



漢坤律師事務所

汉坤法律评述



融贯中西 · 务实创新

2016年1月8日

药品供应履约保证金是要闹哪样？——听听律师怎么说

朱敏 | 孙冠绯

2015年医药政策和制度花样迭出让药企疲于应付，公立医院改革、取消药品政府定价、二次议价、临床试验数据核查风暴、密集的飞行检查等等，年前还出了个行刑衔接新规（估计大部分人还没意识到其中变化，容后再叙）。2016年刚开局，已是旧事的药品采购履约保证金问题又突然冒了出来，并牵涉了一大批知名跨国药企和药品品种，一时成为医药圈一致关心的新闻话题。

一、 背景介绍

2015年10月，江苏省人民医院向所有的药品供应商发通知，要求向每家药企缴付一笔“药品供应履约保证金”。经过几番斡旋和商谈，有些药企选择了妥协，不妥协的那些药企，在2015年的最后一个星期被告知：你们的药在江苏省人民医院被停药了。据媒体报道，这次事件所涉及的制药企业包括辉瑞、阿斯利康、赛诺菲、默沙东、拜耳、诺华、礼来、罗氏等知名跨国药企。

这事一出，大家自然联想到了福建省卫计委于2015年11月17日出台的《福建省医疗机构药品集中采购保证金管理办法（试行）》，其中对药品集采招标入围药企缴纳的履约保证金作了明确要求，以及相当详尽的违约处罚措施。此外，据悉此类收取履约保证金的做法在医院方并非孤例，尤其是15%药品加成取消后，再加上二次议价被叫停，包括南京医科大学附属第二医院、上海东方医院南院等等在内的医院均推出了其各具特色的“保证金协议”计划。^[1]

二、 履约保证金是什么？

履约保证金，顾名思义，属于合同履行过程中的一种担保措施和手段。然而，就合同之债的担保方式，在我国主要为《担保法》规定的五种方式，即保证、抵押、质押、留置、定金，其中并没有关于履约保证金的规定。

但履约保证金在法律法规上并非是完全空降的概念。《招标投标法》第46条规定：“招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交”。《招标投标法实施条例》第55条规定：“……排名第一的中标候选人放弃中标、因不可抗力不能履行合同、不按照招标文件要求提交履约保证

^[1] 李静芝：《四问保证金》，载微信公共号“E药经理人”，2016年1月5日

金……招标人可以……确定其他中标候选人为中标人，也可以重新招标”。该条例第 58 条规定：“招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当按照招标文件的要求提交。履约保证金不得超过中标合同金额的 10%”。

《政府采购法实施条例》第 48 条也规定：“采购文件要求中标或者成交供应商提交履约保证金的，供应商应当以支票、汇票、本票或者金融机构、担保机构出具的保函等非现金形式提交。履约保证金的数额不得超过政府采购合同金额的 10%。”

此外，国家发改委等七部委联合发布的《工程建设项目施工招标投标办法》(30 号令)和《工程建设项目货物招标投标办法》(27 号令)，以及其他一些具体行业如公路工程、水运工程和铁路建设工程等相关的招投标管理办法中也都有专门针对履约保证金的相关规定。在实践中，履约保证金作为一种特殊的担保方式，在工程建设项目中广泛存在，且已经形成操作惯例。在部分医院和医药企业的药房托管协议中亦有出现（参考利辛县第二人民医院与合肥市嘉诚医药有限公司合同纠纷案）。此外，就司法实践而言，目前为止尚无任何针对履约保证金的无效判例。

三、 履约保证金的合法合理性讨论

履约保证金在工程建设领域的存在合理性，并不代表政府的药品集采中心或医院就可以随意地执行“拿来主义”。画虎不成反类犬，至少在江苏省人民医院的做法和福建省卫计委 / 财政厅出台的管理办法来看，就有诸多值得商榷或质疑之处。

1. 违反法律规定和协议约定

药品集采属于政府采购行为。按照《政府采购法》第 43 条规定，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。眼下，对于已经通过药品集采招投标程序已经成功入围并已经签署药品采购合同的药企，如果在之前的药品采购招标文件中没有关于履约保证金的邀标内容，则江苏省人民医院发出的通知，属于单方面强行对以招投标内容为基础的药品采购合同进行更改，且缴付履约保证金并规定相应违约责任属于实质性修改合同条款。这显然是违反了《政府采购法》及其实施条例中有关不得改变中标和成交结果的相关规定，《合同法》下的平等、自愿原则，以及已经订立的药品采购合同中的相关条款。

此外，类似于福建省卫计委 / 财政厅出台的管理办法，通过是否缴纳履约保证金为标准来决定药企的表现和去留，从而对某些具备相当竞争力的药品品类和品牌设置了额外的竞争门槛，在一定程度上也涉嫌违反了《反垄断法》第 37 条的规定，即“行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定”。

2. 药采中心无权设定行政处罚

按照福建省的管理办法，入围企业存在其中规定的若干严重违约行为之一的，省药采中心可以采取的措施有：(i) 没收全部履约保证金，(ii) 取消该企业所有产品的入围资格，(iii) 自资格取消之日起两年内不接受其任何产品集中采购申请，(iv) 全省（区、市）医疗机构两年内不得以任何形式采购其产品，以及 (v) 原签订的购销合同终止。暂且不论前述已经讨论的单方面修改协议是否合法合规问题，就第 (iii) 和 (iv) 项所述的取消资格和采购限定的措施而言，显然是属于很严厉的行政处

罚手段。而按照《立法法》和《行政处罚法》的有关规定，福建省卫计委和财政厅作为省级政府组成部门，其出台的管理办法连地方性政府规章的立法层级都算不上，根本就没有权力设定这些减损公民或法人权利或增加其义务的规范。

3. 洗白药品回扣或返利的嫌疑

15%药品加成取消，二次议价被卫计委明确叫停，再加上药品销售回扣和返利在行业整肃下不敢明干，医院和不少药企一直也在寻求变通途径实现原先的利益分配或输送目的。而履约保证金的横空出世，似乎是为这种意图提供了一个绝佳的方案，尤其是对医院而言，不仅情理道德上名正言顺，也在原有的利益切分格局上获得了更多的主动。且不论医院对履约保证金持双手赞成态度，在药企方而言，也并不是所有药企都持反对态度，据悉有些药企对医院方的单方面要求表现地相当配合。从这个意义上讲，视履约保证金为变种的二次议价或药品回扣 / 返利，或为医院和部分药企的利益切分提供暗渡陈仓的通道，也不为过。

四、 药企的应对

在履约保证金缴纳与否的问题上，药企相对弱势。在这个事件中，不管是药品集采中心还是医院，事实上都扮演了运动员和裁判员的双重身份，既直接和医药企业签订合同，又自行制定履约保证金规则及其相应的违约处罚措施。对此，药企可相对考虑如下路径，寻求最大化地维护自身合法利益：

1. 以合法性不足为由进行抗辩

如上所述，医院的单方面通知或卫计委出台的办法，在法律合规和合同实践上并非毫无瑕疵，甚至存在明显违法和违约的情节。对此，药企可以在确保有利有节的基础上据理力争。虽然在处理与医院的微妙关系上药企需要拿捏分寸，但医院方毕竟得势但不得理不得法，未必强势到可以罔顾一切其他因素。

2. 通过行业协会集体发声

在与医院的博弈中，单个药企的力量往往稍显薄弱。因此，涉事药企可以考虑通过行业协会或其他途径来集体发声。就已有信息来看，涉事药企的市场份额不小，一致行动和集体发声必然可以形成更强的话语权。此外，通过行业协会集体发声，还可以考虑向国家发改委或国家卫计委举报或投诉相关做法或规定的违法性问题。就该点而言，2015 年国家发改委立案查处的几起行政垄断案件（安徽省蚌埠市卫计委、四川省卫计委、浙江省卫计委），或可资借鉴。

3. 在灵活空间内寻求变通做法

就江苏省人民医院的案例来看，涉事药企均为知名的跨国公司，被停的药品也多为临床上使用频率很高的品种，这些药企和药品真正被踢出医院，无论对于医院、药企还是病患来说，都意味着多输的结果。就和部分医院与药企的私下沟通来看，医院方的态度也不全然是非此即彼的选择题，而是存在一定灵活变通的空间，譬如江苏省人民医院至少也提供了缓冲期或承诺制等余地。当然，更多的变通方式需要结合医院方的态度以及药企内部合规的具体要求予以个案掌握。

● 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与**朱敏律师**（+8621-6080 0955; min.zhu@hankunlaw.com）联系。