



Andreas Brenner

Dr. iur. HSG
Rechtsanwalt und öffentlicher Notar
Telefon +41 58 258 14 00
Andreas.brenner@bratschi.ch

Die elektronische Auktion – ein Instrument des neuen Beschaffungswesens

Mit der Schaffung des Instruments der elektronischen Auktion wird im Beschaffungswesen ein kleiner Schritt in Richtung Digitalisierung gegangen. Dieses neue Instrument ermöglicht es zumindest für die Beschaffung von standardisierten Leistungen, den Prozess elektronisch abzuwickeln. Eine elektronische Abwicklung führt zur Erhöhung der Transparenz, zur Senkung von Transaktionskosten und zur Erhöhung von Markteintrittschancen für ortsfremde Anbieter, schränkt aber die Auswahl an Zuschlagskriterien auf ausschliesslich quantifizierbare Komponenten ein. Es bleibt zu hoffen, dass künftig dieses Instrument nicht nur für standardisierte Leistungen, sondern auch für komplexere Beschaffungsprozesse eingesetzt werden kann.

Am 6. April 2014 trat die Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) in Kraft. Ziel der Welthandelsorganisation war es, mit dieser Revision das bisherige Übereinkommen aus dem Jahr 1994 (GPA 1994), welchem die Schweiz per 1. Januar 1996 beigetreten ist, zu modernisieren und an die neuesten technischen Entwicklungen anzupassen. Aufgrund der Revision der GPA muss die Schweiz die nationalen¹ und kantonalen² Gesetze des öffentlichen Beschaffungsrechts insbesondere in den Bereichen Stärkung des Wettbewerbs, Flexibilisierung des Beschaffungsvorgangs und Anpassung an künftige Herausforderungen ändern. Dies erfolgt mit der Revision dieser Gesetze per 1. Januar 2021. Um der Flexibilisierung und der Modernisierung Rechnung zu tragen, konkret, um einen Schritt in Richtung Digitalisierung zu gehen, wurden für die zulässigen Verfahrensarten (offenes bzw. selektives Verfahren sowie Einladungs- und freihändiges Verfahren) neue Instrumente geschaffen. Diese neuen Instrumente können nach Belieben in den einzelnen Verfahren eingesetzt werden. Dabei handelt es sich um die Ausschreibung von Rahmenverträgen, elektronischen Beschaffungen, Dialogen sowie die elektronischen Auktionen. Das letztgenannte Instrument wird in der Folge näher beschrieben.

Mit der Einführung der elektronischen Auktion in Artikel XIV GPA 2012 und der Verpflichtung, dieses Instrument in die nationalen Gesetze zu übernehmen, wurde die Grundlage für die Einführung

¹ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB).

² Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB).

der elektronischen Auktion im BöB und im IVöB gelegt. Die Einführung dieser neuen und flexiblen Beschaffungsinstrumente ermöglicht den Anbietern einen grossen Handlungsspielraum. Ziel ist es weiter, dem Wunsch, Beschaffungsvorhaben künftig auf dem elektronischen Weg abzuwickeln, gerecht zu werden. Der Einsatz dieses Instruments senkt nicht nur die Transaktionskosten, sondern erhöht auch die Marktzutrittschancen ortsfremder Unternehmen und die Transparenz.

Durch die elektronische Auktion, welche in Art. 23 BöB respektive Art. 23 IVöB geregelt wird, können die Offerten der Anbieter in einem sich wiederholenden, automatisierten Prozess bewertet werden. Die Auktion kann die Offerte mit dem besten Preis, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Preis erteilt werden soll, und/oder die besten Werte für quantifizierbare Komponenten auswählen, wenn der Zuschlag an die Offerte mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll. Nicht zuschlagsrelevant sind aber Kriterien, welche nicht quantifizierbar sind, wie bspw. die Qualität der Produkte oder die Lieferfähigkeit des Anbieters, obwohl diese im Endeffekt für den Erfolg einer Beschaffung durchaus relevant sein können. Die elektronische Auktion ist ein Instrument, welches – zumindest vorerst – lediglich für die Beschaffung von standardisierten Leistungen vorgesehen ist. Wichtig ist, dass die elektronische Auktion kein eigenes Vergabeverfahren darstellt, sondern sie soll in sämtlichen möglichen Verfahrensarten eingesetzt werden können.

Grundvoraussetzung für die Verwendung dieses Instruments ist, dass die Auftraggeber beim elektronischen Prozess allgemein verfügbare und kompatible Systeme respektive Software verwenden. Sofern das Instrument der elektronischen Auktion im Beschaffungsprozess gewählt wird, ist das Verfahren in zwei Phasen unterteilt. In der ersten Phase, der sogenannten Präqualifikation, wird von der Auftraggeberin eine manuelle und somit nicht elektronische Bewertung der Angebote vorgenommen. Konkret werden die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen geprüft. Übersteht ein Anbieter die Präqualifikation, wird er gleichzeitig mit allen anderen Anbietern auf elektronischem Weg aufgefordert, neue, bereinigte Angebote einzureichen. Dieser Informationsfluss erhöht die Transparenz und stellt die Gleichbehandlung der Teilnehmer sicher. Vor der Auktion, der zweiten Phase, wird jeder Anbieter von der Auftraggeberin über die automatische Bewertungsmethode der Offerten informiert. Dies schliesst die mathematische Bewertungsformel, das eigene Resultat der Präqualifikation und andere Informationen zur Abwicklung der Auktion mit ein. Dieser Informationsfluss wird, sofern es mehrere Auktionsrunden gibt, pro Auktionsrunde wiederholt. Dieses Vorgehen stellt sicher, dass anhand transparenter Kriterien nachvollzogen werden kann, welche Offerte respektive welcher Anbieter schliesslich den Zuschlag erhält. In Bezug auf elektronische Auktionen gilt, dass die Ausgestaltung von Auktionsbedingungen ein äusserst komplexes Unterfangen ist, bei welchem neben Fachwissen über das zu beschaffende Produkt auch verhaltenspsychologisches, bspw. Kenntnis von der Spieltheorie, und technisches Fachwissen erforderlich ist.

Zudem gilt es festzuhalten, dass die Offerten der Anbieter in pseudonymisierter Form zu erfolgen haben, auf welche selbstredend auf nationaler Ebene die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG) und auf europäischer Ebene diejenigen der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) anwendbar sind.

Es bleibt zu hoffen, dass sich das Instrument der elektronischen Auktion etabliert und baldmöglichst auch für den Beschaffungsprozess von komplexeren Leistungen eingesetzt werden kann. Jedoch birgt die elektronische Auktion und dadurch die Beschränkung der Zuschlagskriterien auf quantifizierbare Komponenten die Gefahr, dass dies von den Anbietern dahingehend ausgenutzt wird, dass sie den Zuschlag erhalten, da ihre Produkte preisgünstig sind und den technischen Anforderungen entsprechen, bspw. aber qualitativ schlechter sind als Konkurrenzprodukte oder schliesslich nicht geliefert werden können. Es besteht somit die Gefahr von sog. Dumping-Offerten. Kritik gilt diesbezüglich nicht der elektronischen Auktion als solches, sondern der Beschränkung der Zuschlagskriterien auf quantifizierbare Komponenten. Als illustratives Beispiel kann hier die Beschaffung der «neuen, multifunktionalen Software für das öffentliche Beschaffungswesen» der offiziellen Veröffentlichungsplattform von öffentlichen Ausschreibungen von Bund, Kantonen und Gemeinden, simap.ch, genannt werden. Bei dieser Beschaffung wurde das dazumal preisgünstigste Produkt ausgewählt, bei welchem sich aber nachträglich herausgestellt hat, dass es bis zum vereinbarten Datum nicht lieferbar ist und die technischen Anforderungen nicht erfüllen kann. Dies hat bei einem Auftragsvolumen von ca. CHF 10.0 Mio. aufgrund der Verspätung nicht nur zu bisherigen Mehrkosten von ca. CHF 1.8 Mio. geführt, sondern auch über ein Jahr nach dem geplanten Start ist noch immer keine neue Software vorhanden.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
bern@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St. Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch