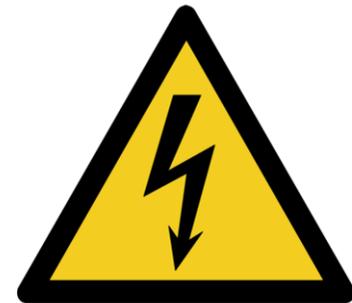


Vergaberecht und Elektrizität – ein Spannungsverhältnis



Brigitta Kratz

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin / Partner

Badertscher Rechtsanwälte AG

Mühlebachstrasse 32
Postfach 769
8024 Zürich
T +41 44 266 20 66
F +41 44 266 20 70

Grafenauweg 6
Postfach 4239
6304 Zug
T +41 41 726 60 60
F +41 41 726 60 66

info@b-legal.ch
www.b-legal.ch

Quelle: SUVA

Agenda

- ▶ Einleitung

- ▶ Strombeschaffungen
 - vor Inkrafttreten des neuen Vergaberechts
 - seit 1. Januar 2021
 - ab Inkrafttreten des neuen Stromgesetzes am 1. Januar 2025

- ▶ Erstellung und Betrieb von Stromproduktionsanlagen
 - allgemein
 - Solarexpress im Besonderen

- ▶ Erkenntnisse

Einleitung (1/2)

- ▶ Energieversorgung mehrheitlich in öffentlicher Hand
- ▶ Teilmarktliberalisierung in der Stromversorgung mit dem StromVG von 2007
- ▶ WEKO-Gutachten 2010 betr. die Ausschreibung von Wasserkraftnutzungskonzession und Verteilnetzkonzessionen



Quelle: srf Meteo

Einleitung (2/2)

- ▶ Reaktion = Verankerung spezialgesetzlicher Ausnahmen per 1. Januar 2012
 - in Art. 3a StromVG betr. kantonale und kommunale Konzessionen sowie
 - in Art. 60 Abs. 3^{bis} und in Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG betr. Wasserrechtskonzessionen

- ▶ d.h. keine Ausschreibungspflicht, aber Konzessionserteilung in einem «diskriminierungsfreien und transparenten» Verfahren

Strombeschaffungen (1/11)

- ▶ GPA 1994
 - Ausnahme betr. Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber

- ▶ GPA 2012
 - diese Ausnahme gibt es so nicht mehr

- ▶ neues Vergaberecht setzt GPA 2012 per 1. Januar 2021 um

- ▶ WEKO-Empfehlung vom 22. März 2021 betr. Anwendung des Beschaffungsrechts für Stromlieferungen

«Die Schweiz hat zu Annex 1 und 2 zum Anhang I des GPA 1994 jeweils folgende Anmerkungen gemacht: « *Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par les entités énumérées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau portable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.* »



Quelle: srf Meteo

Strombeschaffungen (2/11)

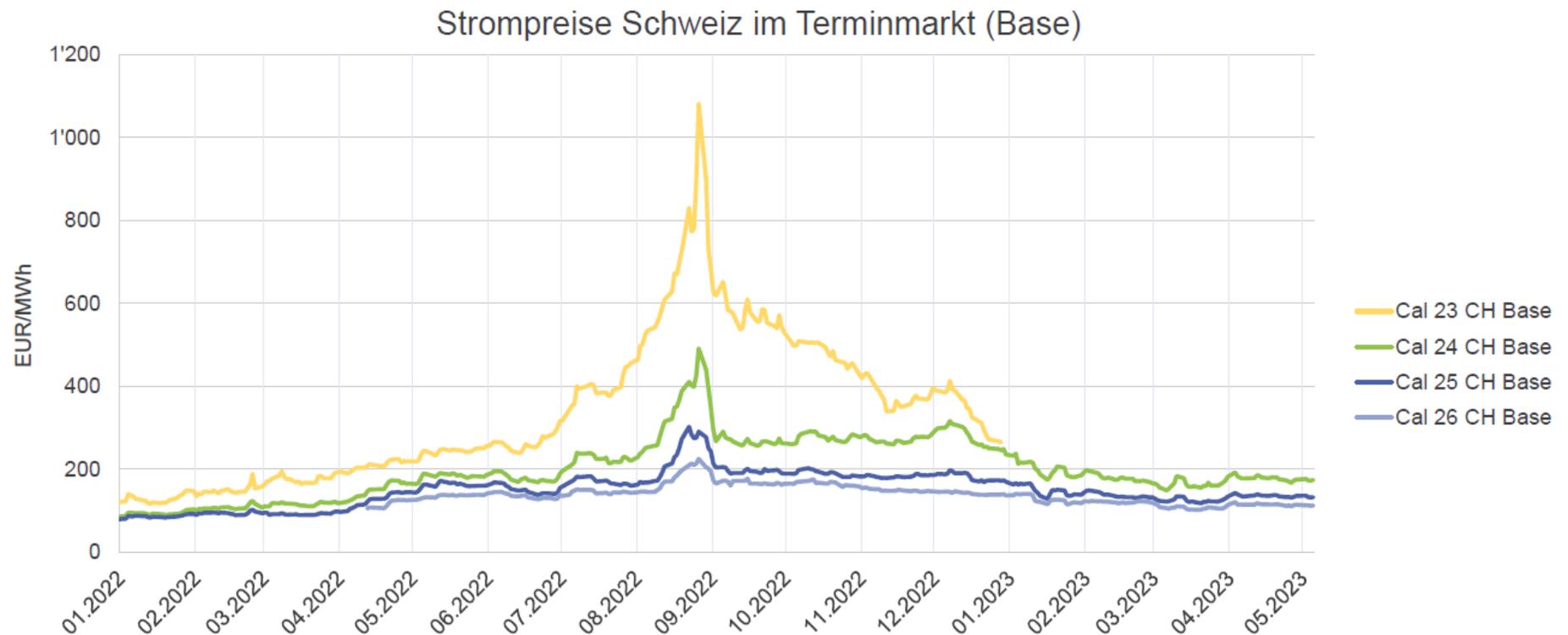
- ▶ Reaktion durch Adressaten bzw. Branche, insb.
 - vgl. Gutachten vom März 2022 zuhanden Kantone und Gemeindeverbände sowie
 - angepasste Checklisten FöB

beides auf <https://www.bpuk.ch/bpuk/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/bereich-oeffentliches-beschaffungswesen>

- vgl. auch VSE, Q&A vom 1. Januar 2022 auf <https://www.strom.ch/de/media/13463/download>

Strompreisentwicklung ab Herbst 2021

Strompreisentwicklung Schweiz bis 2026



Quelle der Settlement Preise: EEX

A. Strombeschaffungen durch Verteilnetzbetreiber (1/4)

Unterstellung	Rechtsgrundlage
– Verteilnetzbetreiber	– Netzgebietszuteilung durch Kantone (Art. 5 Abs. 1 StromVG) – auch andere VNB – vgl. Art. 4 Abs. 1 bzw. Abs. 2 lit. b IVöB
– Strombeschaffung Grundversorgung; <u>nicht</u> hingegen Strombeschaffung für Marktkunden	– vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG – vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB
– Beschaffung von Waren und DL für den Netzbetrieb	– vgl. Art. 4 Abs. 1 bzw. Abs. 2 lit. b IVöB

A. Strombeschaffungen durch Verteilnetzbetreiber (2/4)

	Schwellenwerte (o. MWST)
– im Staatsvertragsbereich	<ul style="list-style-type: none"> – Anhang 1 zur IVöB <ul style="list-style-type: none"> – gemäss GPA – gemäss BAöB
– im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich	– Anhang 2 zur IVöB
	– bzw. Anhänge zum Beschaffungsleitfaden TRIAS

A. Strombeschaffungen durch Verteilnetzbetreiber (3/4)

Ausnahmen	Rechtsgrundlage
– Beschaffung für gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf	– Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB
– Inhouse-Vergabe	– Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB
– Quasi-Inhouse-Vergabe	– Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB
– Beschaffung an Warenbörsen <ul style="list-style-type: none"> – OTC-Handel <ul style="list-style-type: none"> • Preisbildung unter Wettbewerbsbedingungen • weitere Voraussetzungen? 	– Art. 21 Abs. 2 lit. g IVöB

A. Strombeschaffungen durch Verteilnetzbetreiber (4/4)

Vertragsdauer	Rechtsgrundlage
– bestimmte Laufzeit: bis 5 Jahre	– Art. 15 Abs. 4 IVöB
– unbestimmte Laufzeit: Auftragswert = monatliches Entgelt x 48	– Art. 15 Abs. 5 IVöB
<ul style="list-style-type: none"> – Langfristverträge: <ul style="list-style-type: none"> – Weitergeltung best. Verträge – nur in Ausnahmefällen aus betriebswirtschaftlichen Gründen – gemischte Verträge, d.h. Investitions- und/oder Fördercharakter überwiegen 	<ul style="list-style-type: none"> – vgl. Art. 30 Abs. 1 StromVV – vgl. Art. 15 Abs. 4 IVöB – vgl. Art. 8 Abs. 3 IVöB

B. Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber für Eigenbedarf (1/3)

Subjektive Unterstellung	Rechtsgrundlage
– zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten von Kantonen und Gemeinden	– Art. 4 Abs. 1 IVöB
– Einrichtungen öffentlichen Rechts	– Art. 4 Abs 1 IVöB
– Private als Träger öffentlicher Aufgaben	– Art. 4 Abs. 4 lit. a IVöB

B. Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber für Eigenbedarf (2/3)

Unterstellung	Rechtsgrundlage
<ul style="list-style-type: none">– Strombeschaffung für bspw.<ul style="list-style-type: none">– Verwaltungsgebäude– Schulen– öV– Strassenbeleuchtung– Spitäler der öff. Hand	<ul style="list-style-type: none">– Art. 4 Abs. 1 bzw. Abs. 4 lit. a IVöB
<ul style="list-style-type: none">– Schwellenwerte<ul style="list-style-type: none">– pro Verbrauchsstätte	<ul style="list-style-type: none">– vgl. Folie 11– vgl. Art. 6 Abs. 2 StromVG i.V.m. Art. 11 Satz 3 StromVV
<ul style="list-style-type: none">– Ausnahmen	<ul style="list-style-type: none">– vgl. Folie 12

B. Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber für Eigenbedarf (3/3)

Unterstellung	Rechtsgrundlage
<ul style="list-style-type: none"> – <u>keine</u> Ausschreibungspflicht mit Jahresverbrauch von <100 Mwh pro Verbrauchsstätte 	<ul style="list-style-type: none"> – vgl. Art. 6 Abs. 2 StromVG
<ul style="list-style-type: none"> – mit Jahresverbrauch von ≥ 100 MWh pro Verbrauchsstätte <u>Wahlrecht</u>, d.h. 	<ul style="list-style-type: none"> – vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG
<ul style="list-style-type: none"> – Beschaffung auf dem Markt mittels Ausschreibung oder 	<ul style="list-style-type: none"> – vgl. Art. 4 Abs. 1 IVöB
<ul style="list-style-type: none"> – Verbleib in der Grundversorgung 	<ul style="list-style-type: none"> – vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG sowie Art. 2 Abs. 1 lit. f StromVV

Strombeschaffungen (11/11)

▶ Verhältnis StromVG – Beschaffungsrecht

- Auffassung WEKO
- Gutachten vom März 2022 zuhanden Kantone und Gemeindeverbände
 - vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG, Art. 11 Abs. 2 Satz 2 StromVV
- weitere Lehrmeinungen
 - vgl. Note B.2 in Annex 7 zu Anhang I GPA 2012

B) Allgemeine abweichende Regelungen

Dieses Übereinkommen gilt nicht für:

1. Leistungen, die innerhalb einer oder zwischen verschiedenen, rechtlich selbstständigen Beschaffungsstellen erbracht werden;
2. Beschaffungen von Gütern oder Dienstleistungen, die nur bei Einrichtungen mit einem ausschliesslichen Recht getätigt werden können, das ihnen aufgrund von veröffentlichten Gesetzes-, Reglements- oder Verwaltungsbestimmungen gewährt wurde (zum Beispiel für die Beschaffung von Trinkwasser, Energie usw.).

⇒ Autonomie der Signatarstaaten in der Ausgestaltung der Monopolbereiche

Strombeschaffungen, künftiges Recht (1/5)

- ▶ BG über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien wurde in der Referendumsabstimmung vom 9. Juni 2024 angenommen
- ▶ Stromversorgungssicherheit im Fokus
- ▶ Inkraftsetzung inkl. Verordnungspaket per 1. Januar 2025
- ▶ umfasst Teilrevision EnG, insb.
 - Ausbauziele Stromproduktion aus EE im Inland; Förderung
 - zwecks Verbesserung der Unabhängigkeit der Stromversorgung von Importen namentlich im Winterhalbjahr
 - 15 prioritäre Wasserkraftprojekte des Runden Tisches + KW Chlus im Gesetz verankert

Strombeschaffungen, künftiges Recht (2/5)

- ▶ sowie Teilrevision StromVG, insb. Art. 6 StromVG
 - unverändert Teilmarktöffnung mit Grundversorgung und Wahlrecht der netzzugangsberechtigten Kunden (Abs. 1 und 2)
 - neu Standardstromprodukt aus inländischer EE (Abs. 2^{bis})
 - Mindestanteil an erneuerbarer Inlandproduktion (Abs. 5)

- ▶ für Energieversorgungsunternehmen bedeutet dies: Make or buy, d.h.
 - Zubau Eigenproduktion im Inland und/oder
 - mehr Strombeschaffung im Inland

Strombeschaffungen, künftiges Recht (3/5)

Nachhaltigkeit als Zuschlagskriterium	Rechtsgrundlage
<ul style="list-style-type: none">– Nachhaltigkeit als mögliches weiteres Kriterium neben Preis und Qualität– Strom auch als standardisiertes Gut– Belieferung mit EE als technische Spezifikation– nicht protektionistisch motiviert	<ul style="list-style-type: none">– vgl. Art. 29 Abs. 1 IVöB– vgl. Art. 29 Abs. 4 IVöB– vgl. Art. 30 Abs. 1 IVöB
<ul style="list-style-type: none">– künftig: Strom in der Grundversorgung<ul style="list-style-type: none">– aus inländischer EE als Standardprodukt– Mindestanteil Strom aus EE	<ul style="list-style-type: none">– Art. 6 Abs. 2 StromVG– Art. 6 Abs. 5 StromVG

Strombeschaffungen, künftiges Recht (4/5)

- ▶ Grundsätze (Abs. 5^{bis})
 - Absicherung mit Beschaffungsstrategien gegen Marktpreisschwankungen (lit. a)
 - Trennung Grundversorgung – Marktkunden, unter Zuweisung der Bezugsverträge (lit. b) Grundversorgungstarife unter Einrechnung der Gestehungs- bzw. Beschaffungskosten (lit. d)
 - Ausnahme Strombeschaffung von der Ausschreibungspflicht (lit. c)

c. Sie können die Beschaffungen ohne Ausschreibung vornehmen, gewährleisten aber ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren.

- ▶ Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Strombeschaffungen, künftiges Recht (5/5)

- ▶ Umfang der Ausnahme
 - Verteilnetzbetreiber
 - nur Mindestanteil aus EE-Anlagen im Inland?
 - nur mittel- bis langfristige PPAs?
 - kraftwerksscharfe Verträge oder auch Verträge, die Erzeugung in Portfolio bündeln

Liegt erneut Spannung in der Luft?



Quelle: srf Meteo

Bau und Betrieb von Stromproduktionsanlagen allgemein

- ▶ Staatliche Auftraggeber sind subjektiv unterstellt
 - Ausnahme nur für gewerbliche Tätigkeit

- ▶ Sektorenauftraggeber sind subjektiv unterstellt
 - d.h. staatliche, öffentliche und private Unternehmen
 - die öffentliche Dienstleistungen erbringen und
 - mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind
 - soweit sie feste Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit namentlich mit elektrischer Energie bereitstellen, betreiben oder versorgen
 - allerdings nur in Bezug auf ihre Sektoren- oder Kerntätigkeiten

- ▶ Stromproduktion gilt gemäss internationalen Verpflichtungen als unterstellt
 - nur Wasser- und Kernkraft, nicht hingegen neue EE

Alpine PV-Grossanlagen im Rahmen des Solarexpresses



Quelle: SRF/ZVG/THUN SOLAR AG

Bau und Betrieb von alpinen PV-Grossanlagen im Rahmen des Solarexpresses (1/3)

- ▶ Art. 71a EnG (Übergangsbestimmungen vom 30. September 2022 betr. Produktion von zusätzlicher Elektrizität aus PV-Grossanlagen)

¹ Bis die Erstellung von Photovoltaik-Grossanlagen nach Absatz 2 schweizweit eine jährliche Gesamtproduktion von maximal 2 TWh erlaubt, gilt für solche Anlagen, sowie für ihre Anschlussleitungen, dass:

³ Die Bewilligung für Photovoltaik-Grossanlagen wird durch den Kanton erteilt, wobei die Zustimmung der Standortgemeinde und der Grundeigentümer vorliegen muss.

⁴ Anlagen, die bis zum 31. Dezember 2025 mindestens teilweise Elektrizität ins Stromnetz einspeisen, erhalten vom Bund eine Einmalvergütung in der Höhe von maximal 60 Prozent der Investitionskosten. Der Bundesrat legt die Ansätze im Einzelfall fest; die Betreiber reichen dazu eine Wirtschaftlichkeitsrechnung ein. Netzverstärkungen, die notwendig werden zur Einspeisung von Elektrizität der Anlagen, sind Teil der Systemdienstleistungen der nationalen Netzgesellschaft.

⁶ Dieser Artikel bleibt auf Gesuche, die bis am 31. Dezember 2025 öffentlich aufgelegt werden, sowie bei allfälligen Beschwerdeverfahren anwendbar.

Bau und Betrieb von alpinen PV-Grossanlagen im Rahmen des Solarexpresses (2/3)

- ▶ Konkrete beschaffungsrechtliche Fragestellungen:
 - Projektierungsarbeiten ausschreibungspflichtig?
 - Verträge betr. die Nutzung öffentlichen Grundes ausschreibungspflichtig?
 - Leistungsaufträge (Bauleistungen, Lieferungen und DL) für Erstellung ausschreibungspflichtig?
 - Stromproduktion aus PV im oder ausserhalb Sektorenkernbereich?
 - Ausschreibungspflicht wegen Höhe Einmalvergütung?
 - Berufung auf übergeordnete öffentliche Interessen?
 - Berufung auf Dringlichkeitsklausel?

Bau und Betrieb von alpinen PV-Grossanlagen im Rahmen des Solarexpresses (3/3)

▶ Fazit:

- keine generelle Ausnahme aufgrund übergeordneter öffentlicher Interessen (Stromversorgungssicherheit)
- keine generelle Lizenz zur Freihandvergabe wegen politischer Dringlichkeit
- situative Betrachtung und Begründung im konkreten Einzelfall

- ▶ vgl. Gutachten zuhanden FÖB vom 25. August 2023 auf <https://www.bpuk.ch/bpuk/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/bereich-oeffentliches-beschaffungswesen>
- ▶ vgl. Kondensat im Leitfaden des Kantons GR vom Oktober 2023, https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/dvs/are/BAB/Leitfaden%20Solarexpress_de.pdf

Erkenntnisse

- ▶ Strombeschaffungen durch Verteilnetzbetreiber sind künftig von der Ausschreibungspflicht ausgenommen
 - diese Ausnahme umfasst namentlich auch PPAs mit Betreibern von alpinen Grossanlagen

- ▶ Art. 6 Abs. 1 StromVG verpflichtet aber weiterhin zu «angemessenen Tarifen» in der Grundversorgung

- ▶ für Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber für den Eigenbedarf hingegen kommt die neue Ausnahme zwar nicht zum Tragen
 - soweit öffentliche Auftraggeber vom Wahlrecht im Sinne eines Verbleibs in der Grundversorgung Gebrauch machen, sind sie m.E. nicht zur Ausschreibung der Strombeschaffung verpflichtet

- ▶ beschaffungsrechtliche Fragestellungen bei neuen Produktionsanlagen aus EE im Rahmen von (befristeten) Regelungen (alpine PV, Wind) bleiben aktuell



19 / 19

Quelle: srf Meteo

Vielen Dank für Ihr Interesse!

Brigitta Kratz

Dr. iur., LL.M. (London), Rechtsanwältin / Partner

kratz@b-legal.ch

044 266 20 66 bzw. 044 266 97 42 (direkt)