集中采购平台上有历史交易记录的产品，即2010-2011年的中标企业和中标产品，导致之前未中标企业及其他药品生产企业和新产品无法参与此次采购，从而限制了相关市场的公平竞争。2012年4月“E市人力资源和社会保障局城乡居民社会保障卡信息采集项目竞争性谈判公告”，明确提出需要谈判人“注册资金2500万元人民币及以上。”该项要求将业内数量较多的中小企业排除在外，是对具有较大规模企业的不适当优待。将大批中小企业排除在外，并不具有合理性。前文列出的相关案例均属于此。

（三）是否属于行政行为、是否属于政府采购存在争议。

1. 争议行为是否属于行政行为。

包括本文列举的典型案件在内，政府采购领域中行政垄断案件的行为主体资格及行为性质往往存在争议或者模糊之处。该领域案件中往往涉及某个行政机关与一些直接从事采购活动的事业单位或其他组织之间关系的判定。例如，在上述案例5中，上诉人提出“举办该类型比赛项目不是省教育厅的法定职责，是权力之外的行为，不属于行政行为。此外，该行为不是政府采购行为，也未限制各学院日常购买和使用软件，对I公司的实体权利不产生实际影响”，因此该案不属于行政诉讼受案范围；“涉案赛事属于文化教育活动，不属于《反垄断法》的适用范围”，因而一审法院“以《反垄断法》作为认定省教育厅行为是否合法的依据，属适用法律错误。”但两审法院均否定了其理由，认为涉案赛事系由J省教育厅主办，且上述赛项技术规范和竞赛规程在经J省教育厅审核通过后才予以公布，故在涉案赛事中指定独家使用第三人相关软件的行为系J省教育厅行使行政职权的行政行为。

而在上述案例1中，由全市94家公立医疗机构组成的“B市公立医疗机构药品带量采购联合体”至少以自己名义发布了一个招标文件，则其与蚌埠市卫计委之间存在何种关系，是否属于《反垄断法》第五章中“法律、法规授权的具有

管理公共事务职能的组织”，颇有值得讨论之处。

与之类似，H市卫计委因为只允许一家集团采购组织（GPO，经遴选确定了唯一一家企业即全药网药业有限公司）提供药品集团采购服务、限定H市公立医院、药品生产企业使用全药网药业提供的服务、限定药品配送企业由全药网药业指定等行为，被国家发改委认定排除限制了H市公立医院药品集团采购市场的公平竞争，违反了《反垄断法》第八条和第三十二条。对此，有学者指出，H市GPO（即全药网）是基于行政委托以被遴选的方式来行使卫生行政部门的职能并直接作为集中采购代理机构，H市公立医院、药品生产企业必须使用其提供的服务，事实上构成了行政机关利用行政权力限定交易、排除药品市场竞争的行为。一旦因使用行政权力不合理，其最终责任承受者仍然是H市卫计委。

而在O市，2016年2月O市医药卫生发展基金会（O市社会团体管理局登记的“基金会”）发起成立了O市GPO采购联盟，形成具体的药品采购组织体系和药品采购规则。O市GPO委托O市医健卫生事务服务中心（在O市社会团体管理局登记的“民办非企业单位”）提供第三方采购事务和技术支持服务。2018年1月《O市工商行政管理局垄断案件中止调查决定书》中提到O市医健卫生事务服务中心和O市医药卫生发展基金会“承认其联合抵制交易的事实，认识到其行为对竞争产生了不当影响”，承诺采取整改措施。之后国家市监总局确认了原O市工商局于2018年7月10日作出的终止调查决定，其适用依据《反垄断法》有关滥用市场支配地位条款，而非第五章“滥用行政权力排除、限制竞争”。O市卫计委仅作为两家当事人的“业务主管单位”出现在上述决定书中。然而，如果没有O市卫计委的推动与支持，这两家当事人是否具备必要权威进行药品的集团采购，甚至能否成立，都是未知之数。因此，是否需要探索背后的行政权力因素，值得进一步思考。

有趣的是，有观察者提出，“以政府为中心的O市模式被认为并非真正的GPO模式，而H市模式中，政府虽退居其后，但‘一家独大’的GPO组织却又走向另一个极端。”政府退居其后的深圳模式中，H市卫计委因为指定一家GPO组织而被认定为行政垄断，违反了《反垄断法》；而“以政府为中心的O市模式”的运行中，两家实际从事药品集中采购的社会组织却被认定从事了滥用市场支配地位行为而非行政垄断，此间似乎存在反差。

2.争议行为是否属于政府采购。

其中以药品的集中招标采购是否属于政府采购范畴，最富争议。第一种观点认为，政府采购与药品集中招标采购是两种功能相近但性质不同的采购业务，在工作目标、行为主体、资金来源、操作方式等方面有明显的区别，二者不能混淆。第二种观点则认为，药品集中采购的采购主体符合《政府采购法》规定，但是采购资金并非全部来源于财政资金，药品集中采购目录是根据各省或医疗机构实际用药情况编制，不在政府采购目录内，因此不能说药品集中采购属于政府采购范畴。药品集中采购与政府采购仍有差异，并不能完全适用该法。第三种观点则认为，目前公立医疗机构药品集中采购中的医疗保障目录下的药品特别是基本药物采购虽未列入规范意义的政府采购，但具有明显的公共采购的性质，其与规范意义上的政府采购并不存在质的区别。与之近似的说法是“药品采购的主导权应该回归医疗机构，但我国的药品采购又是一种事实上的政府采购，如何处理两者之间的关系，是各地药品采购部门和 GPO 面对的一个深刻课题。”但是鉴于海外经验以及我国加入 GPA 谈判的需要，不宜将其归入《政府采购法》范畴，只是作为部门集中采购的形式存在，并适时进行相应改革。

笔者认为最后一种看法更为符合现有实际情况及法律精神。因为目前药品集中采购制度基本上要求公立医疗机构必须参加，采购目的是为了履行公共医疗保障义务，使用资金包括部分财政性资金以及医保资金（均可归属公共资金），结合国家基本药物制度的建立，理应属于政府采购范畴，但是由于种种原因，一直在《政府采购法》之外运行。但不影响我们从反垄断法和政府采购法角度研究该问题。

（四）是否属于正常、合法履行行政职能较难判断。

由于政府采购自身具有多项目标或者宗旨，则有关行政部门的决定或者决策的是否合理，就成为一大难题。反过来说，对其进行审查时的标准（合法性还是合理性）难以把握。

在上述行政垄断案中，确认被调查的行为属于行政行为，则该行为的合理性、合法性如何判断就成为另外一个值得关注的问题。在 J 省教育厅行政垄断案中一审法院认为，“被告应对上述行政行为的合法性负举证责任，但被告提供的证据不能证明其在涉案的赛项中指定独家使用第三人的相关软件经正当程序，系合理

使用行政权力，应承担举证不能的责任。”被告方上诉意见则提出：“《行政诉讼法》只规定人民法院对行政行为进行合法性审查，包括审查是否符合法定程序。由于目前法律法规未明确规定教育部门应遵循何种程序组织和管理职业教育赛事，因此，省教育厅组织赛事的程序不违反法定程序，原审法院将本案作正当程序审查以及合理性审查，违反了《行政诉讼法》的规定。”二审法院基本肯定了一审判决意见，“J省教育厅应对其在涉案赛项中指定独家使用K公司相关软件的合法性负举证责任，包括其行为不仅合法且应当遵循正当程序，正当合理地行使行政权力负举证责任，如举证不能，理应承担败诉的结果。J教育厅在法律未有明确规定其指定使用行为应遵循何种法定程序的情况下，其应当经过公开、公平的竞争性选择程序来决定使用相关商家免费提供的软件，除非有正当理由，否则属于滥用行政权力。”由此可见，二审法院坚持了被告承担对其行政行为合法性举证责任的行政诉讼基本规则，同时，对于被告负有“正当合理地行使行政权力”的举证责任等要求，则近于行政合理性的要求了。

而在上述案例1中，国家发改委向A省政府办公厅建议责令B市卫计委改正相关行为，并要求在2018年8月31日前函报整改情况。但据报道，B市卫计委主任在接受采访时称，“国家发改委来函内容是比较片面的论断，未对B市的相关政策进行全面论断。”9月8日A省卫计委在其官网发布《B药品带量采购符合省药采〈实施方案〉要求》一文，认为B市此举目的是为了进一步压缩药品价格虚高空间，遏制药品购销领域的商业贿赂。此举被有关媒体视为是A省卫计委对B市卫计委的“力挺”。之所以如此，显然各方对于地方卫计委的职能定位、乃至更为宏观的医改政策走向等，存在不同看法，更牵涉到如何认识竞争政策的地位及作用这一带有根本性、全局性的问题。从这个角度观察，对于政府采购领域、特别是医药采购领域中发生的个案，竞争执法机构可以作出推进，但是问题的真正解决，还需要从国家战略层面予以明确、协调。

（五）法律责任明显偏轻且落实成疑。

我国《反垄断法》第51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滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”可以说《反垄断法》明文规定的法律责任已属轻微。而在实际执行过程中，至少在政府采购

领域，未见有关人员因此受到行政处分的报道。对于公认限制竞争严重、危害性不小的行政垄断，法律规定的行政责任能否落实颇有疑问。

当然，这与政府采购领域中行政垄断案件的特殊性有关。以一系列地方卫生部门滥用行政权力限制竞争案件为例，无论是 B 市卫计委的政策（对本地和外地经营者的规模要求相差 25-50 倍，在外地和本地相关经营者数量明显存在巨大差别的情况下，明确规定外地和本地同样数量的经营者中标）、“N 省应急储备定点品种”“N 省返乡投资新建药品生产企业”“省级政府技术创新综合试点企业”等加分项目，外地企业无法获得此类加分），还是 S 省卫计委的政策（对医疗机构采购本省药品比例进行考核，禁止全国均未挂网/中标的外地药品挂网、而相同条件下的本地药品可以参与挂网，通过经济技术标评审中给本地企业额外加分、本地企业可以不占指标单独入围商务标评审等方式，重点支持本地药品生产企业参加双信封招标），支持本地企业的意图十分明显。这与我国地方政府长期以来负有的发展地方经济、稳定地方就业的职能有关。作为地方政府的职能部门，各地卫计委为了贯彻落实地方政府的方针政策，出台这些采购措施当然不足为奇。另外，我国医药卫生体制改革长期以来举步维艰，作为其中有机组成部分的药品供应保障体制也是如此，中央一直在推动各地进行政策试点，希望找出一条优质高效、低成本的满足药品供应的途径。各地试点政策做法从某种角度来说，也属于探索性的改革措施。由此得到上级机关的宽容甚至是支持，也就不难理解了。

三、强化《反垄断法》治理政府采购领域中行政垄断的若干思考

（一）处理好多元法律政策目标之间的冲突与协调。

尽管政府采购最初的、也是最直接追求是“提高政府采购资金的使用效益”即“物有所值”（Value for money），为了纳税人利益节约公共资金，同时保证采购效率即政府提供公共服务的效率，但是很早之前，政府采购就开始追求多元化的目标了。例如，有 OECD 政府采购专家指出，政府采购的基本目的是物有所值，第二位的目的则包括：确保供应、标准化、环境政策、社会的可持续性、创新、基础设施政策、中小企业机会等一系列内容。实践中，世界各国在政府采购中无不追求多种政策目标。例如美国，其政府采购为了追求各种社会及政治目标，形成了形形色色的优先采购政策。据有关调查，这些优先采购政策可以分为“地域优先”和“非地域优先”两类。例如联邦采购层面就有“国货优先”（Buy American

Act of 1933)、环境友好型商品或服务采购 (The Executive Order 12873 on Federal Acquisition, Recycling and Waste Prevention)、小企业及弱势群体所有的小企业 (The Small Business Act)、妇女所有企业 (The Federal Acquisition Streamlining Act of 1994) 等优先采购政策。上述政策中,“国货优先”可以视为“地域优先”类的采购政策,后面的各项则属于“非地域优先”类采购政策。

我国也不例外。《政府采购法》第一条提出的立法目的就包括“规范政府采购行为,提高政府采购资金的使用效益”“维护国家利益和社会公共利益”“保护政府采购当事人的合法权益”以及“促进廉政建设”的任务。尽管一般来说上述目标是重合的,但是仍有可能发生冲突。至于具体案件中的各目标的先后顺序或者权重大小,同样没有明确。在该法其他条款以及《政府采购法实施条例》等法规、规章、规范性文件中,分别提出了采购国货、保护环境、扶持不发达地区和少数民族地区、促进中小企业发展、扶持自主创新产品的研究和应用、促进残疾人就业、支持监狱和戒毒企业发展等一系列社会经济目标。这些政策目标的实现,在操作层面极有可能与“物有所值”的基本目的产生冲突,因而存在衡量、取舍的关系。

更为复杂的是,一般认为我国《反垄断法》第一条确立的也是多元化目标,其总体目的是“促进社会主义市场经济健康发展”,通过“预防和制止垄断行为、保护市场公平竞争、提高经济运行效率、维护消费者利益和社会公共利益等措施(子目的)来保障总目的的实现。在政府采购反垄断领域,《政府采购法》与《反垄断法》这两部基本法律均有多元化政策目标。如此之多的立法目的意味着发生冲突的可能性极大,其协调难度也极大。

本文认为,政府采购市场是我国社会主义市场经济体系的重要一环,同样需要遵循建设统一开放、竞争有序的市场体系的基本要求,不能游离其外。这也是“发挥市场在资源配置中的决定性作用”的必然要求,因此那些具有地方保护倾向的和优待特定企业的政府采购政策措施,应坚决予以制止。同时,为了“更好发挥政府作用”,对于为了践行采购国货、保护环境、扶持不发达地区和少数民族地区、促进中小企业发展、扶持自主创新产品的研究和应用、促进残疾人就业等社会经济目标,有关中央和地方政府部门提出的政府采购政策措施,应慎重对待,要求政策措施的提出者在出台前论证其合法性与合理性,应尽量采取那些不

会对市场竞争产生排除、限制影响的政策措施。如果拟出台的政策措施不能避免对市场竞争产生不利影响，则应选取不利影响最小的政策措施。同时要求对该政策措施作阶段性评估（例如每年评估一次），就其政策目标的达成度与市场竞争限制的影响度进行分析，衡量该政府采购政策措施的有效性。如果政策措施效果不理想，应及时予以废止或者修改。

（二）明确政府采购中的哪些行为纳入反行政垄断范畴。

政府采购是一个典型的“公私交融”的领域。“政府采购是通过采购人与供应商之间结成合同关系进行的，因此可以说政府采购法主要是政府采购合同法。”因此，对于政府采购行为是否属于行政行为，多集中于政府采购合同性质的讨论。尽管《政府采购法》似乎采取了“政府采购合同是民事合同”这一观点，但学术界及实务界在这方面的看法仍未统一。

民事合同论认为，政府采购合同的特征与民事合同相符，双方当事人权利义务平等，合同订立是基于市场竞争机制，合同内容也以等价有偿和平等互利为基础。较为接近的认识是“政府采购合同应属特殊民事合同。”行政合同论则提出“应当明确政府采购合同属于行政合同”，“政府采购本身是一种规范的财政支出行为，毫无疑问属于行政行为。”“政府采购合同中政府采购行为之财政支出属性、合意之协商本质以及合同双方地位类似现代行政法中行政主体与行政相对人等根本属性，决定政府采购合同必然是行政合同。”事实上，法国将政府采购领域发生的所有纠纷均归入行政法院管辖。也有学者认为这是混合合同，“将政府采购合同看作公法与私法混合的合同或者是有公法因素的民事合同，比较接近政府采购合同的实际状况。”对此有学者批评道：政府采购合同具有民事合同与行政合同的双重性，但双重性质不等于混合合同，不应不加区别地界定为民事合同与行政合同的混合合同。“立法上应当明确区分商业性政府采购合同和政策性政府采购合同，并且规定分别适合于两者的法律规则。”

上述观点各有其道理。从我国政府采购实践可知，单纯把政府采购合同视为民事合同或者行政合同均难以真正反映出其本来面貌，也难以正确认识及处理其中发生的各种纠纷；混合合同或者双重性质合同的观点也是如此，特别是双重性质合同的对策建议把政府采购做了进一步分割，似乎是对政府采购政策的误读。

笔者较为赞同这样一种观点：《政府采购法》本身已经潜在地将政府采购活

动划分为两个阶段：签订的政府采购合同被视为民事合同，因此，签订合同及其履行适用合同法；而合同订立前采购人与供应商就采购文件、采购过程和中标、成交结果发生的纠纷，则视为行政法上的纠纷。因此借鉴德国行政法中的“二阶段理论”，在视政府采购合同为民事合同的同时，此前采购人在招标、评标和决标过程中的行为性质为行政行为，发生相关争议的，当事人可以直接以采购人为被申请人或被告寻求行政救济。这种认识可以较为清楚地理清各阶段的法律关系，较好地处理政府采购过程中各类实体法及程序法的适用问题。我国台湾地区也是如此处理。

因此本文认为，从采购人身份的公共机构属性、采购资金的公共性、采购目的的公益性等方面来看，至少在政府采购的缔约阶段，采购人（包括集中采购机构）属于“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”，其采购决定是行使行政管理权力、履行行政职能的结果，如果不当运用、发生了排除、限制竞争的结果，就属于《反垄断法》第五章所规范的行政性垄断行为。受到该行政决定不利影响者，可以选择提起行政复议或行政诉讼，也可以依据《反垄断法》向反垄断执法机构举报。

（三）协调不同执法主体及强化法律责任。

1.协调执法主体。

依据我国现行法律制度，对于政府采购领域中的行政垄断，事实上存在着多个行政执法机关，不但反垄断执法机构（市场监管部门）依据《反垄断法》具有执法权力，财政部门依据《政府采购法》拥有监管权力，发改委、交通运输部、工信部等依据《招标投标法》也可以成为执法机关。

实践中财政部门处理了不少此类案件。例如，财政部发布的政府采购 10 个指导性案例中的第 4 号“XX 物业消防运行服务项目举报案”，招标文件中将供应商具有一定金额的合同业绩作为资格条件，实质上属于以营业收入排除或限制中小企业进入政府采购市场，构成《政府采购法》和《政府采购条例》所规定的“以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇”的情形，财政部门依法作了处理。最近几年市场监管部门也通过公平竞争审查制度纠正了一批含有排除、限制竞争措施的政府采购政策文件。

就政府采购领域的反垄断行政执法来说，目前事实上的“双轨制”——财政

部门等政府采购监管部门和反垄断执法机构——都有各自优势。多个监管部门依据不同法律去执法，客观上存在执法竞争效应，也有利于发挥各自优势。但是，不同行政机关依据不同的法律去处理同一领域的竞争问题，其问题也很明显：不利于统一执法尺度，更不利于在政策性很强的政府采购领域形成统一的竞争政策。如果说基于同一领域甚至是同一部法律的不同执法机构都会形成较为严重的执法权争夺和执法规则冲突，那么我们也完全有理由担忧不同执法机关基于不同法律可能会形成更为严重的不协调。因此，从立法层面统一判断及法律责任规则、统一执法权，或者至少在不同执法机构之间建立起协调机制，是必要的。

根据目前情况，完全将政府采购领域中垄断行为的执法权收归反垄断执法机构，不太现实。毕竟多部法律赋予财政部门等以执法权力，如果将这些部门对政府采购领域中垄断行为的执法权剥离出去，需要修订法律、调整执法权，并非易事。同时，政府采购项目数量巨大，财政部门等政府采购监管机构由于业务关系，更加了解该领域市场竞争情况，对于案件的查处也更有利。鉴于二者具有的各自优势，在统一法律责任条款的基础上，加强各执法机构合作，建立起必要的信息交流及案件通报机制，在处理重大疑难案件时保持反垄断执法机构的独立执法权力，对于政府采购领域中行政垄断案件的处理会更为有利。

2.强化法律责任。

《反垄断法》对于违反该法第五章从事行政垄断行为的法律责任仅仅是“由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”，无论是作为团体组织的“改正”责任，还是直接责任者的“处分”责任，与行政垄断可能造成的危害相比，都可谓轻微。而就已经发生的行政垄断案件，“改正”有之，“处分”则未见报道，也没有查到。

《政府采购法》中，对于“擅自提高采购标准”“以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇”等行为，根据该法第71条规定，“对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由其行政主管部门或者有关机关给予处分，并予通报”。实践中，尽管财政部门处理了不少采购人设定不合理条件排除、限制竞争的行政垄断案件，但是处理结果均较为轻微，大多以“警告”结案。

由上可见，无论是《反垄断法》还是《政府采购法》，对于政府采购领域中行政垄断行为人的法律责任规定以及实践中的处理都是不足的，需要作出统一的、

更为严厉的责任规定，并落到实处。

(四) 坚持竞争中性理念、推动公平竞争审查制度的进一步落实。

1. 坚持竞争中性理念。

一般认为，竞争中性或者说竞争中立 (Competitive Neutrality) 这一概念是澳大利亚最早提出并加以定义的。但是对其精确界定，应当说目前尚未形成共识。

“竞争中性是一个简单的概念：它涉及对公平市场的承诺，并主张在公共、私人及自愿提供货品及服务的机构之间维持一个公平的竞争环境。它不关心开放新市场，而是确保现有市场有一个公平的竞争环境。” 2015 年欧盟在一份报告中曾指出：“尽管国际上对竞争中性的重要性几乎没有分歧，但就一个可行的定义达成共识仍是一个挑战。” 学界普遍认为，目前海外存在三种对于竞争中性的理解与认识，包括澳大利亚版本、欧盟版本和美国版本。尽管竞争中性源于澳大利亚国有企业改革，但是由于美国、欧盟、OECD 等国家或国际组织的推动，目前已经越来越向一项新的国际经贸规则发展。其覆盖面已经从追求国有企业不得享有因其国家所有权而具有私营企业所没有的竞争优势，发展到要求政府行为中立，不能对市场竞争产生干扰。这一发展特别对中国目前的“国家（政府）主导”的经济发展模式形成巨大挑战。

竞争中性在政府采购领域也得到了较多关注。欧盟一份文件中指出：“竞争中性可能会对许多政策领域产生影响。除了竞争政策领域（在欧盟包括反垄断、卡特尔、合并、国有企业、拥有特殊或者排他性权利的公司，以及国家援助控制规则等），竞争中性原则也在政府采购、税收和财产所有权等领域中发挥着关键作用。” 竞争中性问题是 21 世纪之后才在英国得到注意。2006 年英国工业联合会(CBI)的一份报告发布的一份报告中，总结了公营、私营和第三部门竞争者之间缺乏中立的可能原因，特别是在政府采购方面。报告还引用了来自英国许多部门的证据，例如医疗和监狱服务。

在我国，2017 年 1 月 12 日《国务院关于印发“十三五”市场监管规划的通知》中首次提出，为了强化竞争政策基础性地位，“实行竞争中立制度”；2018 年 12 月 24 日召开的国务院常务会议要求在招投标、用地等方面，要“按照竞争中性原则”对各类所有制企业和大中型企业一视同仁；2019 年 3 月，竞争中性原则第一次进入《政府工作报告》。而在此之前的《中共中央关于全面深化改革

若干重大问题的决定》《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》等中央文件提出的“发挥市场在资源配置中的决定性作用”“清理废除妨碍统一市场和公平竞争的各种规定和做法”，也已经蕴含着竞争中性的理念。2019年出台的国务院《优化营商环境条例》提出“平等对待内资企业、外商投资企业等各类市场主体”“国家坚持权利平等、机会平等、规则平等，保障各种所有制经济平等受到法律保护”，并特别提出“招标投标和政府采购应当公开透明、公平公正，依法平等对待各类所有制和不同地区的市场主体，不得以不合理条件或者产品产地来源等进行限制或者排斥。”2019年底中共中央、国务院《关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意见》中，“坚持公平竞争，对各类市场主体一视同仁，营造公平竞争的市场环境、政策环境、法治环境，确保权利平等、机会平等、规则平等”，并特别提出“破除招投标隐性壁垒”。以上最新的中央文件条款均蕴含了“竞争中性”的基本精神。

经过长期的经济转轨，我国已经较为成功地从社会主义计划经济体制转向了社会主义市场经济体制，现代市场体系已经较为健全，可以让包括政府采购在内的各项活动以市场规律实现，一般来说无需政府采取特别干预措施。因此，在政府采购领域中贯彻竞争中性理念，确保各种所有制企业、各地企业在政府采购市场上公平竞争，既是落实“发挥市场在资源配置中的决定性作用”的改革目标的需要，也符合“物有所值”的政府采购现实需求。

2. 推动公平竞争审查制度的进一步落实。

公平竞争审查制度在我国是一个新生事物，是我国社会主义市场经济体制建设发展到较高程度、经济体制改革深化到一定程度之后的必然产物，也是贯彻党的十八届三中全会提出的“使市场在资源配置中起决定性作用和更好地发挥政府作用”这一个重大理论创新的主要政策工具之一。基本上可以认为借鉴自国外的竞争评估制度或者竞争审查制度。

所谓竞争审查制度或者竞争评估制度（Competition Assessment）是指竞争主管机构或其他机构通过分析、评价拟订中（或现行）的法律可能（或已经）产生的竞争影响，提出不妨碍法律目标实现而对竞争损害最小替代方案的制度。

经过长期的经济发展实践，目前国际社会已经形成了如下共识：整个经济有效竞争的程度是决定经济增长和社会福利最大化的根本因素。竞争程度的提高有

助于提升国家经济活力，增加商业机会，降低商品和服务成本。但市场中却存在很多限制竞争的法律法规，其中很多对竞争的限制是与其政策目标不相关并且完全没有必要的。因此有必要对这些法律文件进行审查，将那些没有必要存在的竞争限制措施予以取消。

在我国，2016年6月国务院印发了《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(以下简称《公平竞争审查意见》)，对建立公平竞争审查制度作出了顶层设计，明确了审查对象、审查方式、审查标准、实施步骤、保障措施等内容。2017年10月，国家发改委、财政部、商务部、原工商总局、原国务院法制办等五部门发布了《关于印发〈公平竞争审查制度实施细则(暂行)〉的通知》，对包括审查标准在内的有关问题做了进一步细化、明确。2019年7月财政部还专门印发了《关于促进政府采购公平竞争优化营商环境的通知》，提出“各地区、各部门制定涉及市场主体的政府采购制度办法，要严格执行公平竞争审查制度”。

截至2019年2月底，国务院各部门、各省级政府、98%的市级政府、92%的县级政府，四级政府都已开展了审查工作。全国共审查新出台的文件43万份，对其中的2300多份文件进行了修改完善；对82万份已出台的文件进行了清理，废止或修订涉及地方保护、指定交易、市场壁垒的文件2万多份。而在整个2019年，国家市场监督管理总局还就各省级和市级政府的公平竞争审查工作组织了专项巡查。

国务院《公平竞争审查意见》中提出，政策制定机关制定市场准入、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措施，应当进行公平竞争审查。可以看到“政府采购”是公平竞争审查制度的重点关注领域之一；而“招标投标”中，规范意义上的政府采购以及其他实质意义上的政府采购所占比重极大；另外如“市场准入”“产业发展”“资质标准”等方面的问题在政府采购中也屡屡涉及，可见与政府采购相关的公平竞争审查任务相当繁重。实践中，政府采购政策文件中违反市场准入和退出标准、商品和要素自由流动标准、影响生产经营成本标准、影响生产经营行为标准等情形，在各地已有不少发现。可见政府采购领域中出现不符合公平竞争要求的政策措施并非偶见，基于保护本地企业或本系统企业的惯

性，甚或是出于使用习惯等考虑，在供应商入围标准及采购指标设计等方面提出有针对性的条件，从而排斥了有资格、有能力参与采购市场竞争的企业。因此，以政府采购政策制定机关自我审查为基础，辅之以第三方专业机构评估和上级领导机关督导巡查、公众参与等多种方式，推动公平竞争审查制度在政府采购领域进一步落实，从而更好地预防各种行政垄断行为，保障市场机制在该领域充分发挥作用。