Sygn. akt KIO 621/23

WYROK z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Krzysztof Sroczyński Adriana Urbanik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę S&T Poland Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Akademię Górniczo - Hutniczą w Krakowie, Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET AGH, ul. Nawojki 11, 30950 Kraków

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Solutions S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 98, 00-807 Warszawa (lider konsorcjum) oraz Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna nr 13 lok. 1, 65-410 Zielona Góra (uczestnik konsorcjum)

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 621/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego zawiadomienia z dnia 22 lutego 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, co udaremnia Odwołującemu możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę S&T Poland Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S&T Poland Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy S&T Poland Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa na rzecz zamawiającego Akademii

Górniczo - Hutniczej w Krakowie, Akademickiego Centrum Komputerowego CYFRONET AGH, ul. Nawojki 11, 30-950 Kraków kwotę 4 107 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…....

Sygn. akt KIO 621/23

Uzasadnienie

Akademia Górniczo – Hutnicza w Krakowie Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET AGH, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę infrastruktury technologii obliczeniowych przyszłości w ACK Cyfronet AGH”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 184-517792.

W dniu 22 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Solutions S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako ofertę , której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W dniu 6 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca S&T Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego zawiadomienia z dnia 22 lutego 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego,

2. odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami

zamówienia, podczas, gdy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami

zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanych dalej

„SWZ", w tym w Opisie Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej „OPZ",

3. zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej

oferty, pomimo tego, że zachodziły przesłanki do wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do wyjaśnień,

4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Solutions S.A. oraz Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum Euvic", pomimo tego, że oferta Konsorcjum Euvic jest niezgodna z warunkami zamówienia;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, podczas, gdy oferta jest zgodna z warunkami określonymi w SWZ, w tym w OPZ;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic, pomimo tego, że zaoferowane przez Konsorcjum Euvic produkty (rozwiązania techniczne) są niezgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez

Zamawiającego;

3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, że zachodziły przesłanki do wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do wyjaśnień;

4. art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego zawiadomienia z dnia 22 lutego 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, co udaremnia Odwołującemu możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności odrzucenie oferty wraz z przedstawieniem prawidłowego uzasadnienia;

2. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności odrzucenia oferty

Odwołującego oraz wyboru oferty Konsorcjum Euvic jako najkorzystniejszej;

3. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum Euvic jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

4. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia wniosku określonego w ust. 3.

5. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty,

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że:

Odnośnie zarzutu zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego zawiadomienia o ofertach o odrzuconych z dnia 22 lutego 2023 r., co udaremnia Odwołującemu możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Jednocześnie podniósł, że stanowi to naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Wypełnienie obowiązków informacyjnych przez Zamawiającego (o których mowa w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp) jest jedną z najistotniejszych gwarancji transparentności postępowania, a także równego traktowania wykonawców. Z uzasadnienia sporządzonego przez Zamawiającego powinien zatem wynikać precyzyjny opis

zaistniałego stanu faktycznego oraz wykazanie, że w danym stanie faktycznym zachodzą podstawy uzasadniające zastosowanie określonego przepisu ustawy Pzp (w tym przypadku art. 226 ust. 1 pkt 5

ustawy Pzp). Wobec tego, Zamawiający powinien w precyzyjny sposób wyjaśnić, na jakiej podstawie uznał, że rozwiązanie techniczne zaoferowane przez Odwołującego jest niezgodne z wymogami określonymi w OPZ. Natomiast w uzasadnieniu zamieszczonym w zawiadomieniu o ofertach odrzuconych z dnia 22 lutego 2023 r. nie zostały przedstawione szczegółowe przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie wyjaśnił przy tym, na jakiej podstawie uznał, że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie nie posiada wymaganego komercyjnego wsparcia producenta. Zamawiający nie wskazał, żadnego postanowienia treści oferty Odwołującego, czy też treści opisu oprogramowania rodziny „Intel oneAPI", z których jednoznacznie wynikałby brak koniecznego wsparcia producenta. Stanowisko Zamawiającego stanowi zatem nadinterpretację treści oferty złożonej przez Odwołującego. Co więcej, Zamawiający w żadnym punkcie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie przywołał jakiegokolwiek postanowienia SWZ, OPZ, czy też formularza ofertowego, który wymagałby od wykonawców przedstawienia w ofercie informacji na temat oferowanego komercyjnego wsparcia producenta.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic, jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp). Wskazał na określone przez Zamawiającego wymogi dotyczące procesorów – w pkt. 4.12.4. OPZ oraz 1.1.4. OPZ. Tymczasem oferowany przez Konsorcjum Euvic procesor Intel XEON SP Gen 3 model 8352S nie spełnia wymaganych parametrów w zakresie sumarycznej teoretycznej mocy obliczeniowej.

Producent procesorów XEON firma Intel podaje 3 wartości nominalne/katalogowe dla swoich procesorów serii Intel XEON SP. Są to częstotliwości:

- Dla operacji nie-AVX - procesor XEON SP wykonuje 8 instrukcji per cykl procesora,
- Dla operacji AVX 2.0 - procesor XEON SP wykonuje 16 instrukcji per cykl procesora,
- Dla operacji AVX-512 - procesor XEON SP wykonuje 32 instrukcje per cykl

procesora.

Dla procesora Intel XEON SP model 8352S wynoszą one:

- „Typ procesora" 8352S, „Ilość rdzeni" 32, „Nominalna częstotliwość dla operacji nie – AVX (GHz)" 2.2;
- Typ procesora" 8352S, „Ilość rdzeni" 32, „Nominalna częstotliwość dla operacji AVX 2.0 (GHz)" 1.9;
- Typ procesora" 8352S, „Ilość rdzeni" 32, „Nominalna częstotliwość dla operacji AVX – 512 (GHz)" 1.6.

Częstotliwość katalogowa dla operacji AVX-512 procesora Intel XEON SP Gen 3 model 8352S wynosi 1.6 GHz. Po podstawieniu do wzoru: Rproc = C * I * F

Dla procesora Intel XEON SP Gen 3 model 8352S wydajność pojedynczego procesora wynosi 1,6384 TFLOPS. Natomiast dla dwóch procesorów Rproc wynosi 3,2768 TFLOPS.

Dla wyjaśnienia relacji pomiędzy jednostką miary mocy obliczeniowej GFLOPS a

TFLOPS należy odwołać się do pkt. 1.1.3. OPZ:

„1.3.Jednostki miary mocy obliczeniowej

- GFLOPS (gigaflops) – 109 operacji zmiennoprzecinkowych na sekundę,
- TFLOPS (teraflops) – 1012 operacji zmiennoprzecinkowych na sekundę"

Powyższa wartość jest niższa niż wymagany poziom co najmniej 4.5 TFLOPS (zgodnie z art. 4.12.4.3. OPZ). Wobec tego produkt (rozwiązanie techniczne) zaoferowane przez Konsorcjum Euvic jest niezgodne z wymogami określonymi przez Zamawiającego. W konsekwencji zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Nadto Odwołujący wskazał, że z uwagi na zastrzeżenie części oferty Konsorcjum Euvic jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaoferowanie przez ww. Konsorcjum procesora Intel XEON SP model 8352S, jest założeniem Odwołującego przyjętym na potrzeby niniejszego odwołania.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że wszystkie produkty (rozwiązania techniczne) zaoferowane przez Odwołującego są zgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego. Jednak z uwagi na niejasne oraz nieprecyzyjne uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podniesione zarzuty są wynikiem domniemania (domysłu) Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że należy domniemywać, że Zamawiający zarzuca Odwołującemu zaoferowanie oprogramowania nieposiadającego wymaganego komercyjnego wsparcia producenta. Taki wniosek Zamawiającego jest całkowicie bezzasadny i stanowi niczym nieuzasadnioną nadinterpretację treści oferty złożonej przez Odwołującego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku wymogu podania informacji (danych) dotyczących komercyjnego wsparcia producenta Odwołujący podniósł m.in., że w żadnym punkcie dokumentacji postępowania, Zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców informacji na temat komercyjnego wsparcia producenta. Taki wymógł nie został zawarty ani w treści SWZ, ani w treści OPZ, a także w treści formularza ofertowego. Również we wzorze formularza ofertowego Zamawiający nie przewidział punktu, w którym wykonawcy mieliby podać dane (informacje) na temat komercyjnego wsparcia producenta. Należy zwrócić

uwagę na treść formularza ofertowego dotyczącego Oprogramowania narzędziowego i bibliotek numerycznych, z którego wynika że Zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawców informacji wyłącznie na temat „Nazwy producenta, rodziny, wersji oprogramowania oraz typ licencji, w tym liczby" oraz „Liczby równoległych użytkowników objętych licencją (ang. floating users) Nazwy producenta".

Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, jak i orzecznictwa, ewentualne nieprecyzyjności oraz niejasności dokumentacji postępowania obciążać muszą autora danego dokumentu, zgodnie z zasadą in dubio contra proferentem (w razie wątpliwości przeciwko oświadczającemu). W tej sytuacji wszelkie niejasności i nieprecyzyjności treści dokumentacji postępowania, w szczególności SWZ oraz OPZ, obciążają Zamawiającego i nie mogą być interpretowane na niekorzyść Odwołującego. Odwołujący nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji niewłaściwego przygotowania dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, czy też skutków rozszerzającej wykładni treści takiej dokumentacji. Odwołujący, przygotowując ofertę, postępował ściśle według wytycznych Zamawiającego, zatem jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.

Odnośnie posiadanego komercyjnego wsparcia producenta Odwołujący wskazał, że zaoferowany przez niego pakiet oprogramowania posiada komercyjne wsparcie świadczone przez producenta, trwające przez cały okres gwarancji oferowanej infrastruktury. Na potwierdzenie Odwołujący przedstawił korespondencję mailową prowadzoną pomiędzy partnerem handlowym Odwołującego (JLC First) a sklepem internetowym Intel Software Products Webstore (ISP Fulfillment) w sprawie oprogramowania Intel oneAPI, z której wynika, że wersja oprogramowania Intel oneAPI posiada wymagane wsparcie producenta. Takie właśnie oprogramowanie – ze wsparciem producenta – zaoferował Odwołujący w tym postępowaniu. Zatem nie powinno podlegać wątpliwości, że produkt (rozwiązanie techniczne) zaoferowane przez Odwołującego jest zgodne z wymogami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Jeżeli Zamawiający powziął jakiekolwiek wątpliwości dotyczące wsparcia producenta, powinien był zastosować tryb z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Zastosowanie najbardziej restrykcyjnej sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy, powinno być ostatecznością.

Informacja o wniesionym odwołaniu została wraz z kopią odwołania zamieszczona w dniu 7 marca 2023 r. na stronie prowadzonego postępowania, tj. na Platformie Zakupowej pod adresem

W dniu 10 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Euvic Solutions S.A. oraz Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, zwani dalej „Przystępującym", zgłosili przystąpienie do

postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 15 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie dowodów wskazanych w treści pisma oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego (konsorcjum Euvic) złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euvic Solutions S.A. oraz Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., zwanych dalej „konsorcjum Euvic" lub „Przystępującym", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody (według złożonego spisu kosztów), tj.:

1. Wydruk korespondencji mailowej pomiędzy p. J. L. – na okoliczność treści korespondencji dotyczącej produktów Intel (dowód nr 1).

2. Wydruk ze stronywraz z tłumaczeniem na język polski – na okoliczność ustalenia sposobu nabywania uprawnienia do korzystania z oprogramowania Intel oneAPI (dowód nr 2).

3. Wydruk ze strony

wraz z tłumaczeniem na język polski – na okoliczność ustalenia nazw produktów z rodziny Intel oneAPI (dowód nr 3).

4. Opis sposobu zakupu pakietów wsparcia dla Intel oneAPI Base Toolkit oraz Intel

oneAPi HPC Toolkit (dowód nr 4).

5. Opis sposobu zakupu pakietów wsparcia dla Intel oneAPI Base Toolkit oraz Intel

oneAPi Rendering Toolkit (dowód nr 5).

6. Prezentacja techniczna dotycząca Intel XEON SP Gen 3 „Perfomance made flexible" wraz z tłumaczeniem - na okoliczność danych wejściowych dla wyliczenia teoretycznej mocy obliczeniowej procesorów Intel Xeon 8352s (dowód nr 6).

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego na rozprawie dowody, tj.:

1. Korespondencja z opiekunem Intel: J. H. - M. M.(dowód nr 1).

2. Korespondencja z opiekunem Intel: R. T. – M. M. (dowód nr 2).

3. Korespondencja z opiekunem Intel: R. J. – M. M. (dowód nr 3).

4. Korespondencja z opiekunem Intel: M. T. – M. M. (dowód nr 4).

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Przystępującego na rozprawie dowody, tj.:

1. Umowa licencyjna użytkownika końcowego Intel dotycząca narzędzi programistycznych (wersja z października 2021 r.) – tłumaczenie z języka

angielskiego oraz treść umowy w języku angielskim (dowód nr 1).

2. Wydruk ze strony Intel – Bezpłatne narzędzia programistyczne Intel (dowód nr 2).

3. Wydruk ze strony Intel – Wsparcie priorytetowe (dowód nr 3).

4. Korespondencja: GAMBIT W. P. – A. L. (dowód nr 4).

5. Strona z oferty wykonawcy Intaris (dowód nr 5).

6. Wyciąg z SWZ – str. 29 i 31 (dowód nr 6).

7. Wydruk ze strony Intel – Procesor Intel®Xeon®Platinum 8352S (dowód nr 7).

8. Wyliczenie teoretycznej mocy obliczeniowej w GFLOPS dla serwera wyposażonego w dwa procesory Intel Xeon Paltinum 8352S oraz wyciąg z oferty Intaris (dowód nr 8).

Odwołujący w dniu 17 marca 2023 r. cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego zawiadomienia z dnia 22 lutego 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, co udaremnia Odwołującemu możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Wobec powyższego postępowanie w części cofniętego odwołania (zarzutu nr 4) podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, podczas, gdy oferta jest zgodna z warunkami określonymi w SWZ, w tym

w OPZ (zarzut nr 1 odwołania),

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, że zachodziły przesłanki do wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do wyjaśnień (zarzut nr 3 odwołania), nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Załączniku nr 1A do SWZ Opis „Przedmiotu zamówienia", „4.17.Oprogramowanie narzędziowe i biblioteki numeryczne" podał:

„Wraz z serwerami obliczeniowymi należy dostarczyć zestaw oprogramowania narzędziowego i bibliotek numerycznych pochodzących bezpośrednio od producenta procesorów zainstalowanych w serwerach, umożliwiający komercyjne wykorzystanie całości oprogramowania jednocześnie przez 100 użytkowników nie przypisanych do stanowisk ani konkretnych serwerów (tzw. licencja floating lub concurrent). W przypadku kiedy licencja limitowana jest liczbą kont w systemie wsparcia producenta dopuszczalne jest zastosowanie

mnożnika 5, tj. jeden równoległy użytkownik odpowiada 5 kontom w systemie wsparcia. Pakiet oprogramowania musi posiadać komercyjne wsparcie świadczone przez jego producenta (będącego także producentem procesorów zainstalowanych w serwerach) trwające przez cały okres gwarancji oferowanej infrastruktury. Dostarczany pakiet musi posiadać następujące komponenty:

4.17.1. Zestaw oficjalnych kompilatorów producenta oferowanych procesorów, obsługujących języki programowania C/C++/SYCL/Fortran oraz wspierających optymalizację pod architekturę oferowanego sprzętu

4.17.2. Wsparcie dla standardu C++ 20, oraz OpenMP do wersji co najmniej 5.1 (…)

4.17.6. Debugger ze wsparciem dla aplikacji równoległych, poprawnie obsługujący aplikacje skompilowane przy pomocy dostarczonych kompilatorów, wspierający języki C,C++, Fortran, SYCL oraz obsługujący standard OpenMP

4.17.7. Narzędzie wspierające konwersję kodów CUDA do kodu obsługiwanego przez dostarczone kompilatory umożliwiające przenoszenie ich na dostarczoną architekturę sprzętową CPU (…)

4.17.10. Pakiet wsparcia dla wszystkich powyższych narzędzi obejmujący: (…)".

Odwołujący w „Formularzu ofertowym" wskazał oferowane „Oprogramowanie narzędziowe i biblioteki numeryczne", podając – zgodnie z wymogami tabeli – „nazwę producenta, rodzinę, wersję oprogramowania oraz typ licencji", tj.: „Nazwa producenta: Intel

Nazwa rodziny: Intel oneAPI - szczegóły w załączniku „Opis Licencji"

Wersje oprogramowania: - szczegóły w załączniku „Opis Licencji"

Typ licencji:

Intel End User License Agreement for Developer Tools

(Version October 2021 or later)

Intel Simplified Software License

(Version August 2021 or later)

Open Source Licenses Apache License, Version 2.0

Apache License, Version 2.0 with LLVM Exception

3-Clause BSD

The GNU General Public License v3.0

MIT License

- szczegóły w załączniku „Opis Licencji"

Liczba:

Licencje wymienione w sekcji „Typ licencji", którymi objęte jest oferowane oprogramowanie, nie ograniczają liczby użytkowników.

- szczegóły w załączniku „Opis Licencji".

Jednocześnie w kolumnie „Liczba równoległych użytkowników objętych licencją (ang. floating users) Nazwa producenta" podał „Licencje wymienione w sekcji „Typ licencji", którymi objęte jest oferowane oprogramowanie, nie ograniczają liczby równoległych użytkowników.

- szczegóły w załączniku „Opis Licencji" Nazwa producenta: Intel".

W załączniku "Opis Licencji" Odwołujący wyspecyfikował oferowane oprogramowanie, tj.: „Intel oneAPI Base Toolkit, Intel oneAPI HPC Toolkit, Intel oneAPI Rendering Toolkit".

Pismem z dnia 22 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający m.in. wskazał, że z oferty Odwołującego wynika jednoznaczne, że Wykonawca oferuje oprogramowanie w wersji bezpłatnej, nieposiadające wymaganego komercyjnego wsparcia producenta. W nazwie oferowanych pakietów oprogramowania Wykonawca nie zamieścił żadnej dodatkowej informacji na temat liczby użytkowników objętych wsparciem, liczby oferowanych licencji ani okresu wykupionego wsparcia producenta oprogramowania. Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp co do treści złożonej oferty. Wyjaśnienie Wykonawcy nie może rekompensować braku wykazania przez niego w ofercie, iż oferowany produkt spełnia wymogi postawione w SWZ. Treść oferty przedstawiająca, jakie konkretnie rozwiązania czy produkty oferuje Wykonawca musi być ustalona nie później niż w terminie składnia ofert i nie może być uzupełniana, czy też uszczegółowiana po tym terminie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, wnosząc w tym zakresie odwołanie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Zamawiający w treści OPZ podał, że „należy dostarczyć zestaw oprogramowania narzędziowego i bibliotek numerycznych pochodzących bezpośrednio od producenta procesorów zainstalowanych w serwerach, umożliwiający komercyjne wykorzystanie całości oprogramowania (…). Pakiet oprogramowania musi posiadać komercyjne wsparcie

świadczone przez jego producenta (będącego także producentem procesorów zainstalowanych w serwerach) (…)". Tak więc wymagał zaoferowania oprogramowania umożliwiającego komercyjne wykorzystanie całości oprogramowania i posiadającego komercyjne wsparcie świadczone przez jego producenta. Wykonawca zobowiązany był więc wskazać w „Formularzu ofertowym" takie oprogramowanie, które spełnia wymogi techniczne i funkcjonalne postawione przez Zamawiającego w OPZ, w tym także wymóg dotyczący posiadania przez zaoferowane oprogramowanie komercyjnego wsparcie producenta oprogramowania, będącego jednocześnie producentem procesorów oferowanych serwerów. Istotnie Zamawiający nie wymagał podania w „Formularzu ofertowym" informacji na temat wsparcia producenta dla oferowanego oprogramowania. Niemniej jednak zaoferowane oprogramowanie wymóg ten miało spełniać. Był on bowiem w SWZ wyraźnie wyartykułowany.

Odwołujący, co jest bezsporne, zaoferował oprogramowanie „Intel oneAPI Base Toolkit", „Intel oneAPI HPC Toolkit" oraz „Intel oneAPI Rendering Toolkit". Tymczasem – jak wynika z treści złożonych dowodów - „Klienci korzystający z bezpłatnej wersji zestawów narzędzi Intel® oneAPI nie kwalifikują się do korzystania z pomocy technicznej Priority. Pomocy technicznej można szukać na forach użytkowników społeczności Intel, które są śledzone przez ekspertów". Odwołujący zaoferował więc bezpłatną odmianę tych pakietów nie obejmującą wsparcia. Wsparcie można jedynie wykupić do oprogramowania „Intel oneAPI Base Toolkit", „Intel oneAPI Base & HPC Toolkit", „Intel oneAPI Base & IoT Toolkit" oraz „Intel oneAPI Base & Rendering Toolkit". Oznacza to więc, że nie można zaoferować oprogramowania „Intel oneAPI HPC Toolkit" oraz „Intel oneAPI Rendering Toolkit" z komercyjnym wsparciem producenta.

Intel – jak wynika z punktu 6.2. „Brak wsparcia; Wsparcie priorytetowe" złożonej umowy licencyjnej – oferuje bezpłatne opcje pomocy społecznościowej i płatne priorytetowe wsparcie. Bezpłatne licencje oprogramowania Intel® oneAPI nie posiadają komercyjnego wsparcia producenta, potwierdzeniem czego są warunki licencyjne „Intel End User License Agreement for Developer Tools", a na co wskazano na oficjalnej stronie internetowej Intel), gdyż „tylko komercyjne (płatne) wersje zestawów narzędzi Intel® one API są objęte komercyjnym wsparciem" . Warte podkreślenia jest i to, że liczba użytkowników posiadających dostęp do komercyjnego wsparcia w zakresie płatnych wersji zestawów narzędzi Intel® oneAPI jest definiowana przez typ zakupionej licencji i nie jest nieograniczona. A ponadto – jak wynika z Informacji ze strony internetowej Intel „Wsparcie priorytetowe" - komercyjne wersje zestawów narzędzi są objęte priorytetowym wsparciem „Intel oneAPI & HPC Toolkit, Intel oneAPI Base & Rendering Toolkit", a tym samym nie są

nimi objęte „Intel oneAPI HPC Toolkit" i „Intel oneAPI Rendering Toolkit". Tak więc nazwy oprogramowania wskazane przez Odwołującego nie korelują z wymaganym wsparciem. Poszczególne kroki zakupu pokazane w przedłożonych przez Odwołującego dowodach (dowód nr 4 i 5) dotyczą produktów z „base" w nazwie a zaoferowane przez Odwołującego „Intel oneAPI HPC Toolkit" i „Intel oneAPI Rendering Toolkit" „base" w nazwie nie zawierają. Brak „base" w nazwie wskazuje na zaoferowanie innego produktu niż ten, którego dotyczy przedstawiony materiał i innego niż tego wymagał Zamawiający.

Dlatego też brak było podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający – zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści

złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest przy tym prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 ustawy Pzp dokonywania jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, jest niezmienna. Jednak Zamawiający jeśli poweźmie jakiekolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Granicą ich dopuszczalności jest brak możliwości zmiany oferty. Złożenie oferty wiążę się bowiem z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami. To tym wymaganiom – wymaganiom Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest sprostać. Profesjonalny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa.

W tym stanie faktycznym oczywistym jest jakie oprogramowanie zaoferował Odwołujący („Intel oneAPI Base Toolkit", „Intel oneAPI HPC Toolkit" oraz „Intel oneAPI Rendering Toolkit"). Jego zmiana (zmiana wersji oprogramowania) w istocie stanowiłaby zmianę treści oferty a taka jest niedopuszczalna. Wykonawcy zobowiązani byli bowiem do zaoferowania konkretnego rozwiązania i podania oferowanych w jego ramach produktów. Produkt zaoferowany przez Odwołującego jest produktem w wersji bezpłatnej bez wsparcia.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty Odwołującego dotyczące jego oferty nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic, pomimo tego, że zaoferowane przez Konsorcjum Euvic produkty (rozwiązania techniczne) są niezgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego (zarzut nr 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia – zgodnie z rozdziałem III SWZ – jest dostawa infrastruktury technologii obliczeniowych przyszłości w ACK Cyfronet AGH.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa złącznik nr 1 A do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia"

Zamawiający w Załączniku nr 1A do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia", pkt 1

„Definicje pojęć i skrótów", pkt 1.4. podał:

„1.4.Teoretyczna moc obliczeniowa procesora (Rpeak) – moc obliczeniowa wyliczana według zależności:

Rproc = C * I * F, gdzie:

Narodowa Infrastruktura Superkomputerowa dla EuroHPC - EuroHPC PL

- Rproc – teoretyczna moc obliczeniowa w GFLOPS,
- C – liczba rdzeni procesora,
- I – liczba instrukcji zmiennoprzecinkowych typu dodawanie i mnożenie w podwójnej precyzji wykonywanych przez pojedynczy rdzeń procesora w czasie jednego cyklu zegarowego (np. dla procesorów Intel Xeon Skylake/Cascade/Ice Lake z dwoma jednostkami AVX-512 I=32, dla procesorów AMD EPYC I=16),
- F – częstotliwość zegara procesora w GHz.

Przy wyliczaniu teoretycznej mocy obliczeniowej procesora jako częstotliwość zegara należy przyjąć nominalną, katalogową częstotliwość taktowania podawaną przez producenta (pomimo istnienia technicznych możliwości pracy z częstotliwościami poniżej lub powyżej wartości nominalnej).

1.5.Szybkość pamięci – ilość operacji (transferów) wykonywanych przez pamięć RAM w jednostce czasu, najczęściej podawana jako MT/s (megatransfer na sekundę). Przykładowo dla pamięci DDR4-3200 szybkość wynosi 3200 MT/s.

1.6.Pamięć trwała – pamięć typu RAM w formacie DIMM, zgodna ze standardem DDR-T, adresowalna bajtowo, której zawartość nie znika po restarcie serwera lub zaniku zasilania. Pamięć trwała musi być pamięcią klasy SCM (Storage Class Memory), która nie jest oparta o moduły flash ani o rozwiązania będące hybrydą flash NAND i DRAM.

Zamawiający w punkcie 4 4. „Opis parametrów technicznych elementów składowych zamówienia" także podał:

„4.12.4.Procesory:

4.12.4.1. Każdy dostarczany serwer musi posiadać 2 procesory zgodne z architekturą x86, wykonujące 64-bitowe instrukcje EM64T.

4.12.4.2. Każdy z procesorów zainstalowanych w dostarczanych serwerach musi posiadać nie mniej niż 32 rdzenie obliczeniowe o częstotliwości nominalnej (bez uwzględnienia technologii typu Turbo) co najmniej 2,2 GHz.

4.12.4.3. Sumaryczna teoretyczna moc obliczeniowa procesorów zainstalowanych w pojedynczym serwerze musi wynosić co najmniej 4,5 TFLOPS.

4.12.4.4.Wszystkie dostarczane serwery muszą być wyposażone w procesory tego samego modelu i producenta, wykonujące ten sam zestaw operacji, o tej samej częstotliwości.”.

Wykonawca (konsorcjum Euvic) złożyło ofertę, w tym „Formularz ofertowy”, zastrzegając jego treść, obejmującą opis rozwiązań technicznych i parametry oferowanej infrastruktury, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa .

Odwołujący zakwestionował ofertę konsorcjum Euvic, podnosząc że „procesor Intel XEON SP Gen 3 model 8352S nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego parametrów w zakresie sumarycznej teoretycznej mocy obliczeniowej”, dodając że „z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, zaoferowanie przez konsorcjum wskazanego procesora jest założeniem Odwołującego”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że przedmiotem tego postępowania jest „Dostawa infrastruktury technologii obliczeniowych przyszłości w ACK Cyfronet AGH”, którego zakres został określony w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W pkt 4.12.4. OPZ podano wymaganą “sumaryczną teoretyczną moc obliczeniową procesorów zainstalowanych w pojedynczych serwerach” a w pkt 1.1.4. OPZ sposób jej wyliczenia. Tak więc teoretyczna moc obliczeniowa procesora (Rpeak) miała być wyliczana według podanego w SWZ wzoru.

Wzór ten – jak wynika z korespondencji złożonej przez Zamawiającego – „nie odbiega od powszechnie stosowanego (…) sposobu obliczenia teoretycznej mocy procesora”. Jego zastosowanie nie budziło wątpliwości wykonawców i nie było przez wykonawców kwestionowane. Wzór ten miał być zastosowany przy wyliczeniu teoretycznej mocy obliczeniowej procesorów zainstalowanych w pojedynczych serwerach zaoferowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ramach oferowanej infrastruktury technologii obliczeniowych. Jedną z danych, jaką należało zastosować we wskazanym wzorze jest „częstotliwość zegara procesora w GHz”, wyliczając którą – zgodnie z uwagą zamieszczoną w SWZ – „należało przyjąć nominalną, katalogową

częstotliwość taktowania podawaną przez producenta (pomimo istnienia technicznych możliwości pracy z częstotliwościami poniżej lub powyżej wartości nominalnej)”. Tak więc, wbrew twierdzeniom Odwołującego, dla potrzeb wyliczenia mocy procesora należało przyjąć dane katalogowe producenta. To bowiem „częstotliwość nominalna jako pewien standard pozwala Oferentom w prosty sposób ustalić dane wejściowe i obliczyć masę obliczeniową w sposób jednorodny dla różnych producentów, modeli i generacji procesorów. Wybór częstotliwości nominalnej a nie np. turbo jest też podyktowany tym, że w centrach obliczeniowych są stosowane różne aplikacje, różne modele obliczeń, które w różnym stopniu korzystają z mościwości jaki dają procesory w zakresie zwiększania częstotliwości „turbo” czy użycia funkcji „AVX-512”. W tym sensie częstotliwość nominalna jest pewną średnią wartością spodziewanej częstotliwości”. Dlatego też, dokonując obliczenia sumarycznej teoretycznej mocy obliczeniowej procesorów, należało uwzględnić dane katalogowe procesora, w przypadku procesora, na który wskazał Odwołujący, tj. procesora Intel Xeon 8325S dane podane na stronie producenta Intel (Procesor Intel® Xeon® Platinum 8352S pamięć podręczna 48MB, 2,20 GHz, tj.: „Bazowa częstotliwość procesora – 2.20 GHz”). Zauważyć bowiem należy, że Zamawiający w punkcie 4.10.1.2. OPZ podał, że chodzi o „częstotliwość nominalną bez uwzględnienia technologii typu Turbo) co najmniej 2,2 GHz”. Tak więc to dana nominalna, katalogowa (dana pochodząca z katalogu dostępnego publicznie i możliwa do uzyskania przez Zamawiającego w celu oceny ofert) powinna być uwzględniona we wskazanym wzorze.

W kontekście powyższego i, mając na uwadze także złożone w poczet materiału dowodowego „Wyliczenie teoretycznej mocy obliczeniowej w GFLOPS dla serwera wyposażonego w dwa procesory Intel Xeon Platinum 8352S oraz wyciąg z oferty Intaris”, stwierdzić należy, że procesor Intel Xeon Platinum 8352S spełnia wymogi Zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem obliczenia mocy obliczeniowej w oparciu o nominalną (bazową) częstotliwość procesora a nie częstotliwość pracy zegara podczas wykonywania przez procesor szczególnego rodzaju operacji, np. operacji typu Turbo i AVX-512. Zastosowanie innej wartości taktowania niż bazowa uniemożliwiłoby – jak wykazał Zamawiający - porównanie poszczególnych modeli procesora ze względu na różnice w zastosowanych rozwiązaniach.

Procesor zastosowany przez wykonawcę Euvik jest zgodny z wymogami wyartykułowanymi przez Zamawiającego w SWZ (informacje dotyczące zaoferowanego przez tego wykonawcę rozwiązania w tym także procesora oraz wyliczenia dotyczące mocy obliczeniowej objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa).

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. .U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……..…...