

An

Geschäftszahl: BKA-600.883/0063-V/A/8/2004
Abteilungsmail: v@bka.gv.at
Sachbearbeiter: Herr Mag Dr Michael FRUHMANN
Pers. E-mail: michael.fruhmann@bka.gv.at
Telefon : 01/53115/4275
Ihr Zeichen
vom:

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die
Abteilungsmail

die Parlandsdirektion
den Rechnungshof
den Verfassunggerichtshof
den Verwaltunggerichtshof
alle Bundesministerien
alle Sektionen des Bundeskanzleramtes
alle Ämter der Landesregierungen
die Verbindungsstelle der österreichischen Bundesländer
beim Amt der niederösterreichischen Landesregierung
den Datenschutzrat
die Koordinationskommission für Informationstechnik (KIT) beim Bundesministerium für
öffentliche Leistung und Sport
den unabhängigen Bundesasylsenat
das Präsidium der Finanzprokurator
die Österreichische Bundesforste AG
die Österreichischen Bundesbahnen
die Österreichische Post AG
zu Handen Herrn Mag. BACHMAIR und Dr. BUKOVIC
die Telekom Austria AG
das Bundesvergabeamt
zu Handen Herrn Dr. SACHS
alle unabhängigen Verwaltungssenate
die Wirtschaftskammer Österreich
zu Handen Frau Dr. MILLE
die Bundesarbeitskammer
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs
den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag
alle Rechtsanwaltskammern
die Österreichische Notariatskammer
die Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten
zu Handen Frau Dr. JENNER
die Kammer der Wirtschaftstreuhand
das Österreichische Normungsinstitut
zu Handen Herrn Dr. ELLMER
den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger
die Vereinigung der Österreichischen Industrie
zu Handen Herrn Mag. MARA

den Österreichischen Gewerkschaftsbund
den Verband der Elektrizitätswerke Österreichs
den Österreichischen Wasser- und Abfallwirtschaftsverband
den Verband österreichischer Entsorgungsbetriebe
das Institut für Entsorgungs- und Deponietechnik
den Österreichischen Ingenieur- und Architektenverein
die ASFINAG
die Bundesbeschaffungs Ges.m.b.H.
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.
die RTR Ges.m.b.H.
die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-AG
zu Handen Herrn Dr. VAVROVSKY
die Schieneninfrastrukturfinanzierungs-Gesellschaft m.b.H.
die Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs
zu Handen Dr. HAUNOLD
die Datenschutzkommission
das IKT-Board
das Chief Information Office AUSTRIA (CIO)
zu Handen Herrn Prof. POSCH

Betrifft: Vergaberecht; Rundschreiben betreffend Technische Spezifikationen bei IT-Ausschreibungen; Bezugnahme auf "Intel" - Produkte

Aus gegebenem Anlass weist das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst auf Folgendes hin:

I)

Bei Ausschreibungen für die Beschaffung von Personalcomputern und anderen EDV-Geräten, die von unterschiedlichen öffentlichen Auftraggebern in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, in den Niederlanden, Finnland und Schweden durchgeführt wurden bzw. werden, hat die Europäische Kommission eine verbreitete Ausschreibungspraxis festgestellt, die darin besteht, die Lieferung von Geräten oder Komponenten, insbesondere Mikroprozessoren eines bestimmten Herstellers verbindlich vorzuschreiben. In den technischen Spezifikationen solcher Ausschreibungen ist in der Regel vorgesehen, dass die zu liefernden Geräte mit Mikroprozessoren der Marke „Intel“ ausgestattet sein müssen, wobei teilweise der Zusatz „oder gleichwertiger Art“ verwendet wird. Zudem wird verlangt, dass die Prozessoren eine bestimmte Mindesttaktfrequenz (ausgedrückt in Megahertz, MHz, oder Gigahertz, GHz) aufweisen; bisweilen sehen die Zuschlagskriterien auch Zusatzpunkte für Prozessoren mit einer höheren als der vorgeschriebenen Taktfrequenz

vor. In einigen Fällen wird auch bei anderen Auftragskomponenten die Lieferung von Erzeugnissen einer bestimmten Marke vorgeschrieben.

Die Kommission hat die Republik Österreich darauf hingewiesen, dass die oben beschriebenen Vorgangsweisen auch in Österreich festgestellt wurden.

II)

Die Kommission hat zu den unter I) beschriebenen Vergabepraktiken Folgendes festgehalten:

Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen für öffentliche Lieferaufträge dürfen grundsätzlich keine Beschreibungen verwendet werden, die zu einer Diskriminierung bestimmter Lieferanten oder Erzeugnisse führen können. Artikel 8 Absatz 6 der Richtlinie 93/36/EWG verbietet die Verwendung von Beschreibungen, die Erzeugnisse einer bestimmten Produktion oder Herkunft oder besondere Verfahren erwähnen und zur Wirkung haben, dass bestimmte Lieferanten oder bestimmte Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dies ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Verboten ist insbesondere die Angabe von Warenzeichen, Patenten oder Typen sowie die Angabe eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion. Eine solche Angabe ist ausnahmsweise dann zulässig, wenn sie mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ versehen ist, sofern der öffentliche Auftraggeber den Auftragsgegenstand nicht durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschreiben kann. Im Übrigen haben die Auftraggeber gemäß Artikel 5 Absatz 7 der Richtlinie 93/36/EWG dafür Sorge zu tragen, dass nicht zwischen den verschiedenen Lieferanten diskriminiert wird.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes gelten diese Regeln auch für Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien, da die Bevorzugung bestimmter Lieferanten oder Hersteller gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt und eine Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs darstellt.

Ausschreibungen wie die unter I) beschriebenen, in denen verbindlich die Lieferung von Produkten einer bestimmten Marke und eines bestimmten Typs verlangt wird, verstoßen daher nach Auffassung der Kommission gegen Artikel 28 EG-Vertrag und, soweit sie in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/36/EWG fallen, gegen Artikel 8 Absatz 6 dieser Richtlinie.

In den unter I) beschriebenen Ausschreibungen, in denen die Vorgabe bestimmter Marken und Typen mit einer Gleichwertigkeitsklausel verbunden ist, wäre dies nur dann zulässig, wenn eine Beschreibung des Vertragsgegenstands durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen nicht möglich ist. Nach Ansicht der Kommission lässt sich jedoch die Bauart und Leistungsfähigkeit von Mikroprozessoren auch ohne Verweis auf die Erzeugnisse eines bestimmten Herstellers hinreichend genau beschreiben. So genügt für die Bezeichnung der Bauart die Angabe „x86-Mikroprozessoren“. Darunter wird allgemein ein Prozessor mit der sog. x86-Architektur verstanden, die es erlaubt, das Betriebssystem Windows auf einem Rechner zu betreiben. Für die Angabe der Prozessorleistung können allgemein anerkannte Benchmark-Systeme wie etwa Business Winstone 2002 für Bürocomputer oder TCP für Server herangezogen werden. Dabei handelt es sich um standardisierte Evaluationsverfahren, die es ermöglichen, das geforderte Leistungsniveau objektiv und ohne Rückgriff auf Produkte eines bestimmten Herstellers zu definieren. Im Ergebnis könnte daher auch bei diesen Ausschreibungen ein Verstoß gegen Artikel 28 EG-Vertrag sowie Artikel 8 Absatz 6 der Richtlinie 93/36/EWG vorliegen.

In diesem Zusammenhang könnte eine zusätzliche Diskriminierung darin bestehen, dass in den Ausschreibungen durchwegs auf eine bestimmte Mindesttaktfrequenz abgestellt wird bzw. Zusatzpunkte für eine besonders hohe Taktfrequenz vergeben werden. Nach Auffassung der Kommission kann ein solches Vorgehen zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Prozessoren von „Intel“ gegenüber denen anderer Hersteller führen, wenn es bei der Beschaffung primär um die Leistungsfähigkeit des Prozessors geht. Die Prozessoren anderer Hersteller unterscheiden sich zum Teil in ihrer Bauart dadurch von denen des Herstellers „Intel“, dass sie eine höhere Zahl von Befehlen pro Taktzyklus (Instructions Per Clock, IPC) durchführen. Dadurch können sie bei einer niedrigeren Taktfrequenz die gleiche Leistung erbringen wie ein vergleichbarer Prozessor von „Intel“. Die erwähnten Benchmark-Systeme tragen diesem technisch bedingten Unterschied Rechnung: so erreichen Prozessoren anderer Hersteller mit einer niedrigeren Taktfrequenz häufig gleiche oder bessere Ergebnisse wie ein vergleichbarer „Intel“-Prozessor. Wird ausschließlich auf die Taktfrequenz abgestellt, so besteht folglich die Gefahr einer Diskriminierung der Anbieter von Geräten mit Prozessoren anderer Hersteller, die entweder völlig von der Teilnahme ausgeschlossen sind oder einen besonders hochwertigen Prozessor anbieten müssen, um die geforderte Taktfrequenz zu erreichen. Damit liegt nach Ansicht der Kommission ein Verstoß gegen Artikel 28 EG-Vertrag sowie gegen Artikel 5 Absatz 7 der Richtlinie 93/36/EWG vor.

III)

Die Anfertigung produktneutraler Leistungsbeschreibungen im IT-Bereich, insbesondere im Hinblick auf die Beschreibung von Mikroprozessoren (Computerchips), stellt an Vergabestellen hohe Anforderungen. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst empfiehlt daher bei der Abwicklung von Vergabeverfahren zur diskriminierungsfreien Formulierung von Leistungsbeschreibungen Folgendes zu beachten:

A) Zur Rechtslage:

Das BVergG verbietet, ebenso wie die Vergaberichtlinien der Gemeinschaft, grundsätzlich die Nennung von Markennamen bei der Beschreibung der zu beschaffenden Leistung. Dies ist lediglich ausnahmsweise zulässig, wenn eine Beschreibung des Auftragsgegenstandes durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnungen nicht möglich ist, und auch dann stets nur mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ (vgl. § 75 Abs. 8 BVergG).

Dies bedeutet, dass

- die ausschließliche Anführung eines bestimmten Markennamens (z.B. *Lieferung eines Computers mit einem Prozessor der Marke xy*) **in jedem Fall unzulässig** ist, bzw.
- die Anführung eines bestimmten Markennamens mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ (z.B. *Lieferung eines Computers mit einem xy - oder gleichwertigem Prozessor*) **ebenfalls unzulässig ist, wenn eine anderweitige Beschreibung des Leistungsgegenstandes möglich ist**, (dass eine anderweitige Beschreibung eines Leistungsgegenstandes objektiv unmöglich ist, kommt jedoch nur in Ausnahmefällen vor).

Die Tatsache, dass es einfacher ist, auf eine bereits bekannte Marke mit oder ohne den Hinweis „oder gleichwertig“ Bezug zu nehmen, z.B. weil die Vergabestellen mit Mikroprozessoren dieser Marke bereits Erfahrungen gemacht haben, rechtfertigt für sich alleine keine derartige Leistungsbeschreibung. Nur in besonderen Fällen kann es zulässig sein, Mikroprozessoren einer bestimmten Marke bzw. entsprechende komplette Hardware ergänzend zu beschaffen, etwa um die Kompatibilität zu bereits im Einsatz befindlichen Systemen ohne unvermeidbaren wirtschaftlichen Aufwand zu gewährleisten (vgl. dazu auch § 25 Abs. 2 Z 5 BVergG). Diese Notwendigkeit muss in jedem Einzelfall begründet werden können (es empfiehlt sich ein entsprechender Vergabevermerk im Vergabeakt).

In der Regel ist es unzulässig, in der Leistungsbeschreibung bei bestimmten Mindestspezifikationen auf Parameter zurückzugreifen, die nicht direkt mit der Leistung des Produkts zusammenhängen und daher für sich alleine noch keine Aussage über die Qualität des Leistungsgegenstandes machen. Solche Anforderungen sind in der Regel diskriminierend, weil die Gefahr besteht, dass Produkte diese Anforderungen nicht erfüllen, obwohl sie von gleicher oder besserer Qualität sind. Daher sollte davon Abstand genommen werden, bei der Beschreibung der Leistung Mindesttaktfrequenzen zu fordern. Diese sind nämlich nur eines von mehreren Kriterien, die gemeinsam die Leistung des Mikroprozessors ausmachen.

Vergaberechtlich zulässig, da diskriminierungsfrei, sind dagegen Anforderungen an allgemeine Ausstattungsmerkmale (z.B. Größe des Arbeitsspeichers und der Festplatte, Anzahl und Art der Schnittstellen, Bildschirmdiagonale) sowie anwendungsspezifische Anforderungen (z.B. Akkulaufzeit bei Laptops; dazu zählen etwa auch „Leistungskombinationswerte“: so kann etwa bei Laptops ein Mindestwert von Leistung [dazu sogleich unten] – Akkulaufzeit - Gewicht wesentliche Bedeutung haben), es sei denn, diese Ausstattungsbeschreibung ist offensichtlich nur auf einen bestimmten Anbieter oder ein bestimmtes Produkt zugeschnitten.

Um eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung hinsichtlich des Leistungskriteriums eines IT-Systems sicherzustellen, kann auf so genannte Benchmarkverfahren (vgl. unten Punkt B) zurückgegriffen werden.

B) Verwendung von Benchmarks bei der Leistungsbeschreibung

Benchmark-Verfahren sind Verfahren, mittels derer durch eine softwaregestützte Simulation typischer Anwendungsschritte eine Aussage über die Leistungsfähigkeit des IT-Systems in dem Anwendungsbereich möglich ist. Sie wurden für verschiedene IT-Anwendungsbereiche entwickelt. Diese Benchmarkverfahren sind keine gemeinschaftlichen (EG-)Standards, sondern werden von Industrieorganisationen entwickelt und in der Regel kostenpflichtig vertrieben.

Für die Anwendung von Benchmarkverfahren wird folgende Vorgehensweise vorgeschlagen:

1. Klärung des vorgesehenen Anwendungsbereiches der zu beschaffenden IT-Systeme (Beispiel: „PCs für Standard-Office-Anwendungen“ oder „Server für Webanwendungen“)

2. Auswahl eines geeigneten, aktuellen Benchmarkverfahrens (oder mehrerer geeigneter, aktueller Benchmarkverfahren)

Informationen zu den verschiedenen Benchmarkverfahren können in Fachzeitschriften oder über das Internet, z.B. über die Internetseiten von Prozessorherstellern oder der Benchmarkanbieter bezogen werden. Es empfiehlt sich, möglichst aktuelle und allgemein anerkannte Benchmarkverfahren vorzugeben. Je mehr relevante Mitglieder in der Entwicklerorganisation des Benchmarkverfahrens vertreten sind, desto eher kann von einer allgemeinen Akzeptanz dieses Benchmarkverfahrens ausgegangen werden. Ungeeignet sind regelmäßig Benchmarks, die ein einzelner Bieter erstellt hat.

3. Festlegung eines vom ausgeschriebenen IT-System zu erfüllenden Benchmark-Mindestwertes als Leistungskriterium

Die Festlegung des Benchmark-Mindestwertes kann u.a. durch den Vergleich mit erzielten Benchmarkwerten von geprüften IT-Systemen durchgeführt werden. Derartige Prüfungsergebnisse sind z.B. auf den Internetseiten einiger Benchmarkentwickler oder in der Fachpresse dokumentiert. Alternativ kann ein Hersteller der auszuschreibenden IT-Systeme derartige Informationen bereitstellen oder es besteht die Möglichkeit, eigene Benchmark-Messungen an geeigneten und vorhandenen IT-Systemen durchzuführen.

Beispiel einer zulässigen Leistungsbeschreibung: PC mit einem x86-Mikroprozessor und einer Mindestleistung von X-Wert beim X1-Benchmarkverfahren oder Y-Wert beim Y1-Benchmarkverfahren (*Hinweis: Die Forderung „x86-Mikroprozessor“ sagt nur etwas über die Architektur des Prozessors, nicht aber über den Hersteller aus.*)

4. Bewertung der Angebote anhand des gewählten Benchmarkwertes

Von den Bietern sind hinsichtlich der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Benchmarkwerte entsprechende Aussagen zur Erfüllung des geforderten Leistungskriteriums zu fordern (z.B. Eigenerklärung oder Vorlage eines aussagekräftigen Messprotokolls). Im Zweifelsfall oder bei Bedarf besteht die Möglichkeit, den Benchmarkwert an bereitzustellenden Testsystemen zu überprüfen (entweder durch Messungen der Vergabestelle selbst oder durch Messungen eines unabhängigen Dritten, z.B. eines Prüflabors; vgl. § 75 Abs. 6 BVergG).

IV)

Die Bundesministerien und die Länder werden dringend ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederten Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie - im Landesbereich - alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben mit dem Ersuchen in Kenntnis zu setzen, bei einschlägigen Ausschreibungen im IT-Bereich die Ausführungen unter III. zu beachten. Die Nicht-Beachtung der oben beschriebenen Grundsätze kann Haftungsansprüche bzw. Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich auslösen.

10. Jänner 2005
Für den Bundeskanzler:
Wolf OKRESEK

Elektronisch gefertigt