

ЖАЛОБА
на положения квалификационной документации и действия Заказчика

11 марта 2021г. (далее также – Заказчик) разместило в Единой информационной системе в сфере закупок на сайте www.rzd.ru, а также на сайте www.rts-tender.ru Извещение об осуществлении предварительного квалификационного отбора без ограничения срока подачи заявок в электронной форме № 1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 (далее – ПКО или ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21) с целью выбора организаций, обладающих достаточной квалификацией для осуществления поставки специальной теплозащитной одежды из меха, летней, теплозащитной, сигнальной специальной одежды и рукавиц в 2021-2024 годах (Приложение №1 к настоящей Жалобе).

Номер процедуры в Единой информационной системе в сфере закупок (далее – ЕИС) – 32110073290.

Согласно Письма ФАС России от 25.06.2019г. № МЕ/53183/19 жалоба на положения документации о закупке может быть направлена любым лицом в антимонопольный орган до окончания срока подачи заявок на участие в закупке.

Согласно ч.24 ст.3.2. Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц (далее – Закон о закупках) конкурентные закупки могут включать в себя один или несколько этапов.

В определении Верховного Суда Российской Федерации от 18.08.2021г. №305-ЭС21-8247 по делу №А40-7515/2020 указано, что «Локальные правовые акты и документы, регламентирующие закупочную деятельность предприятия, не должны противоречить действующему законодательству, а право предприятия устанавливать особенности проведения закупочных процедур не освобождает его от необходимости соблюдения действующего законодательства, прав и законных интересов участников закупки».

Заявитель обжалует следующие положения Квалификационной документации ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 (далее – Документация ПКО - Приложение №2, 3 к настоящей Жалобе):

1. **Нарушение №1** - Технические условия (ТУ) Заказчика, указанные в Документации ПКО, не являются документами, разработанными и применяемыми в национальной системе стандартизации, что нарушает п.218 Положения о закупке товаров, работ, услуг для нужд (далее – Положение о закупке Заказчика) и п.1 ч.10 ст.4 Закона о закупках;

2. **Нарушение №2** –

2.1. Незаконное требование предоставления образцов товара на этапе подачи заявки на ПКО;

2.2. Незаконное требование предоставления сертификатов соответствия/деклараций, заключений СЭС, протоколов испытаний на этапе подачи заявки на ПКО;

2.3. Незаконное требование о предоставлении сертификатов соответствия с указанными в них конкретными ТУ Заказчика и специфическим (индивидуальным для Заказчика) наименованием и типом продукции.

Указанные требования приводят к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, что является нарушением ч.1 ст.17 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции); являются избыточными, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1^а статьи 2 Закона о закупках, а также накладывают на участника ПКО дополнительные финансовые расходы.

3. **Нарушение №3** - Положения Документации ПКО о праве Заказчика до подведения итогов ПКО запрашивать у участников ПКО информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника требованиям Документации, ограничивают количество участников ПКО и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, п.2 ч.1 ст.3 Закона о Закупках и нарушают ч.1 ст.2 Закона о закупках.

НАРУШЕНИЕ №1

Технические условия (ТУ) Заказчика, указанные в Документации ПКО, не являются документами, разработанными и применяемыми в национальной системе стандартизации, что нарушает п.218 Положение о закупке Заказчика и п.1 ч.10 ст.4 Закона о закупках.

В соответствии с ч. 6 ст. 3 Закона о закупках Заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной закупке в соответствии с положением о закупке.

Согласно п.218 Положения о закупке Заказчика (Приложение №4 к настоящей Жалобе) требования к качеству товаров, работ, услуг подлежат изложению в техническом задании со ссылкой на технические регламенты, принятые в соответствии с законодательством РФ о техническом регулировании, документы, разработанные и применяемые в национальной системе стандартизации, принятые в соответствии с законодательством РФ о стандартизации.

Согласно п.2 ст.2 Федерального закона от 29.06.2015 № 162-ФЗ «О стандартизации в Российской Федерации» (далее - Закон о стандартизации) документами, разработанными и применяемыми в национальной системе стандартизации, являются, в том числе, технические условия, зарегистрированные в установленном порядке в Федеральном информационном фонде стандартов.

Согласно п.6 ст.21 Закона о стандартизации технические условия (ТУ) могут быть зарегистрированы в Федеральном информационном фонде стандартов по инициативе организации, утвердившей данные технические условия.

Согласно п.3 Порядка регистрации стандартов организаций, в том числе технических условий, в Федеральном информационном фонде стандартов, определенном Приказом Министерства промышленности и торговли Российской Федерации (Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии) от 30.04.2021г. № 651 на регистрацию в Фонде могут быть направлены СТО/ТУ, прошедшие экспертизу в техническом комитете по стандартизации или проектно-техническом комитете по стандартизации, к области деятельности которого относится объект стандартизации СТО/ТУ.

Экспертиза СТО/ТУ или проекта СТО/ТУ осуществляется в соответствии с Порядком проведения экспертизы проектов стандартов организаций, а также проектов технических условий, представляемых разработчиком в соответствующие технические комитеты по стандартизации или проектно-технические комитеты по стандартизации, утвержденным приказом Министерства промышленности и торговли Российской Федерации от 6 июля 2017 г. № 2171 (зарегистрирован Министерством юстиции Российской Федерации 3 августа 2017 г., регистрационный номер 47658).

Таким образом, согласно действующему законодательству, документом национальной системы стандартизации может считаться только то СТО или ТУ, которое:

1. Прошло в установленном порядке соответствующую экспертизу;
2. После прохождения экспертизы было зарегистрировано в установленном порядке в Федеральном информационном фонде стандартов.

Документация ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 включает в себя Технические задания по лотам №№ 1, 2, 3, которые состоят (в том числе) из ТУ, указанных в Перечне, являющимся Приложением №5 к настоящей Жалобе.

Документация ПКО (включая ТУ) находится в открытом доступе на сайте www.rts-tender.ru.

Титульные листы ТУ Документации ПКО являются приложением №20 к настоящей Жалобе.

Однако, в Каталоге стандартов организаций и технических условий, зарегистрированных в Федеральном информационном Фонде стандартов в соответствии с Приказом Росстандарта от 30.04.21г. №651 на сайте Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии (РОССТАНДАРТ), указанные ТУ Заказчика отсутствуют.

Согласно распечатки с сайта https://www.gostinfo.ru/pages/Catalogs/register_CTO_TU/ (приложение № 6 к настоящей Жалобе) единственным зарегистрированным в данном Каталоге документом Заказчика является СТО РЖД 15.002-2022. **Информация о зарегистрированных ТУ Заказчика в данном Каталоге стандартов отсутствует.**

Вместе с тем, п.2 ст.2 Закона о стандартизации дополнен положением о том, что технические условия, зарегистрированные в установленном порядке в Федеральном информационном фонде стандартов также являются документами, разработанными и применяемыми в национальной системе стандартизации, введен в действие Федеральным Законом от 30.12.2020 N 523-ФЗ.

На момент опубликования Извещения Заказчика о ПКО, т.е. на 11 марта 2021г., действующая на тот момент редакция Закона о стандартизации не относилась к документам, разработанным и применяемым в национальной системе стандартизации.

Таким образом, в нарушение п.218 Положения о закупке и п.1 ч.10 ст.4 Закона о закупках Заказчик незаконно указал в Документации ПКО ТУ, которые не являются документами, разработанными и применяемыми в национальной системе стандартизации.

НАРУШЕНИЕ №2

2.1. Незаконное требование предоставления образцов товара на этапе подачи заявки на ПКО

Согласно Раздела 5 Технического задания (Приложения №1.1. к Квалификационной документации ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21) в составе квалификационной заявки участник должен представить образцы изделий по лоту(ам), по которому(ым) он подал квалификационную заявку.

Образцы по лоту(ам), по которому(ым) участник подает квалификационную заявку, должны быть представлены с сопроводительным письмом по форме приложения № 3 к квалификационной документации в срок не позднее даты окончания срока подачи заявок на участие в предварительном квалификационном отборе.

Образцы предлагаемой продукции, должны быть представлены в соответствии с Порядком приема, проверки и утверждения образцов изделий, представляемых участниками на квалификационный отбор, хранения утвержденных образцов-эталонов (приложение № 2 квалификационной документации).

В подтверждение соответствия техническим требованиям участник одновременно с предоставлением образцов должен представить:

- санитарно-эпидемиологическое/экспертное заключение либо иной документ, выданный Управлением Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по железнодорожному транспорту о возможности применения продукции в сфере железнодорожного транспорта (за исключением позиций

№№ 3, 4, 5 лота № 3, позиции 17 лота № 1 (копия, заверенная подписью и печатью (при наличии) участника);

- сертификат соответствия/декларацию таможенного союза о соответствии требованиям ТР ТС 019/2011 «О безопасности средств индивидуальной защиты» (копия, заверенная подписью и печатью (при наличии) участника);

- копии протоколов лабораторных испытаний на применяемые материалы по показателям, указанным в разделах Технического задания/Технического условия «Характеристики (показатели) продукции, подтверждаемые при сертификации» и «Требования к материалам», заверенные Участником;

- копии протоколов лабораторных испытаний на готовые изделия по показателям, указанным в разделе Технического задания/Технического условия «Характеристики (показатели) продукции, подтверждаемые при сертификации» и «Требования к материалам», заверенные Участником.

В силу п.3.1.2 Документации ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 к участию в предварительном квалификационном отборе допускаются участники, соответствующие обязательным и квалификационным требованиям, квалификационные заявки которых соответствуют требованиям технического задания, квалификационной документации, представившие надлежащим образом оформленные документы, предусмотренные квалификационной документацией.

Согласно п.3.6.4. Документации ПКО Участник предварительного квалификационного отбора не допускается к участию в предварительном квалификационном отборе в случае:

3.6.4.1. Непредставления определенных квалификационной документацией документов;

3.6.4.4. Квалификационная заявка не соответствует форме, установленной квалификационной документацией, не содержит документов, иной информации согласно требованиям квалификационной документации.

Таким образом, согласно Положениям Документации ПКО условием для рассмотрения Заказчиком поступившей заявки является обязательное представление участником ПКО в составе заявки образцов предлагаемой продукции и документации, подтверждающей соответствие предлагаемой продукции показателям эквивалентности, установленным в КД.

Непредставление вышеуказанных образцов изделий и обозначенных документов влечет недопуск заинтересованного лица к участию в ПКО.

Требование о представлении на этапе подачи заявки на ПКО образцов предлагаемого к поставке товара, полностью соответствующих техническому заданию Документации ПКО, накладывает на участника ПКО дополнительную финансовую нагрузку и обременение в виде обязанности заблаговременно приобрести или произвести указанную продукцию без гарантии того, что он станет победителем, и, соответственно, такой товар будет реализован, поскольку, такие образцы необходимы для рассмотрения заявок, а не на стадии заключения договора, а также ставит в неравное положение участников ПКО и исключает возможность принять участие в такой процедуре по причине отсутствия такого образца.

Соответственно, требование Заказчика о необходимости предоставления товара на этапе подачи заявки на участие в ПКО приводит к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, что является нарушением ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции, ч.1 ст.3, ч.6 ст.3, Закона о закупках.

Согласно действующему законодательству в сфере закупок участнику ПКО достаточно лишь продекларировать в своей заявке полное соответствие предлагаемого к поставке товара требованиям закупочной документации Заказчика, что будет являться достаточным условием для участия в ПКО.

Данная позиция подтверждается позицией ФАС – согласно п.3 Письма ФАС России от 01.07.2016г. №ИА/44536/16 (приложение №7 к настоящей Жалобе) при установлении Заказчиком в документации, извещении о закупке требований к описанию участниками закупки товаров следует учесть, что закон не обязывает участника закупки иметь в наличии товар в момент подачи заявки.

Указанное письмо применимо к рассматриваемым правоотношениям ввиду того, что Закон о закупках также не обязывает участников закупки иметь в наличии требуемый товар на момент подачи заявки. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что решением Верховного суда Российской Федерации от 09.02.2017г. № АКПИ16-1287 отказано в удовлетворении заявления о признании недействующим п.3 вышеуказанного письма, что свидетельствует о придании упомянутому письму силы нормативного правового акта.

Данные выводы сделаны в Постановлении 9ААС от 30.12.2020г. №09АП-55260/2020 по делу №А40-54884/20 (приложение №21 к настоящей Жалобе). Арбитражный суд Московского округа подтвердил данную позицию в Постановлении от 01.04.2021г. по данному делу. Особого внимания требует тот факт, что участником указанного дела являлось ОАО «РЖД».

Также, вышеуказанная позиция подтверждается иной судебной практикой (в том числе): Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 12.07.21г. по делу №А40-75723/20-121-412, Постановлением Арбитражного суда Поволжского округа от 14.03.2023г. по делу № А49-2445/2022 (приложение №№8, 9 к настоящей Жалобе).

2.2. Незаконное требование предоставления сертификатов соответствия/деклараций, заключений СЭС, протоколов испытаний на этапе подачи заявки на ПКО

Согласно подп.11 п.19.1. ст.3.4. Закона о закупке в документации о конкурентной закупке заказчик вправе установить обязанность предоставления копий документов, подтверждающих соответствие товара, работы или услуги, являющихся предметом закупки, требованиям, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации, в случае, если требования к данным товару, работе или услуге установлены в соответствии с законодательством Российской Федерации и перечень таких документов предусмотрен документацией о конкурентной закупке. При этом не допускается требовать представление указанных документов, если в соответствии с законодательством Российской Федерации они передаются вместе с товаром.

В соответствии со статьей 456 Гражданского Кодекса Российской Федерации продавец обязан передать покупателю товар, предусмотренный договором купли-продажи. Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, продавец обязан одновременно с передачей вещи передать покупателю ее принадлежности, а также относящиеся к ней документы (технический паспорт, сертификат качества, инструкцию по эксплуатации и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Отсутствие у участника ПКО на момент подачи заявки соответствующих товаров и, как следствие сертификатов соответствия на такие товары не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по контракту, заключаемого по результатам конкурса (торгов), поскольку такие товары могут быть

приобретены/изготовлены участником ПКО после подведения итогов закупки, в случае признания такого участника победителем закупки (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.07.2021г. по делу №А40-75723/20-121-412 – Приложение №8 к настоящей Жалобе).

Учитывая изложенное, требование о представлении в составе заявки участника ПКО заключений СЭС, сертификатов соответствия/деклараций ТС, копий протоколов испытаний обременяют участника ПКО заблаговременно произвести/приобрести указанный в Документации ПКО товар и провести испытания соответствующего товара. Указанное требование является избыточным, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает часть 1 статьи 2 Закона о закупках, и накладывает на участника ПКО дополнительные финансовые расходы.

Данная позиция подтверждается ФАС России (Письмо ФАС от 01.07.2016 № ИА/44536/16, Решение ФАС от 20.04.2017г. №223Ф3-351/17 – приложение №10 к настоящей Жалобе) и судебной практикой, в частности: Постановлением АС Московского округа от 16.02.2023г. по делу №А40-124583/22-149-936 (приложение №11 к настоящей Жалобе).

2.3. Незаконное требование о предоставлении сертификатов соответствия с указанными в них конкретными ТУ Заказчика и специфическим (индивидуальным для Заказчика) наименованием и типом продукции

Также, на сайте www.rts-tender.ru содержатся Разъяснения Заказчиком положений документации ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 от 22.03.2021г. (приложение №12 к настоящей Жалобе), согласно которым сертификат соответствия или декларация оформляются отдельно на каждую позицию лота со строгим соответствием наименования позиции и указанием конкретного ТУ/ТЗ.

Таким образом, в Документации ПКО Заказчик установил требование к участникам ПКО предоставить сертификаты соответствия, в которых в обязательном порядке должны быть ссылка на ТУ Заказчика и наименование продукции, согласно данным ТУ.

Наименование продукции, указанное в ТУ Заказчика, содержит в себе, как правило, общее наименование продукции, ссылку на функциональные свойства продукции, **специфическое наименование (например – «Локомотив», «Промывальщик», «Промывальщик-Л», «Железнодорожник», «Железнодорожник-Л», «Восстановитель», «РЖД-Сигнал» и др.) и тип продукции (например – тип А1, тип А2, тип Б1, тип Б2, тип А1Со1, тип БСо1 и др.)**.

Титульные листы ТУ документации ПКО (с указанными на них номерами ТУ и наименованиями продукции) приложены к настоящей Жалобе (приложение №20).

Согласно подп.1 п.6.1. ст.3 Закона о закупках в описании предмета закупки указываются функциональные характеристики (потребительские свойства), технические и качественные характеристики, а также эксплуатационные характеристики (при необходимости) предмета закупки.

Согласно подп.2 п.6.1. ст.3 Закона о закупках в описании предмета закупки в документации не должны включаться требования или указания в отношении товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований, патентов, полезных моделей, промышленных образцов, требования к товарам, информации, работам, услугам при условии, что такие требования влекут за собой необоснованное ограничение количества участников закупки, за исключением случаев, если не имеется другого способа,

обеспечивающего более точное и четкое описание указанных характеристик предмета закупки.

Указанное в ТУ документации ПКО наименование продукции, содержащее в себе (в том числе) специфическое (индивидуальное для Заказчика) наименование и индивидуальный для Заказчика тип продукции не соответствует положениям Закона о закупках.

Получение сертификатов соответствия с номерами конкретных ТУ и специфическим (индивидуальным для Заказчика) наименованием и типом продукции влечет для участника ПКО дополнительные финансовые затраты и невозможность реализации данной продукции другим покупателям, если участник ПКО не станет победителем данного конкурса (так как отсутствует возможность воспользоваться данными сертификатами в отношении других покупателей).

НАРУШЕНИЕ №3

Положения Документации ПКО о праве Заказчика до подведения итогов ПКО запрашивать у участников ПКО информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника требованиям Документации, ограничивают количество участников ПКО и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, п.2 ч.1 ст.3 Закона о Закупках и нарушают ч.1 ст.2 Закона о закупках.

Согласно п.3.6.9. Документации ПКО Заказчик вправе до подведения итогов предварительного квалификационного отбора в письменной форме запросить у участников отбора информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с квалификационной заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в квалификационной документации. При этом не допускается изменение и(или) дополнение квалификационных заявок участников.

Данное положение Документации ПКО ставит в зависимость участие в ПКО от волеизъявления Заказчика, поскольку, применение Заказчиком права запрашивать дополнительную информацию может применяться не в равной степени к участникам ПКО, что ограничивает количество участников ПКО.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации ПКО, ограничивают количество участников ПКО и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, п.2 ч.1 ст.3 Закона о Закупках и нарушают ч.1 ст.2 Закона о закупках.

Данная позиция подтверждается Решением ФАС России от 21.01.2020г. № 223ФЗ-68/20 (приложение №13 к настоящей Жалобе), Определением ВС РФ от 20.09.2021г. №305-ЭС21-8237 (приложение №14 к настоящей Жалобе).

Вышеуказанные положения документации ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 ограничивают круг участников ПКО, чем нарушают подп.2 п.32 Положения о закупках, ч.1 ст.17 Закона о защите конкуренции, ч. 1 ст. 2 Закона о закупках и противоречат п. 2 ч.1 ст. 3 Закона о закупках.

На основании ст.18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

ЗАЯВИТЕЛЬ ПРОСИТ:

1. Признать жалобу _____ обоснованной;
2. Выдать Заказчику _____ предписание об устранении нарушений, указанных в настоящей Жалобе.

Приложения:

1. Извещение _____ об осуществлении ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21;
2. Квалификационная документация ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 (ч.1, 2);
3. Квалификационная документация ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 (ч.3);
4. Положение о закупке Заказчика;
5. Перечень ТО/СТУ документации ПКО;
6. Распечатка с сайта https://www.gostinfo.ru/pages/Catalogs/register_CTO_TY/;
7. Письмо ФАС России от 01.07.2016г. №ИА/44536/16;
8. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.07.21г. по делу № А40-75723/20-121-412;
9. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 14.03.2023г. по делу № А49-2445/2022;
10. Решение ФАС от 20.04.2017г. №223ФЗ-351/17;
11. Постановление АС Московского округа от 16.02.2023г. по делу №А40-124583/22-149-936;
12. Разъяснения Заказчика положений документации ПКО №1/ПКОЭ-ЦДЗС/21 от 22.03.2021г.;
13. Решение ФАС России от 21.01.2020г. № 223ФЗ-68/20;
14. Определение ВС РФ от 20.09.2021г. №305-ЭС21-8237;
15. Свидетельство серия 78 № 003472146;
16. Свидетельство серия 78 № 005787161;
17. Свидетельство серия 78 № 007893015;
18. Решение акционера от 28.06.2022г.;
19. Свидетельство ИНН;
20. Титульные листы ТУ Документации ПКО;
21. Постановление 9ААС от 30.12.2020г. №09АП-55260/2020 по делу №А40-54884/20;
22. Доверенность на представителя