



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЇ

11 липня 2024 р.

Київ

№ 5-рк

Міністерству економіки України

Про здійснення заходів,
спрямованих на розвиток конкуренції,
запобігання порушенням законодавства
про захист економічної конкуренції

Антимонопольний комітет України, розглянувши подання Департаменту досліджень і розслідувань ринків виробничої сфери від 28 травня 2024 року № 126-/215-п,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ РЕКОМЕНДАЦІЙ

- (1) Реалізація Антимонопольним комітетом України (далі – Комітет) повноважень у сфері формування та реалізації конкурентної політики, сприяння розвитку конкуренції, шляхом надання рекомендацій в порядку, передбаченому пунктом 5 частини третьої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України».
- (2) У зв'язку зі зверненням народного депутата України¹ Комітет проводить дослідження питання щодо дотримання закладами охорони здоров'я законодавства про захист економічної конкуренції під час проведення процедур закупівель у частині об'єднання в один предмет закупівлі переліку лікарських засобів, що призначені для лікування різних видів захворювання, розпочате на виконання доручення Голови Комітету від 28.09.2023 № 13-01/582.
- (3) Водночас Комітет також проводить дослідження питання щодо дотримання Національною дитячою спеціалізованою лікарнею «Охматдит» законодавства про захист економічної конкуренції під час проведення процедур закупівлі медичних виробів, розпочате на виконання доручення Голови Комітету від 25.12.2023 № 13-01/832, у зв'язку зі зверненням товариства з обмеженою відповідальністю науково-виробничого об'єднання «КАММЕД»².
- (4) У зв'язку із соціальною важливістю питання проведення публічних закупівель на ринках медичних виробів та лікарських засобів, було здійснено вивчення зазначеного питання для встановлення дійсних обставин, що створюють умови для можливого усунення та обмеження конкуренції на ринках медичних виробів та лікарських засобів під час проведення публічних закупівель.

¹ Лист від 28.08.2023 № 08-23/1057 (вх. Комітету № 1-01/34-дп від 28.08.2023).

² Лист від 21.09.2022 № 04-16/14-2022/159319 (вх. Комітету № 1-01/335 від 21.09.2022).

2. ОРГАН ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ, ЯКОМУ НАДАЮТЬСЯ РЕКОМЕНДАЦІЇ

- (5) Відповідно до пункту 36 частини першої статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі» Уповноважений орган – центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері публічних закупівель.
- (6) Відповідно до частини першої статті 7 Закону України «Про публічні закупівлі» Уповноважений орган здійснює регулювання та реалізує державну політику у сфері закупівель у межах повноважень, визначених цим Законом.
- (7) Відповідно до пункту 1 частини першої статті 9 Закону України «Про публічні закупівлі» основними функціями Уповноваженого органу, зокрема, є розроблення і затвердження нормативно-правових актів, необхідних для виконання цього Закону та регулювання державної політики у сфері закупівель.
- (8) Відповідно до пункту 1 Положення про Міністерство економіки України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 року № 459 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 17 лютого 2021 року № 124) (далі – Положення про Мінекономіки), Мінекономіки є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує, зокрема, формування та реалізує державну політику економічного, соціального розвитку і торгівлі, державну цінову політику, **державну політику у сфері технічного регулювання, стандартизації, публічних закупівель.**
- (9) Відповідно до пункту 4 Положення про Мінекономіки, Мінекономіки відповідно до покладених на нього завдань, зокрема:
 - узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України та в установленому порядку вносить їх на розгляд Кабінету Міністрів України;
 - розробляє проекти законів та інших нормативно-правових актів з питань, що належать до його компетенції;
 - аналізує функціонування системи публічних закупівель;
 - розробляє і затверджує нормативно-правові акти, необхідні для регулювання державної політики у сфері публічних закупівель;
 - здійснює нормативно-правове регулювання питань, що належать до його компетенції;
 - узагальнює практику здійснення публічних закупівель, зокрема міжнародну, та вивчає, узагальнює, поширює світовий досвід з питань публічних закупівель;
 - взаємодіє з громадськістю з питань удосконалення системи публічних закупівель та організовує наради і семінари з питань публічних закупівель;
 - надає узагальнені відповіді рекомендаційного характеру щодо застосування законодавства у сфері публічних закупівель;
 - здійснює співробітництво з органами державної влади та громадськими організаціями щодо запобігання проявам корупції у сфері публічних закупівель.
- (10) Здійснюючи вказані повноваження, Мінекономіки є органом влади в розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

3. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОВЕДЕННЯ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ ТА МЕДИЧНИХ ВИРОБІВ

- (11) Правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад визначає Закон України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон).
- (12) Відповідно до пункту 25 частини першої статті 1 Закону публічна закупівля (далі – закупівля) – придбання замовником товарів, робіт і послуг у порядку, встановленому цим Законом.
- (13) Відповідно до пункту 11 частини першої статті 1 Закону замовники – суб'єкти, визначені згідно із статтею 2 цього Закону, які здійснюють закупівлі товарів, робіт і послуг відповідно до цього Закону.
- (14) Перелік замовників, які здійснюють закупівлі відповідно до Закону, наведено в частині першій статті 2 Закону.
- (15) Відповідно до пункту 31 частини першої статті 1 Закону тендерна документація – документація щодо умов проведення тендеру, що розробляється та затверджується замовником і оприлюднюється для вільного доступу в електронній системі закупівель.
- (16) Відповідно до частини першої статті 22 Закону тендерна документація безоплатно оприлюднюється замовником разом з оголошенням про проведення конкурентних процедур закупівель в електронній системі закупівель для загального доступу шляхом заповнення полів в електронній системі закупівель. Тендерна документація не є об'єктом авторського права та/або суміжних прав.
- (17) Відповідно до положень частини другої статті 22 Закону в тендерній документації зазначаються, зокрема, такі відомості:
 - інформація про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію (у разі потреби – плани, креслення, малюнки чи опис предмета закупівлі). Технічні, якісні характеристики предмета закупівлі та технічні специфікації до предмета закупівлі повинні визначатися замовником з урахуванням вимог, визначених частиною четвертою статті 5 цього Закону;
 - опис окремої частини або частин предмета закупівлі (лота), щодо яких можуть бути подані тендерні пропозиції, у разі якщо учасникам дозволяється подати тендерні пропозиції стосовно частини предмета закупівлі (лота). Замовник може передбачити можливість укладення одного договору про закупівлю з одним і тим самим учасником у разі визначення його переможцем за кількома лотами.
- (18) Відповідно до частини першої статті 5 Закону закупівлі здійснюються за такими принципами:
 - 1) добросовісна конкуренція серед учасників;
 - 2) максимальна економія, ефективність та пропорційність;
 - 3) відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель;
 - 4) недискримінація учасників та рівне ставлення до них;
 - 5) об'єктивне та неупереджене визначення переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі;
 - 6) запобігання корупційним діям і зловживанням.
- (19) При цьому частиною четвертою статті 5 Закону визначено, що замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників.
- (20) У свою чергу, визначення предмета закупівлі є важливим етапом не тільки у процедурі

оформлення тендерної документації, а й у підготовці до публічних закупівель загалом.

- (21) На період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, постановою Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 (із змінами) затверджено Особливості здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі» (далі – Особливості).
- (22) Відповідно до пункту 1 Особливостей, ці особливості встановлюють порядок та умови здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом, із забезпеченням захищеності таких замовників від воєнних загроз на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування.
- (23) Згідно з пунктом 3 Особливостей замовники, що зобов'язані здійснювати публічні закупівлі товарів, робіт і послуг відповідно до Закону, проводять закупівлі з урахуванням цих особливостей та з дотриманням принципів здійснення публічних закупівель, визначених Законом.
- (24) Тобто з 19.10.2022 – набранням чинності Особливостей, на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, замовники, що зобов'язані здійснювати публічні закупівлі товарів, робіт і послуг відповідно до Закону, проводять закупівлі відповідно до положень Особливостей на виконання вимог Закону.
- (25) Відповідно до пункту 10 Особливостей замовники, у тому числі централізовані закупівельні організації, здійснюють закупівлі товарів і послуг, вартість яких становить або перевищує 100 тис. гривень, шляхом застосування відкритих торгів у порядку, визначеному цими особливостями та/або шляхом використання електронного каталогу для закупівлі товару відповідно до порядку, встановленого постановою Кабінету Міністрів України від 14 вересня 2020 № 822 «Про затвердження Порядку формування та використання електронного каталогу», з урахуванням положень, визначених цими особливостями.
- (26) Відповідно до пункту 11 Особливостей для здійснення закупівель товарів і послуг, вартість яких є меншою, ніж 100 тис. гривень, замовники можуть використовувати електронну систему закупівель відповідно до умов, визначених адміністратором електронної системи закупівель, у тому числі електронний каталог для закупівлі товарів. У разі здійснення таких закупівель без використання електронної системи закупівель замовник обов'язково дотримується принципів здійснення публічних закупівель, визначених Законом, вносить інформацію про таку закупівлю до річного плану та оприлюднює відповідно до пункту 3⁸ розділу X «Прикінцеві та перехідні положення» Закону в електронній системі закупівель звіт про договір про закупівлю, укладений без використання електронної системи закупівель.
- У разі здійснення закупівлі, вартість якої є меншою, ніж 50 тис. гривень, без використання електронної системи закупівель замовник не оприлюднює в електронній системі закупівель звіт про договір про закупівлю, укладений без використання електронної системи закупівель.
- (27) Отже, відповідно до положень Особливостей процедури закупівлі залежать від порогової вартості закупівлі, таким чином:
- закупівля до 50 тис. гривень відбувається без використання електронної системи закупівель;
 - при закупівлі менше 100 тис. гривень замовники можуть використовувати електронну систему закупівель, у тому числі електронний каталог для закупівлі товарів,

тобто вони мають право використовувати електронну систему закупівель, але це не є обов'язком;

– при закупівлі товарів і послуг, вартість яких становить або перевищує 100 тис. гривень, замовники, у тому числі централізовані закупівельні організації, зобов'язані здійснювати закупівлі товарів і послуг шляхом застосування відкритих торгів у порядку, визначеному Особливостями, та/або шляхом використання електронного каталогу.

- (28) Пунктом 11¹ Особливостей визначено, що у разі коли замовники, які є закладами охорони здоров'я або структурними підрозділами з питань охорони здоров'я обласних та Київської міської державних (військових) адміністрацій, здійснюють закупівлі лікарських засобів та медичних виробів за переліком згідно з додатком 1 до Особливостей (далі – Перелік), вартість яких становить або перевищує 50 тис. гривень, такі закупівлі здійснюються з використанням електронного каталогу відповідно до Порядку формування та використання електронного каталогу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 14 вересня 2020 № 822 (Офіційний вісник України, 2020 р., № 75, ст. 2407), з урахуванням положень, визначених цими особливостями.
- (29) Таким чином, закупівлі визначених Переліком лікарських засобів та медичних виробів, вартість яких становить або перевищує 50 тис. гривень, замовниками, які є закладами охорони здоров'я або структурними підрозділами з питань охорони здоров'я обласних та Київської міської державних (військових) адміністрацій, мають здійснюватися виключно через електронний каталог. При цьому замовники можуть застосовувати механізм запиту пропозицій постачальників електронного каталогу, закуповуючи лікарські засоби, медичні вироби та обладнання, які не увійшли до Переліку та які включені до каталогу. Тобто при закупівлі від 100 тис. гривень замовники здійснюють закупівлю всіх інших лікарських засобів та медичних виробів, не включених у Перелік, шляхом застосування відкритих торгів та/або шляхом використання електронного каталогу.
- (30) Порядок формування та використання електронного каталогу затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 14.09.2020 № 822 (зі змінами) (далі – Порядок № 822). Цей порядок визначає структуру, механізм формування, використання електронного каталогу в електронній системі закупівель відповідно до Закону, у тому числі визначає питання адміністрування, надання доступу та правил здійснення закупівель через електронний каталог.
- (31) Відповідно до пункту 2 Порядку № 822 адміністратор електронного каталогу (далі – адміністратор) – централізована закупівельна організація, що визначається Кабінетом Міністрів України, яка забезпечує формування та супроводження електронного каталогу в електронній системі закупівель на підставі укладеного договору з адміністратором електронної системи закупівель;
- (32) Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 11.10.2021 № 1093 «Деякі питання реалізації експериментального проекту стосовно діяльності централізованої закупівельної організації у сфері охорони здоров'я» (зі змінами) державне підприємство «Медичні закупівлі України» (далі – ДП «МЗУ») визначено централізованою закупівельною організацією.
- (33) Відповідно до пункту 10 Порядку № 822 для здійснення формування та супроводження електронного каталогу централізована закупівельна організація подає адміністратору електронної системи закупівель (державне підприємство «Прозорро») звернення про адміністрування електронного каталогу та орієнтовний перелік категорій товару, в межах яких планується здійснювати відбір до електронного каталогу.

- (34) Відповідно до положень Порядку № 822:
- Електронний каталог складається з категорій товару та специфікацій товару (пункт 13 Порядку № 822).
 - Адміністратор здійснює формування та супроводження електронного каталогу шляхом створення в ньому категорій та специфікацій товару, а також організовує та проводить відбір учасників до електронного каталогу шляхом їх кваліфікації (пункт 16 Порядку № 822).
 - Адміністратор забезпечує формування та ведення переліку кваліфікованих постачальників (пункт 17 Порядку № 822).
 - Адміністратор створює категорії товарів та специфікації товару шляхом визначення переліку характеристик товару з їх точними та/або мінімальними та максимальними значеннями (пункт 18 Порядку № 822).

3.1. Визначення предмета закупівлі лікарських засобів та медичних виробів

- (35) Відповідно до пункту 22 частини першої статті 1 Закону предмет закупівлі – товари, роботи чи послуги, що закуповуються замовником у межах єдиної процедури закупівлі або в межах проведення спрощеної закупівлі, щодо яких учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції / пропозиції або пропозиції на переговорах (у разі застосування переговорної процедури закупівлі). Предмет закупівлі визначається замовником у порядку, встановленому Уповноваженим органом, із застосуванням Єдиного закупівельного словника, затвердженого у встановленому законодавством порядку.
- (36) Відповідно до пункту 39 частини першої статті 1 Закону частина предмета закупівлі (лот) – визначена замовником частина товарів, робіт чи послуг, на яку в межах єдиної процедури закупівлі / спрощеної закупівлі учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції / пропозиції або пропозиції на переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі.
- (37) Відповідно до пункту 15 Особливостей предмет закупівлі визначається замовником відповідно до вимог Закону та Порядку визначення предмета закупівлі, затвердженого наказом Мінекономіки від 15 квітня 2020 № 708 (зарєстрованого в Міністерстві юстиції України від 09 червня 2020 № 500/34783) (далі – Порядок № 708).
- (38) Порядок № 708 встановлює правила визначення замовником предмета закупівлі відповідно до Закону із застосуванням показників цифр основного словника національного класифікатора України ДК 021:2015 «Єдиний закупівельний словник», затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 23 грудня 2015 року № 1749 (далі – Єдиний закупівельний словник, СРВ), а також особливості визначення предмета закупівлі для окремих товарів, робіт і послуг.

3.1.1. Щодо визначення предмета закупівлі лікарських засобів при закупівлі шляхом застосування процедури відкритих торгів та електронного каталогу

- (39) Пунктом 2 розділу II Порядку № 708 визначено, що під час здійснення **закупівлі лікарських засобів предмет закупівлі визначається за показником третьої цифри** Єдиного закупівельного словника. Замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за міжнародною непатентованою назвою лікарського засобу, формою випуску, дозуванням, обсягом та/або місцем поставки лікарських засобів.
- (40) Комітетом було направлено вимоги листами: від 06.03.2024 № 126-29.1/09-2265е до Мінекономіки, від 06.03.2024 № 126-29.1/09-2264е до Міністерства охорони здоров'я України (далі – МОЗ), від 06.03.2024 № 126-29.1/09-2274е до державного підприємства «Медичні закупівлі України» (далі – ДП «МЗУ») щодо надання роз'яснень, зокрема, стосовно принципів поділу предмета закупівлі лікарських засобів на окремі лоти.

- (41) У відповідь Мінекономіки зазначило, зокрема, що визначення окремих частин предмета закупівлі (лотів) в межах єдиної процедури закупівлі здійснюється замовником самостійно, керуючись вимогами Закону, зокрема принципами, встановленими статтею 5 Закону, не приносячи своїми діями до штучного обмеження кола потенційних учасників, відповідно до Порядку № 708 та є правом, а не обов'язком замовника³.
- (42) Крім того, Мінекономіки вказало, що з огляду на положення Порядку № 822 адміністратор електронного каталогу створює категорії товару та їх специфікації шляхом визначення переліку характеристик товару з їх точними та/або мінімальними і максимальними значеннями, а також встановлює кваліфікаційні та інші вимоги до учасника електронного каталогу під час проведення кваліфікації до електронного каталогу.
- (43) Відповідно до пункту 18 Порядку № 822 у специфікації товару зазначається показник від четвертої цифри Єдиного закупівельного словника, у **специфікації лікарського засобу визначається показник від третьої цифри Єдиного закупівельного словника.**
- (44) МОЗ⁴ у відповідь на вимогу також зазначило, що лікарські засоби в електронному каталозі закуповуються замовниками шляхом запиту пропозицій постачальників на створену адміністратором специфікацію предмета закупівлі за 3 знаком CPV-коду Єдиного закупівельного словника. Однак в електронному каталозі відсутнє поняття лота. Закупівля здійснюється шляхом оголошення запиту пропозицій постачальників на створену адміністратором специфікацію в межах одного CPV-коду. Замовник має можливість оголосити запит пропозицій постачальників на необмежену кількість специфікацій у межах одного CPV-коду Єдиного закупівельного словника та однієї закупівлі.
- (45) ДП «МЗУ» повідомило⁵, що відповідно до Порядку № 708 закупівля лікарських засобів здійснюється в межах третього знака CPV-коду Єдиного закупівельного словника 336600000-6 Фармацевтична продукція. Така закупівля може здійснюватися з різними міжнародними непатентованими назвами, незалежно від кількості. В електронному каталозі відсутнє поняття лотів, тому ні адміністратор, ні замовник не можуть застосовувати лоти при створенні запитів пропозицій постачальників.
- (46) При цьому відповідно до пункту 13 Порядку розміщення інформації про публічні закупівлі, затвердженого наказом Мінекономіки від 11.06.2020 № 1082 (зареєстрованого в Міністерстві юстиції України від 01 липня 2020 № 610/34893) (далі – Порядок 1082), крім полів, визначених пунктом 12 цього Порядку, у випадках, зазначених у цьому пункті, додатково в окремих полях заповнюється інформація щодо міжнародної непатентованої назви лікарського засобу (далі – МНН), у разі визначення предмета закупівлі – лікарський засіб. Якщо предмет закупівлі містить два та більше лікарських засобів, замовником зазначається МНН кожного лікарського засобу.
- (47) Водночас зазначене не передбачає принципу, за яким замовникам необхідно формувати лоти задля збільшення конкурентного середовища у процедурах закупівель медичних виробів за державні кошти.
- (48) Отже, під час здійснення **закупівлі лікарських засобів предмет закупівлі визначається за показником третьої цифри Єдиного закупівельного словника.** При цьому визначення **окремих частин предмета закупівлі (лотів) при закупівлі**

³ Лист від 25.03.2024 № 3323-04/22027-03 (вх. Комітету № 6-07/3985 від 26.03.2024).

⁴ Лист від 22.03.2024 № 25/12534/2-24 (вх. Комітету № 6-09/3876 від 22.03.2024).

⁵ Лист від 27.03.2024 № 07/1313-03/2024 (вх. Комітету № 8-09/4078 від 27.03.2024).

лікарських засобів через електронний каталог відповідно до Порядку № 822, з урахуванням положень Особливостей, взагалі **не передбачено**, а при закупівлі шляхом проведення відкритих торгів **не передбачено обов'язку замовника ділити предмет закупівлі лікарських засобів на лоти**.

3.1.2. Щодо визначення предмета закупівлі медичних виробів при закупівлі шляхом застосування процедури відкритих торгів та електронного каталогу

- (49) Пунктом 3 розділу I Порядку № 708 визначено, що предмет закупівлі товарів і послуг визначається замовником згідно з пунктами 21 і 34 частини першої статті 1 Закону та за показником четвертої цифри Єдиного закупівельного словника.
- (50) Пунктом 5 розділу I Порядку № 708 визначено, що замовник **може** визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за показниками **четвертої – восьмої** цифр Єдиного закупівельного словника, обсягом, номенклатурою, місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг.
- (51) Комітетом було направлено вимоги від 18.11.2022 № 126-29.1/01-3362е та від 12.01.2023 № 126-29.1/09-1133е до Мінекономіки, а також вимоги від 18.11.2022 № 126-29.1/01-3361е та від 12.01.2023 № 126-29.1/09-1129е до МОЗ щодо надання роз'яснень, зокрема, стосовно принципів поділу предмета закупівлі медичних виробів на окремі лоти.
- (52) У відповідь Мінекономіки⁶ зазначило, зокрема, що предмет закупівлі медичних виробів визначається за показником **четвертої цифри Єдиного закупівельного словника**. При цьому замовник **може** визначити **окремі частини предмета закупівлі (лоти)** за показниками **четвертої – восьмої** цифр Єдиного закупівельного словника. Водночас **визначення окремих частин предмета закупівлі (лотів)** у межах єдиної процедури закупівлі здійснюється замовником самостійно, керуючись вимогами Закону та пунктом 5 розділу I Порядку № 708, та є **правом, а не обов'язком** замовника.
- (53) МОЗ⁷ у відповідь на вимогу також зазначило, що відповідно до норм Закону поділ предмета закупівлі медичних виробів на лоти є правом замовника. Закон не зобов'язує, а залишає за замовником право ділити предмет закупівлі на окремі частини (лоти).
- (54) При цьому відповідно до пункту 13 Порядку 1082 у разі визначення предмета закупівлі – медичний виріб, крім полів, визначених пунктом 12 цього Порядку, у випадках, зазначених у цьому пункті, додатково в окремих полях заповнюється інформація щодо коду та назви медичного виробу відповідно до національного класифікатора НК 024:2019 «Класифікатор медичних виробів», затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 05 лютого 2019 року № 159. Якщо предмет закупівлі містить два та більше медичних виробів, замовником зазначаються код та назва кожного медичного виробу.
- (55) Отже, відповідно до Порядку № 708 визначення предмета закупівлі при закупівлі медичних виробів здійснюється за показником четвертої цифри Єдиного закупівельного словника, разом із тим Порядком № 708 не передбачено переліку випадків, коли саме замовник може та має визначати окремі частини предмета закупівлі (лоти) у процедурі закупівлі медичних виробів та критерії такого поділу, а доцільність такого поділу замовник має визначати самостійно в кожному окремому випадку.

⁶ Лист Мінекономіки від 18.01.2023 № 3323-04/2222-03 (вх. Комітету № 6-01/1572 від 18.01.2023).

⁷ Лист МОЗ від 19.01.2023 № 10.5-10/1470/2-23 (вх. Комітету № 6-01/1843 від 20.01.2023).

3.1.3. Загальні підходи щодо формування предмета закупівлі лікарських засобів та медичних виробів

- (56) Враховуючи наведене вище, під час визначення предмета закупівлі лікарських засобів та медичних виробів замовники використовують: **третю цифру** Єдиного закупівельного словника – для **лікарських засобів** та **четверту цифру** Єдиного закупівельного словника – для **медичних виробів**.
- (57) Єдиний закупівельний словник гармонізований з європейським закупівельним словником Common Procurement Vocabulary (CPV). Відповідно до розділу 2 «Загальні положення» Єдиного закупівельного словника національний класифікатор (CPV) складається з основного словника і додаткового словника. Основний словник базується на системі кодів, що мають ієрархічну структуру і складаються з дев'яти цифр; групи цифр, у свою чергу, відповідають найменуванню, що описує товари, роботи і послуги, які становлять предмет контракту.
- (58) Код складається з 8 цифр, що згруповані таким чином:
перші дві цифри визначають **розділ** (XX000000-Y);
перші три цифри визначають **групу** (XXX00000-Y);
перші чотири цифри визначають **клас** (XXXX0000-Y);
перші п'ять цифр визначають **категорію** (XXXXX000-Y).
Останні три цифри коду дають більший ступінь деталізації в межах кожної категорії.
Дев'ята цифра — контрольна.
- Додатковий словник містить більш детальний опис предмета контракту. Він базується на системі абетково-цифрових кодів, яким відповідає формулювання, що може деталізувати характер чи призначення товарів.
- Абетково-цифровий код складається з трьох рівнів:
перший рівень складає літера, що позначає секцію;
другий рівень складає літера, що позначає групу;
третій рівень складають три цифри, що позначають підрозділ.
Остання цифра — контрольна.
- (59) Отже, третя цифра Єдиного закупівельного словника визначає групу товару. Для закупівлі медичних виробів – це CPV 33100000-1 Медичне обладнання. Для закупівлі лікарських засобів – це CPV 33600000-6 Фармацевтична продукція.
- (60) Далі, група «Медичне обладнання» та «Фармацевтична продукція» поділяються за видами на класи таким чином:

Група «Медичне обладнання» поділяється на класи:	Група «Фармацевтична продукція» поділяється на класи:
33110000-4 Візуалізаційне обладнання для потреб медицини, стоматології та ветеринарної медицини; 33120000-7 Системи реєстрації медичної інформації та дослідне обладнання; 33130000-0 Стоматологічні та вузькоспеціалізовані інструменти та прилади; 33140000-3 Медичні матеріали; 33150000-6 Апаратура для радіотерапії, механотерапії, електротерапії та фізичної терапії;	33610000-9 Лікарські засоби для лікування захворювань шлунково-кишкового тракту та розладів обміну речовин; 33620000-2 Лікарські засоби для лікування захворювань крові, органів кровотворення та захворювань серцево-судинної системи; 33630000-5 Лікарські засоби для лікування дерматологічних захворювань та захворювань опорно-рухового апарату; 33640000-8 Лікарські засоби для

<p>33160000-9 Устаткування для операційних блоків; 33170000-2 Обладнання для анестезії та реанімації; 33180000-5 Апаратура для підтримування фізіологічних функцій організму; 33190000-8 Медичне обладнання та вироби медичного призначення різні</p>	<p>лікування захворювань сечостатевої системи та гормони; ... 33690000-9 Лікарські засоби різні</p>
<p>У свою чергу класи поділяються на категорії, які дають більший ступінь деталізації товару в межах кожної категорії, наприклад:</p>	
<p>до класу «Апаратура для радіотерапії, механотерапії, електротерапії та фізичної терапії» групи «Медичне обладнання» належать такі категорії товару, зокрема: 33151000-3 Радіотерапевтичні апарати та приладдя; 33152000-0 Інкубатори; 33153000-7 Літотриптори; 33154000-4 Механотерапевтичні апарати; 33155000-1 Фізіотерапевтичні апарати тощо</p>	<p>до класу «Лікарські засоби для лікування захворювань шлунково-кишкового тракту та розладів обміну речовин» групи «Фармацевтична продукція» входять, зокрема, такі категорії товару: 33611000-6 Лікарські засоби для нормалізації кислотності; 33612000-3 Лікарські засоби для лікування функціональних розладів шлунковокишкового тракту; 33615000-4 Протидіабетичні лікарські засоби; 33616000-1 Вітаміни; 33617000-8 Мінеральні добавки</p>
<p>Клас містить єдину категорію, яка поділяється на підкатегорії:</p>	
<p>Так, до класу «Медичні матеріали» групи «Медичне обладнання» належить лише категорія «33141000-0 Медичні матеріали нехімічні та гематологічні одноразового застосування», яка у свою чергу поділяється, зокрема, на підкатегорії: 33141100-1 Перев'язувальні матеріали; затискачі, шовні матеріали, лігатури; 33141200-2 Катетери; 33141300-3 Приладдя для венепункції та забору крові; 33141400-4 Кусачки та бістурі; хірургічні рукавички; 33141500-5 Гематологічні матеріали; 33141600-6 Контейнери та пакети для забору матеріалу для аналізів, дренажі та комплекти тощо</p>	<p>Так, до класу «Лікарські засоби для лікування захворювань крові, органів кровотворення та захворювань серцево-судинної системи» групи ««Фармацевтична продукція» належить категорія «33621000-9 «Лікарські засоби для лікування захворювань крові й органів кровотворення», яка у свою чергу поділяється, зокрема, на підкатегорії: 33621100-0 Протитромбозні; 33621200-1 Кровоспинні засоби; 33621300-2 Протианемічні засоби; 33621400-3 Кровозамінники та перфузійні розчини</p>

- (61) З огляду на зазначене вбачається, що згідно з Порядком № 708 замовник закупівлі медичних виробів або лікарських засобів самостійно формує предмет закупівлі в межах класу «Медичні матеріали» та групи «Фармацевтична продукція», які відповідно, можуть включати в себе необмежену кількість видів медичних виробів та лікарських засобів у межах визначених класів, категорій та підкатегорій.

4. ОБСТАВИНИ, ЯКІ МОЖУТЬ МАТИ НЕГАТИВНИЙ ВПЛИВ НА КОНКУРЕНЦІЮ

4.1. Питання об'єднання в один предмет закупівлі без поділу на лоти переліку лікарських засобів з різними МНН та переліку медичних виробів з різними технічними характеристиками

- (62) Відповідно до інформації, наявної в Комітеті⁸, комунальне некомерційне підприємство «Житомирська багатoproфільна опорна лікарня» Новогуївинської селищної ради (далі – Лікарня) оголосило конкурс за предметом закупівлі «ДК 021:2015:33600000-6: Фармацевтична продукція» (процедура закупівлі № UA - 2023-04-03-004064-a). За цією процедурою закупівлі Лікарнею було **об'єднано 56 різних найменувань лікарських засобів в один предмет закупівлі без поділу на лоти із зазначенням торговельних назв лікарських засобів, що призначені для лікування різних видів захворювання.** До таких ліків входять⁹, зокрема: Аміназин (МНН: Chlorpromazine), Аритміл (МНН: Amiodarone), Дексаметазон (МНН: Dexamethasone), Диклофенак (МНН: Diclofenac), Дофамін (МНН: Dopamine), Еуфілін (МНН: Theophylline), Плазмовен (МНН: Electrolytes), Ізо-Мік (МНН: Isosorbide dinitrate) тощо.
- (63) Відповідно до інформації, наведеної вище, замовник під час здійснення закупівлі лікарських засобів визначає предмет закупівлі за показником третьої цифри Єдиного закупівельного словника. При цьому замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за міжнародною непатентованою назвою лікарського засобу, формою випуску, дозуванням, обсягом та/або місцем поставки лікарських засобів.
- (64) Лікарня сформулювала предмет закупівлі за торговими назвами та без поділу на лоти, що, відповідно, унеможлиблює взяття участі у відкритих торгах постачальників, які з різних підстав не мають доступу до всіх найменувань (позицій) лікарських засобів (з різними споживчими властивостями), зазначених у предметі закупівлі. Окрім того, включення в один лот декількох різних лікарських засобів не дає змоги виробнику безпосередньо брати участь у тендері, оскільки виробник обмежений власним портфелем лікарських засобів.
- (65) Одночасно Лікарнею було сформовано номенклатуру за торговельними назвами та без поділу на лоти, що призводить до того, що в процедуру закупівлі включено предмет закупівлі – лікарські засоби, які не можуть вважатися взаємозамінними між собою, оскільки вони є різними за призначенням та можуть формувати різні товарні ринки. Наприклад:
- Аміназин (МНН: Chlorpromazine) – відноситься до антипсихотичних засобів¹⁰;
 - Аритміл (МНН: Amiodarone) – відноситься до антиаритмічних препаратів¹¹;
 - Дексаметазон (МНН: Dexamethasone) - напівсинтетичний гормон кори надниркових залоз (кортикостероїд), що чинить глюкокортикоїдну дію¹²;

⁸ Лист від 28.08.2023 № 08-23/1057 (вх. Комітету № 1-01/34-дп від 28.08.2023) щодо ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції в діях закладів охорони здоров'я Житомирської області під час формування предмета закупівлі лікарських засобів.

⁹ Повний перелік лікарських засобів, об'єднаних в один предмет закупівлі: Адреналін, Аміназин, Аритміл, Атропіну сульфат, Дексаметазон, Диклофенак, Дофамін, Еуфілін, Ізо-Мік, Магнію сульфат, Метоклопрамід, Дротаверин, Окситоцин, Преднізолон, Фуросемід, Глюкоза, Хумодар Р 100Р, Мезатон, Анальгін, Гідрокортизону ацетат, Лінкоміцин, Ціанкобаламін, Верапаміл, Метипред, Томогексол, Дигоксин, Цефтріаксон, Ципрофлоксацин, Кларитроміцин, Бензилпеніцилін, Лінезолідин, Амоксил-К, Моксифлоксацин, Біспролол, Нітрогліцерин, Омепразол, Корвазан, Фармадіпін, Каптоприл, Еналаприл, Карбамазепін, Дротаверин, Аміак, Нормолакт, Магнікор, Амідарон, Ріспетрил, Панкреатин, Гідрохлортіазид, Лозартан, Левоком, Атерокард, Амітриптиліну гідрохлорид, Спіронолактон, Діаглізид, Плазмовен.

¹⁰ <http://www.drlz.com.ua/ibp/ddsite.nsf/all/shlz1?opendocument&stypе=0FBAB87BCEf83B83C2258A83004FCE88>.

¹¹ <http://www.drlz.com.ua/ibp/ddsite.nsf/all/shlz1?opendocument&stypе=8267AEC684E26B71C22588E10032FD83>.

- Диклофенак (МНН: Diclofenac) – засоби, що застосовуються місцево в разі суглобового та м'язового болю. Нестероїдні протизапальні засоби місцевого застосування¹³;
 - Еуфілін (МНН: Theophylline) – засоби для застосування при обструктивних захворюваннях дихальних шляхів¹⁴;
 - Плазмовен (МНН: Electrolytes) – кровозамінники та перфузійні розчини. Розчини для внутрішньовенного введення, розчини, що застосовуються для корекції порушень електролітного балансу¹⁵.
- (66) Отже, з наведеного вище вбачається, що до предмета закупівлі включені різні лікарські засоби, які використовуються при лікуванні різних хвороб та можуть формувати різні товарні ринки.
- (67) Об'єднуючи велику кількість лікарських засобів в один лот, замовник може штучно обмежувати кількість потенційних учасників закупівлі, які мають змогу запропонувати постачання всіх лікарських засобів без винятку, включених в один предмет закупівлі. Такі дії можуть призвести до створення бар'єрів для потенційних учасників, які не мають доступу до всього переліку лікарських засобів.
- (68) Замовники насамперед мають бути зацікавлені в тому, щоб обрати під час проведення публічних закупівель найкращу пропозицію та укласти договори на закупівлю товарів із суб'єктом господарювання, який запропонує максимально низьку ціну, застосовуючи при цьому принцип максимальної економії, зазначений у статті 5 Закону.
- (69) За 2023–2024 роки було проведено 435 тендерів, де було об'єднано в один лот від 100 до 426 позицій лікарських засобів із різними МНН¹⁶. При цьому кількість учасників закупівель у 435 закупівлях були від 1 до 4 учасників.
- (70) Разом із тим, до прикладу, у закупівлі UA-2023-10-18-011388-a¹⁷ з двома лікарськими засобами, проте з одним МНН Sunitinib (очікувана вартість 25 965 864,40), взяли участь 8 учасників. Переможцем стало товариство з обмеженою відповідальністю «Тева Україна», яке є представництвом виробника лікарських засобів Teva Pharmaceutical Industries Ltd., з пропозицією 6 587 936 грн. Тобто при участі саме виробника в закупівлі лікарського засобу з МНН Sunitinib замовнику вдалось зекономити 19 377 928,4 грн та розширити кількість учасників тендеру.
- (71) Одночасно проблема об'єднання великої кількості найменувань в один предмет закупівлі може виникати також і під час проведення закупівель медичних виробів. Про зазначене свідчить звернення товариства з обмеженою відповідальністю науково-виробничого об'єднання «КАММЕД»¹⁸. Так, під час проведення процедури закупівлі UA-2022-07-27-000186-a¹⁹ Національна дитяча спеціалізована лікарня «Охматдит» Міністерства охорони здоров'я України (далі – НДСЛ «Охматдит») об'єднала 33 позиції різних видів медичних виробів в один предмет закупівлі без поділу на лоти, до яких включено різні категорії медичних виробів.

¹² <http://www.drlz.com.ua/ibp/ddsite.nsf/all/shlz1?opendocument&stypе=C10A09E99E7351DBC2258AFA00484776>

¹³ <http://www.drlz.com.ua/ibp/ddsite.nsf/all/shlz1?opendocument&stypе=7ECB22CB6DB1BF4AC2258A67002AE187>

¹⁴ <http://www.drlz.com.ua/ibp/ddsite.nsf/all/shlz1?opendocument&stypе=FD8711ECB2E83E8BC2258AB4002E3B82>.

¹⁵ <http://www.drlz.com.ua/ibp/ddsite.nsf/all/shlz1?opendocument&stypе=C33BC6B8FD22C75EC2258B0F00475B2D>

¹⁶ Дані з відкритих джерел: <https://bi.prozorro.org/> (<https://bi.prozorro.org/sense/app/d1109033-fa90-4f95-af4f-20d188e5a6b3/sheet/c852ccc8-1477-4f40-b698-53ea7a57ce1c/state/analysis>).

¹⁷ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-10-18-011388-a>.

¹⁸ Лист від 21.09.2022 № 04-16/14-2022/159319 (вх. Комітету № 1-01/335 від 21.09.2022).

¹⁹ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2022-07-27-000186-a>.

- (72) На вимогу Комітету щодо надання пояснень стосовно принципів поділу предмета закупівель медичних виробів, НДСЛ «Охматдит»²⁰ зазначила, що як правило розбиває на лоти закупівлю, за умови що встановленим технічним вимогам до предмета закупівлі відповідає товар лише одного постачальника / виробника, оскільки це є доцільним, збільшує конкуренцію, підвищує шанси на те, що закупівля відбудеться і замовник придбає необхідний товар з максимальною ефективністю. Що стосується інших закупівель, то при формуванні предмета закупівлі замовник включає до закупівлі товари, що мають схоже застосування, властивості тощо.
- (73) Проте медичні вироби, визначені як предмет закупівлі в тендері UA-2022-07-27-000186-а, можуть формувати різні товарні ринки, оскільки мають різні характеристики та не можуть вважатися подібними / аналогічними товарами в силу відмінностей у їх фізичних характеристиках і різниці в застосуванні та призначенні, зокрема, вказані медичні вироби є різними за:
- призначенням (наприклад, зонд урогенітальний не є подібним за призначенням з відрізом марлевым медичним, на відміну від катетера та шприца, які є подібними за призначенням);
 - споживчими властивостями (наприклад, дзеркало гінекологічне не є подібним за споживчими властивостями з одноразовим рентгенопрозорим електродом);
 - умовами використання;
 - експлуатаційними та технічними властивостями (наприклад, електрод ЕКГ одноразовий не є подібним за експлуатаційними властивостями зі шприцом).
- (74) Під час проведення процедури закупівлі UA-2022-07-27-000186-а²¹ було отримано лише дві тендерні пропозиції.
- (75) Тоді як поділ на лоти медичних виробів за подібними характеристиками / призначенням під час проведення процедур закупівель дозволить розширити коло учасників на відповідному товарному ринку, що забезпечить ефективну конкуренцію та відповідатиме принципу максимальної економії при закупівлі медичних виробів.
- (76) Наприклад, державна установа «Національний інститут хірургії та трансплантології імені О.О. Шалімова» Національної академії медичних наук України оголосила тендер UA-2023-09-07-006369-а на закупівлю шприців ін'єкційних²². У зазначеній процедурі закупівлі змогли взяти участь 15 учасників. При цьому очікувана вартість закупівлі була 1 010 000, 00 грн, тоді як найбільш вигідною економічною пропозицією була пропозиція вартістю 415 600,00 грн.
- (77) Державне некомерційне підприємство «Національний інститут раку» оголосило процедуру закупівлі лише для катетера внутрішньовенного периферичного, одноразового, з додатковим ін'єкційним портом – UA-2023-09-26-008436-а²³. У зазначеній процедурі закупівлі змогли взяти участь 5 учасників, очікувана вартість

²⁰ Лист № 1935/02.1-09./-22 від 14.10.2022 (вх. Комітету № 8-01/8039 від 19.10.2022).

²¹ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2022-07-27-000186-a>.

²² <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-09-07-006369-a> (предмет закупівлі: шприц ін'єкційний 2 мл, трикомпонентний, без додаткової голки; шприц ін'єкційний 10 мл, трикомпонентний, без додаткової голки; шприц ін'єкційний 20 мл, трикомпонентний, без додаткової голки; шприц ін'єкційний 5 мл, трикомпонентний, без додаткової голки).

²³ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-09-26-008436-a> (предмет закупівлі: катетер внутрішньовенний периферичний, одноразовий, з додатковим ін'єкційним портом, 14G, № 1, катетер внутрішньовенний периферичний, одноразовий, з додатковим ін'єкційним портом, 16G, №1, катетер внутрішньовенний периферичний, одноразовий, з додатковим ін'єкційним портом, 17G, № 1, катетер внутрішньовенний периферичний, одноразовий, з додатковим ін'єкційним портом, 18G, № 1, катетер внутрішньовенний периферичний, одноразовий, з додатковим ін'єкційним портом, 20G, № 1, катетер внутрішньовенний периферичний, одноразовий, з додатковим ін'єкційним портом, 22G, № 1, катетер внутрішньовенний периферичний, одноразовий, з додатковим ін'єкційним портом, 24G, № 1).

закупівлі була 829 347,00 грн, тоді як переможною пропозицією був учасник із пропозицією 500 802,80 грн.

- (78) Комунальне некомерційне підприємство «ОБЛАСНИЙ ПЕРИНАТАЛЬНИЙ ЦЕНТР» Житомирської обласної ради оголосило процедуру закупівлі лише набору гінекологічного оглядового – UA-2024-01-03-002253-a²⁴, не об'єднуючи в предмет закупівлі різні медичні вироби. У процедурі взяли участь 23 учасники. Оголошена вартість закупівлі – 170 000,00 грн, акцептована пропозиція – 78 880,40 грн.
- (79) Отже, наведені вище факти підтверджують, що проведення закупівлі медичних виробів без об'єднання в один предмет закупівлі великої кількості медичних виробів сприяє ефективній конкуренції, і як наслідок, в таких конкурентних закупівлях медичних виробів із подібним призначенням бере участь більша кількість учасників, які пропонують більш вигідні пропозиції для закупівлі медичних виробів.
- (80) Фактично об'єднання великої кількості найменувань лікарських засобів та медичних виробів в одному лоті зменшує конкуренцію та унеможливорює взяття участі у торгах постачальниками / виробниками, які з різних причин не мають доступу до усіх позицій лікарських засобів / не виробляють усі позиції лікарських засобів, що може призвести до недопущення, обмеження або усунення конкуренції.
- (81) Отже, визначення предмета закупівлі лікарських засобів та медичних виробів, а також формування тендерної документації за таких умов може містити дискримінаційні умови до учасників у процедурі закупівлі лікарських засобів та медичних виробів, що порушує, зокрема, й принципи здійснення публічних закупівель, визначені у статті 5 Закону.
- (82) Таким чином, відсутність у Порядку № 708 положень, які визначають, коли замовник зобов'язаний формувати окремі лоти під час визначення предмета закупівлі створює обставини, за яких у замовників є можливість встановлювати дискримінаційні умови в тендерній документації щодо закупівлі, зокрема, лікарських засобів та медичних виробів.
- (83) Натомість, поділ на лоти різних лікарських засобів та медичних виробів під час проведення публічних закупівель дозволить розширити коло учасників закупівель, які потенційно можуть запропонувати аналогічний товар за нижчими цінами, що в кінцевому результаті забезпечить замовникам принцип максимальної економії при закупівлі лікарських засобів та медичних виробів.
- (84) Отже, враховуючи, що жодним нормативно-правовим актом не передбачено переліку випадків, коли замовник має визначати окремі частини предмета закупівлі (лоти) в процедурі закупівлі лікарських засобів і медичних виробів та критеріїв / підходів до такого поділу, це призводить до того, що в один лот замовники включають великі переліки лікарських засобів із різними МНН та медичних виробів із різним призначенням, що може призводити до обмеження конкуренції під час проведення процедури публічних закупівель та встановлювати дискримінаційні умови для учасників при закупівлі медичних виробів і лікарських засобів.

4.2. Щодо визначення в предметі закупівлі торговельних назв лікарських засобів

- (85) Комітетом було направлено уточнюючу вимогу²⁵ до ДП «МЗУ» щодо надання роз'яснень, зокрема, чи вказується при визначенні предмета закупівлі лікарського засобу в електронному каталозі торговельна назва (далі по тексту – торговельна назва, торгова марка, торгова назва) лікарського засобу. У відповідь ДП «МЗУ» вказало, що з

²⁴ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2024-01-03-002253-a>.

²⁵ Вимога від 06.03.2024 № 126-29.1/09-2274є.

огляду на вимоги пункту 12 Особливостей замовник може визначити інформацію про характеристики товару, у тому числі й торгову назву, але лише в межах специфікації, сформованої в каталозі адміністратором електронного каталогу, та у випадку, якщо вартість товару є меншою ніж 500 тис. гривень²⁶.

- (86) Тобто, якщо вартість товару є меншою ніж 500 тис. гривень, замовник при формуванні предмета закупівлі може визначити інформацію про характеристики товару, у тому числі й торгову назву.
- (87) У листі Мінекономіки²⁷ вказало, що питання придбання товарів шляхом запиту пропозицій постачальників в електронному каталозі відповідно до Особливостей та Порядку № 822 висвітлено в листах Мінекономіки від 04.08.2023 № 3323-04/40119-06 та від 20.11.2023 № 3323-04/62708-06 «Щодо внесення змін до особливостей здійснення публічних закупівель на період дії правового режиму воєнного стану та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування».
- (88) У листі Мінекономіки від 04.08.2023 № 3323-04/40119-06 вказано, що в запиті пропозицій постачальників щодо закупівлі товару, вартість якого не перевищує 500 тис. гривень, замовник може визначити інформацію про характеристики товару та їх допустимі значення, у тому числі конкретну торговельну марку.
- (89) Зазначене вище вказано також і в листі Мінекономіки від 20.11.2023 № 3323-04/62708-06, а саме: при формуванні запиту пропозицій постачальників замовник може звузити характеристики товару, обравши ті чи інші параметри із запропонованих адміністратором електронного каталогу (наприклад, розмір, колір, торгову марку тощо) в межах специфікації товару, якщо вартість предмета закупівлі товару є меншою ніж 500 тис. гривень.
- (90) Також відповідно до інформації, наведеної у Зверненні, комунальне некомерційне підприємство «Житомирська багатопрофільна опорна лікарня» Новогуйвинської селищної ради оголосило конкурс за предметом закупівлі «ДК 021:2015:33600000-6: Фармацевтична продукція» (процедура закупівлі № UA-2023-04-03-004064-a²⁸). За цією процедурою закупівлі замовник визначив предмет закупівлі за торговельними назвами, зокрема: Аміназин (МНН: Chlorpromazine); Аритміл (МНН: Amiodarone); Дексаметазон (МНН: Dexamethasone); Диклофенак (МНН: Diclofenac); Дофамін (МНН: Dopamine); Еуфілін (МНН: Theophylline); Ізо-Мік (МНН: Isosorbide dinitrate) тощо.
- (91) Водночас визначення предмета закупівлі за торговими назвами обмежують кількість потенційних учасників публічних закупівель, що у свою чергу значно зменшує конкуренцію та може призвести до дискримінації учасників під час проведення процедури закупівлі. Зазначене також унеможливорює взяття участі у торгах постачальників, які з різних підстав не мають доступу до всіх торгових назв лікарських засобів, зазначених у предметі закупівлі, при цьому маючи доступ до аналогічних лікарських засобів за МНН.
- (92) Відповідно, такий суб'єкт господарювання не зможе брати участі в закупівлі, де предметом закупівлі визначена конкретна торговельна назва, а не МНН лікарського засобу. До прикладу: виробником лікарського засобу з торговельною назвою «Аритміл» (МНН: Amiodarone) є публічне акціонерне товариство «Науково-виробничий центр «Борщагівський хіміко-фармацевтичний завод», тоді як лікарським засобом з МНН Amiodarone не є 1 лікарський засіб, а щонайменше 7 лікарських засобів різних виробників, а саме: Кордарон, Амідарон, Кардіодарон-Здоров'я, Амідарон-

²⁶ Лист ДП «МЗУ» від 27.03.2024 № 07/1313-03/2024 (вх. Комітету № 8-09/4078 від 27.03.2024).

²⁷ Лист Мінекономіки № 3323-04/22027-03 від 25.03.2024 (вх. Комітету № 6-07/3985 від 26.03.2024).

²⁸ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-03-004064-a>.

Дарниця, Ротаритміл, Амiodарон, Аритміл, Амiокордин²⁹. Та ж тенденція зберігається, зокрема, і з лікарськими засобами: Ізо-Мік, Еуфілін, Амiназин тощо.

- (93) Отже, дії замовника щодо визначення предмета закупівлі за торговельною назвою лікарського засобу обмежують конкуренцію та можуть призвести до дискримінації потенційних учасників під час проведення процедури публічних закупівель, що унеможливує взяття участі в закупівлях постачальників, які з різних підстав не мають доступу до всіх найменувань лікарських засобів, зазначених у предметі закупівлі, проте можуть мати доступ до аналогічних препаратів, з таким же МНН, але іншого виробника.
- (94) Тобто формування предмета закупівлі замовником за торговельною назвою може значно звужувати коло учасників закупівлі, оскільки торговельна назва зазвичай вказує на конкретного виробника лікарського засобу, а суб'єкт господарювання, який може запропонувати аналогічний товар за МНН, втрачає можливість подати свою пропозицію на участь у закупівлі, у якій предмет закупівлі визначено за конкретною торговельною назвою, що як наслідок може призвести до усунення та обмеження конкуренції під час проведення закупівлі.

4.3. Щодо оскарження закупівель в електронних каталогах

- (95) Враховуючи положення Особливостей, відкриті торги та запит ціни пропозицій є двома альтернативними способами закупівель, разом із тим для відкритих торгів є механізм оскарження закупівель, передбачений статтею 18 Закону, тоді як для закупівель із використанням електронного каталогу такий механізм відсутній.
- (96) Зазначене підтверджується листом Мінекономіки, де повідомляється, що в разі здійснення закупівлі шляхом використання електронного каталогу, оскарження до органу оскарження положеннями Закону та Особливостей не передбачено³⁰.
- (97) ДП «МЗУ» повідомило³¹, що пунктами 28 та 29 Порядку № 822 передбачена можливість звернення суб'єктів господарювання до ДП «МЗУ» лише в рамках адміністрування оголошень про кваліфікацію до електронного каталогу щодо перегляду вимог до учасника, зазначених в оголошенні про проведення кваліфікації до електронного каталогу, протягом десяти робочих днів з дня його оприлюднення. А також суб'єкти господарювання можуть звернутися через електронну систему закупівель до адміністратора за роз'ясненнями щодо інформації, яка міститься в оголошенні про проведення кваліфікації до електронного каталогу.
- (98) Проте Порядком № 822, а також жодним іншим нормативно-правовим актом під час проведення закупівель із використанням електронного каталогу не передбачено можливості звернення суб'єктів господарювання зі скаргами на рішення адміністратора електронного каталогу з питань відбору (у т. ч. включення / виключення) учасників до (з) електронного каталогу шляхом їх кваліфікації (скасування кваліфікації) та створення в електронному каталозі категорій та специфікацій товару, однак це не позбавляє суб'єктів господарювання звернутися до суду за захистом своїх порушених прав.
- (99) Таким чином, наразі законодавством не передбачений нормативно-правовий акт, який визначає порядок оскарження закупівель з використанням електронного каталогу. Зазначене може суперечити принципам закупівлі, визначеними у частині першій статті 5 Закону, зокрема, відсутність механізму оскарження закупівель з використанням електронного каталогу може суперечити принципам добросовісної конкуренції серед

²⁹ <http://www.drlz.com.ua/ibp/ddsite.nsf/all/shlist?opendocument&title=Amiodarone>.

³⁰ Лист Мінекономіки від 25.03.2024 № 3323-04/22027-03 (вх. Комітету № 6-07/3985 від 26.03.2024).

³¹ Лист ДП «МЗУ» від 27.03.2024 № 07/1313-03/2024 (вх. Комітету № 8-09/4078 від 27.03.2024).

учасників, недискримінації учасників та рівного ставлення до них, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель.

- (100) Про зазначене вище свідчать численні звернення суб'єктів господарювання та громадян України до Комітету щодо відсутності механізму оскарження, оскільки при виявленні порушення своїх прав та інтересів потенційний учасник закупівлі просто позбавлений можливості звернення до компетентного органу для ефективного захисту своїх прав та інтересів. Відповідно, у випадку проведення закупівлі з дискримінаційними умовами, які обмежують участь інших учасників закупівлі, суб'єкт господарювання не може оскаржити умови такої закупівлі в інший спосіб, окрім оскарження до суду.
- (101) До Комітету надійшло звернення³² товариства з обмеженою відповідальністю «Лабораторія Гранум» (далі – ТОВ «Лабораторія Гранум») щодо відсутності бренду «Гранум» в електронному каталозі «Прозорро Маркет» та неможливості брати участь у запиті цінових пропозицій в електронній системі закупівель, оскільки система електронного каталогу не могла обрати товар товариства, як такий, що підходить під певні закупівлі. Проте ТОВ «Лабораторія Гранум» не мало можливості звернутись зі скаргою до відповідного уповноваженого органу внаслідок відсутності такого механізму оскарження.
- (102) Також до Комітету надійшло електронне звернення від (*інформація з обмеженим доступом*)³³, який просив, зокрема, вжити заходів для створення процедури оскарження публічних закупівель із використанням електронного каталогу, оскільки відсутність способу оскарження процедури закупівлі з використанням електронного каталогу призводить до того, що при виявленні порушення потенційний учасник позбавлений можливості звернення до компетентного органу для захисту своїх законних прав та не може перешкодити штучному обмеженню участі в конкретній процедурі закупівлі.
- (103) Окрім зазначеного, Національне антикорупційне бюро України³⁴ надіслало Комітету листи ТОВ «БІОФАРМА ПЛАЗМА» стосовно необхідності забезпечення конкуренції та недопущення дискримінації учасників на всіх стадіях закупівель лікарських засобів, зокрема, шляхом суттєвого доопрацювання механізму процедур закупівель із використанням електронного каталогу. Зазначене обґрунтовується тим, що замовники зловживають неможливістю оскарження закупівлі з використанням електронного каталогу, включаючи до предмета закупівлі «ексклюзивні товари», до прикладу заклади охорони здоров'я включають до предмета закупівлі при закупівлі через електронний каталог препарат Альбунорм із діючою речовиною Альбумін у дозуванні 25 % по 100 мл, який виготовляється лише одним виробником.
- (104) При цьому ТОВ «БІОФАРМА ПЛАЗМА» вже подавало скаргу на аналогічні дії закладу охорони здоров'я щодо процедури закупівлі³⁵, яка проводилась шляхом застосування відкритих торгів, до Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України, рішенням якої від 11.04.2023 № 4597-р/пк-пз постановлено внести зміни до тендерної документації з метою усунення порушення.
- (105) Проте, оскільки лікарські засоби з МНН Альбумін (Albumin) включені до Переліку, то наразі замовники, які є закладами охорони здоров'я або структурними підрозділами з питань охорони здоров'я обласних та Київської міської державних (військових) адміністрацій, зобов'язані закуповувати визначений Перелік лікарських засобів із використанням електронного каталогу, який не передбачає порядку оскарження

³²Листи від 23.01.2024 № 23/01-5 та № 23/01-6 (вх. Комітету № 8-01/978 від 23.01.2024 та № 8-01/979 від 23.01.2024).

³³Звернення б/н (вх. Комітету № 14-01/201-Б від 04.04.2024).

³⁴Листи від 15.03.2024 № 112-046/7605 (вх. Комітету № 9-01/3532 від 15.03.2024) та від 15.03.2024 № 112-046/7605 (вх. Комітету № 9-01/3532 від 15.03.2024).

³⁵Закупівля UA-2023-03-29-009869-а.

закупівель, хоча вбачається, що закупівля аналогічна тій, щодо якої вже було рішення органу Комітету, містить дискримінаційні вимоги при визначенні предмета закупівлі, однак потенційні учасники процедури закупівлі не мають змоги оскаржити такі дискримінаційні умови закупівлі. Тобто в разі проведення закупівлі шляхом оголошення відкритих торгів, а не шляхом використання електронного каталогу (Prozorro Market), учасники мали б можливість не допустити наведених вище зловживань, подавши відповідну скаргу до Антимонопольного комітету України як органу оскарження.

- (106) Відсутність у чинному законодавстві механізму, який передбачає можливість оскарження закупівель з використанням електронного каталогу, може призводити до порушення принципів добросовісної конкуренції серед суб'єктів господарювання (учасників закупівель), відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, недискримінації таких учасників та рівного ставлення до них з боку замовника, що є порушенням принципів закупівель, встановлених статтею 5 Закону України «Про публічні закупівлі». Разом із тим зазначене також обмежує ефективну конкуренцію при здійсненні закупівель, оскільки учасники обмежені в можливості при виявленні, зокрема, дискримінаційних умов у запиті ціни пропозицій оскаржити такі умови закупівлі та захистити свої інтереси у відповідному уповноваженому органі.

5. ВИСНОВКИ

- (107) Враховуючи наведене в розділі 4 цих рекомендацій, можна дійти висновку, що при закупівлі лікарських засобів та медичних виробів існують фактори, які можуть мати негативний вплив на конкуренцію.
- (108) Замовник, об'єднуючи велику кількість найменувань лікарських засобів та медичних виробів, які можуть належати до різних товарних ринків, в одному лоті, значно обмежує конкуренцію та унеможливорює взяття участі потенційних учасників у процедурі закупівлі:
- виробників, оскільки вони обмежені виключно власною продукцією та не можуть забезпечити велику кількість різних лікарських засобів та медичних виробів;
 - постачальників, які з різних причин не мають доступу до усіх позицій лікарських засобів та медичних виробів.
- (109) До того ж об'єднання великої кількості найменувань лікарських засобів та медичних виробів в одній закупівлі може слугувати бар'єром для участі в закупівлі потенційних учасників закупівлі, які можуть запропонувати аналогічний товар за нижчими цінами, але внаслідок великої кількості найменувань, об'єднаних в один предмет закупівлі, вони не мають можливості взяти участь у закупівлі, оскільки не мають доступу до всіх найменувань лікарських засобів та медичних виробів.
- (110) Враховуючи наведене вище в сукупності, відсутність у Порядку № 708 окремих положень та випадків, які визначають, коли замовник зобов'язаний формувати окремі лоти під час визначення предмета закупівлі, може створювати обставини, за яких у замовників є можливість встановлювати дискримінаційні умови в тендерній документації щодо закупівлі медичних виробів та лікарських засобів.
- (111) Визначення предмета закупівлі за торговельною назвою лікарського засобу також може призвести до обмеження, недопущення та усунення конкуренції та може містити дискримінаційні умови для потенційних учасників закупівель, що унеможливорює взяття участі в закупівлях постачальників, які з різних підстав не мають доступу до конкретних торговельних назв лікарських засобів, зазначених у предметі закупівлі, проте можуть мати доступ до аналогічних препаратів, з таким же МНН, але іншого виробника.

- (112) При цьому частиною четвертою статті 5 Закону визначено, що замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників.
- (113) До того ж відсутність механізму оскарження до відповідного уповноваженого органу закупівель із застосування електронного каталогу також може створювати несприятливі та дискримінаційні умови для учасників закупівлі, які відповідно до положень Особливостей зобов'язані купувати певний перелік лікарських засобів та медичних виробів саме з використанням процедури закупівлі через електронний каталог, у якій відсутній механізм оскарження закупівель. Поряд із тим всі інші лікарські засоби та медичні вироби, крім визначених у Переліку, можна закуповувати з використанням як відкритих торгів, так й електронного каталогу. Проте при закупівлі шляхом використання відкритих торгів, наявний механізм оскарження, відповідно до якого учасники закупівлі можуть захистити свої права та інтереси при наявності дискримінаційних умов у тендерній документації.
- (114) Відповідно до пункту 4 частини першої статті 5 Закону України «Про публічні закупівлі» закупівлі здійснюються за принципами, зокрема, недискримінації учасників та рівного ставлення до них.
- (115) Відповідно до частини четвертої статті 22 Закону України «Про публічні закупівлі» тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.
- (116) Відповідно до частини першої статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції» антиконкурентними діями органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю є прийняття будь-яких актів (рішень, наказів, розпоряджень, постанов тощо), надання письмових чи усних вказівок, укладення угод або будь-які інші дії чи бездіяльність органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю (колегіального органу чи посадової особи), які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції.
- (117) Відповідно до абзацу восьмого частини другої статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції» антиконкурентними діями органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, зокрема, визнається дія, внаслідок якої окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання створюються несприятливі чи дискримінаційні умови діяльності порівняно з конкурентами.
- (118) Відсутність у нормативно-правових актах, які регулюють порядок визначення предмета закупівлі, окремих положень та випадків, які визначають умови, за яких замовник зобов'язаний формувати окремі лоти під час визначення предмета закупівлі, наявність можливості визначати предмети закупівлі за конкретною торговельною назвою, а також відсутність механізму оскарження закупівель до відповідного уповноваженого органу, які проводяться з використанням електронного каталогу, призводить до того, що створюються несприятливі чи дискримінаційні умови діяльності порівняно з конкурентами і, як наслідок, окремі групи суб'єктів господарювання можуть зазнавати дискримінації порівняно з іншими гравцями на ринку постачання лікарських засобів та медичних виробів під час проведення закупівель, що може мати негативні наслідки для конкуренції під час закупівлі лікарських засобів та медичних виробів.
- (119) Отже, зазначене вище може призводити до того, що окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання створюються несприятливі чи дискримінаційні умови діяльності порівняно з конкурентами.

6. ПІДСТАВИ НАДАННЯ РЕКОМЕНДАЦІЙ

- (120) Відповідно до частини другої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції», зокрема, органи влади зобов'язані сприяти розвитку конкуренції та не вчиняти будь-яких неправомірних дій, які можуть мати негативний вплив на конкуренцію.
- (121) Відповідно до частини п'ятої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції», зокрема, органи влади зобов'язані сприяти Антимонопольному комітету України у здійсненні його повноважень у сфері підтримки й захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму та контролю за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції.
- (122) Відповідно до пункту 5 частини третьої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» у сфері формування та реалізації конкурентної політики, сприяння розвитку конкуренції Антимонопольний комітет України має повноваження, зокрема, надавати обов'язкові для розгляду рекомендації та вносити до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, установ, організацій, суб'єктів господарювання, об'єднань пропозиції щодо здійснення заходів, спрямованих на обмеження монополізму, розвиток підприємництва і конкуренції, запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, а також щодо припинення дій або бездіяльності, які можуть мати негативний вплив на конкуренцію.

Враховуючи викладене, з метою здійснення заходів, спрямованих на розвиток конкуренції, запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції та умов, що їм сприяють, керуючись пунктом 5 частини третьої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», Антимонопольний комітет України надає Міністерству економіки України такі обов'язкові для розгляду

РЕКОМЕНДАЦІЇ:

З метою формування конкурентного середовища під час проведення публічних закупівель медичних виробів та лікарських засобів шляхом застосування процедури відкритих торгів та/або використання електронного каталогу:

1. Вжити заходів щодо вдосконалення нормативно-правових актів, які передбачають порядок визначення предмета закупівлі в частині встановлення випадку(-ів), коли замовник повинен визначати окремі лоти під час закупівлі лікарських засобів та медичних виробів.
2. Розробити окремий порядок досудового оскарження рішень, дій та бездіяльності адміністратора та замовників під час проведення закупівель, зокрема, лікарських засобів та медичних виробів, з використанням електронного каталогу, з метою забезпечення неупередженого й ефективного захисту прав і законних інтересів потенційних та реальних учасників таких процедур закупівель.

Рекомендації Антимонопольного комітету України підлягають обов'язковому розгляду органом державної влади, якому вони надані.

Про результати розгляду цих рекомендацій повідомити Антимонопольний комітет України у 60-ти денний строк із дня їх отримання.