

Postfach 769, CH-8024 Zürich

EnDK, Herr Jan Flückiger
BPUK, Frau Dr. Regina Füg
Schweizerischer Gemeindeverband (SGV)
Schweizerischer Städteverband (SSV)

Dr. iur. Brigitta Kratz, LL.M.
Rechtsanwältin
kratz@b-legal.ch

Dr. iur. Mischa Morgenbesser
Rechtsanwalt
morgenbesser@b-legal.ch

Zürich, 25. März 2022
142567-21

Rechtsgutachten

in Sachen

Gemeinden und Kantone und ihre Beteiligungen an Energieversorgungsunternehmen

betreffend

Beschaffungsrechtliche Fragestellungen nach der WEKO-Empfehlung zur "Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen" vom 22. März 2021

Badertscher Rechtsanwälte AG | Legal Tax Notaries

Mühlebachstrasse 32
Postfach 769
CH-8024 Zürich

T +41 44 266 20 66
F +41 44 266 20 70

Grafenauweg 6
Postfach 7243
CH-6302 Zug

T +41 41 726 60 60
F +41 41 726 60 66

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

Die Rechtsanwälte sind in den Anwaltsregistern
des Kantons Zürich und Zug eingetragen.

INHALTSVERZEICHNIS

I	FRAGESTELLUNG	3
II	RECHTLICHE AUSGANGSLAGE	4
	A. Subjektiver Geltungsbereich	4
	B. Objektiver Geltungsbereich	5
	C. Auftragswert.....	7
III	BEANTWORTUNG DES FRAGENKATALOGS	7
	A. Frage 1: Markteintritts- bzw. Ausschreibungspflicht	7
	B. Frage 2: Gestehungskosten	11
	C. Frage 3: Eigenproduktion	13
	D. Frage 4: Beteiligung	16
	E. Frage 5: Leitungsnetze	16
	F. Frage 6: Wärmelieferungen.....	17
	G. Frage 7: Bezugsrechte zu Spezialkonditionen (Vorzugskonditionen gemäss Konzession)	18
	H. Frage 8: Power Purchase Agreements (PPA) mit der öffentlichen Hand.....	19
	I. Frage 9: PPA mit einem Verteilnetzbetreiber	21
	J. Frage 10: Strombeschaffung mittels Ausschreibung von Rahmenverträgen	23
	K. Frage 11: Zuschlagskriterien	24
	L. Frage 12: Berücksichtigung der Energie- und Klimapolitik bei den Zuschlagskriterien	25
	M. Frage 13: Vorgaben in Bezug auf die Stromherkunft oder die Herstellungsart.....	27
	N. Frage 14: Strombeschaffung im OTC-Handel (ohne Ausschreibung)	27
	O. Frage 15: Gewinnbeteiligung, Konzessionsgebühren	30

I FRAGESTELLUNG

1. Das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen wurde am 30. März 2012 formell verabschiedet (GPA 2012). Es trat am 6. April 2014 in Kraft, nachdem das erforderliche Quorum der unterzeichnenden Mitgliedstaaten erreicht worden war.¹ Das totalrevidierte Bundesgesetz über öffentliche Beschaffungen (BöB)², welches für öffentliche Aufträge auf der Ebene Bund gilt, trat am 1. Januar 2021 in Kraft. Mit dem revidierten BöB wird das GPA 2012 auf Stufe Bund umgesetzt. Die Kantone haben am 15. November 2019 an einer Sonderversammlung in Bern die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB in der Fassung vom 15. November 2019, nachfolgend IVöB)³ einstimmig verabschiedet. Die revidierte IVöB hat zum Ziel, das GPA 2012 auf Stufe Kantone umzusetzen. Gleichzeitig wird bezweckt, die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzregelung – einander inhaltlich so weit wie möglich anzugleichen.⁴ Die revidierte IVöB ist in einzelnen Kantonen bereits in Kraft getreten. Die übrigen Kantone haben mehrheitlich das kantonale Beitrittsverfahren eingeleitet.
2. Da infolge dieser Änderungen der Rechtsgrundlagen Strombeschaffungen neu grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen, stellen sich für die öffentlichen Auftraggeber (Kanton, Gemeinden sowie Energieversorgungsunternehmen [EVU]) im Zusammenhang mit Strombeschaffungen verschiedene Fragen, die geklärt werden müssen.
3. Akzentuiert werden diese Fragestellungen dadurch, dass die Wettbewerbskommission (WEKO) am 22. März 2021 eine Empfehlung zur "Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen" erlassen hat.⁵ Gemäss WEKO-Empfehlung müssen insbesondere Strombezüge zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung von den von den Kantonen bezeichneten Verteilnetzbetreibern

¹ Vgl. Musterbotschaft zur Totalrevision der IVöB vom 15. November 2019, Version 1.0 vom 16. Januar 2020 (nachfolgend Musterbotschaft), Ziffer 1.1.

² Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019; SR 172.056.1.

³ Vgl. dazu die Website BPUK, www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB > IVöB 2019.

⁴ Vgl. Musterbotschaft, Ziffer 1.2.

⁵ Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 22. März 2021 in Sachen Binnenmarktrechtliche Empfehlung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen zuhanden der Energiedirektionen der Kantone sowie ausgewählter Gemeinden (nachfolgend WEKO-Empfehlung), RPW 2021/2, S. 529 ff.

öffentlich ausgeschrieben werden, falls der Schwellenwert von CHF 250'000.- erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.⁶

4. Ziel des Gutachtens ist es, verschiedene Fragen zu klären, welche sich im Zusammenhang mit der Strombeschaffung stellen. Hierzu wurde den Unterzeichnenden ein Fragenkatalog gestellt, der nachfolgend beantwortet wird.

II RECHTLICHE AUSGANGSLAGE

A. Subjektiver Geltungsbereich

5. Gemäss Art. 4 IVöB unterstehen dieser Vereinbarung staatliche Behörden sowie zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten (Abs. 1). Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 1 IVöB unterstehen umfassend der IVöB (Abs. 3 *e contrario*).

Demzufolge unterstehen **Kantone, Gemeinden sowie nicht ausgelagerte Kantons- und Gemeindewerke** vollumfänglich dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

6. Ferner unterstehen der IVöB staatliche Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, soweit sie feste Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, der Fortleitung oder der Verteilung von elektrischer Energie bereitstellen oder betreiben oder diese Netze mit elektrischer Energie versorgen (Art. 4 Abs. 2 lit. b; sog. Sektorenauftraggeber). Sektorenauftraggeber im Sinne von Art. 4 Abs. 2 IVöB unterstehen nur mit Blick auf ihre Sektorentätigkeit der IVöB (Art. 4 Abs. 3 IVöB).

Sektorentätigkeiten sind Leistungen produzierende Tätigkeiten in bestimmten Wirtschaftsbereichen. Hierzu gehören unter anderem Herstellung, Durchleitung und Verteilung von Elektrizität sowie Betrieb entsprechender Netze.⁷

Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. f in Verbindung mit Anhang IV B des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens⁸ ist eine private

⁶ WEKO-Empfehlung, Rz. 64, Empfehlung A-3.

⁷ Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, Rz. 471 ff.

⁸ SR 0.172.052.68.

Vergabestelle dann mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet, wenn sie elektrischen Strom fortleitet und verteilt und ihr gemäss Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen⁹ das Enteignungsrecht erteilt werden kann.¹⁰

Demzufolge unterstehen – nebst den Kantons- und Gemeindewerken – auch sämtliche anderen **Netzbetreiber** auf sämtlichen Netzebenen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Stromversorgungsgesetzes (StromVG)¹¹ mit Blick auf ihre Sektorentätigkeit dem öffentlichen Beschaffungsrecht, wobei weder die Rechtsform (Aktiengesellschaft, Anstalt, Genossenschaft) noch die Beherrschungsverhältnisse (öffentliche Hand, Private) von Relevanz sind.¹²

B. Objektiver Geltungsbereich

7. Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB findet diese Vereinbarung keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf oder im Hinblick auf die Verwendung in der Produktion oder im Angebot von Leistungen für einen gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf. In der Musterbotschaft zu Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB wird hierzu ausgeführt:

"Der Grundsatz, dass die Beschaffung von Leistungen für den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf freigestellt ist, gilt nach Massgabe des revidierten GPA 2012 (Art. II Abs. 2 Bst. a [ii]) für alle Auftraggeber. "Gewerblicher Verkauf oder Wiederverkauf" bedeutet Veräusserung unter Wettbewerbsbedingungen. Kauft beispielsweise ein Verteilnetzbetreiber Strom und liefert er diesen ausschliesslich an freie Endverbraucher, dann ist das Beschaffungsgeschäft freigestellt. Der Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt sorgt dafür, dass der Einkauf zu effizienten Bedingungen erfolgt."

⁹ Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG) vom 24. Juni 1902; SR 734.0.

¹⁰ Gemäss Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich etc. 2020 (nachfolgend Handkommentar Beschaffungsrecht), Art. 4 Rz. 48, dürfen mittlerweile die Anschlusspflichten der Netzbetreiber gemäss Art. 5 StromVG und ihre Versorgungspflichten zugunsten fester Endverbraucher gemäss Art. 6 StromVG (inkl. Grosskunden, die auf den freien Netzzugang verzichtet haben) sowie die damit verbundenen (berechtigenden und verpflichtenden) Exklusivpositionen im Vordergrund stehen.

¹¹ Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) vom 23. März 2007; SR 734.7.

¹² WEKO-Empfehlung, Rz. 28.

8. Das revidierte Beschaffungsrecht gilt somit **nicht für Verteilnetzbetreiber (VNB), soweit diese Strom für den Weiterverkauf an freie Endverbraucher beschaffen.**¹³ Gemäss Musterbotschaft ist diese Ausnahme durch den Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt begründet. Diese Begründung führt indessen zum Umkehrschluss, dass die **Beschaffung von Strom durch VNB zur Versorgung der festen Kunden – grundsätzlich und sofern keine Ausnahme vorliegt – dem neuen Beschaffungsrecht untersteht.** Im Bereich der Grundversorgung besteht aufgrund des Monopols der VNB keinerlei Wettbewerbsdruck, so dass die Durchführung von öffentlichen Ausschreibungen gerechtfertigt ist.¹⁴
9. Was den Strombezug durch kantonale oder kommunale **öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch** betrifft, besteht die **Ausschreibungspflicht nur**, sofern es sich bei der zu versorgenden öffentlichen Einrichtung um eine freie Endkundin handelt, die ihren **Stromanbieter auf dem Markt gemäss Art. 6 StromVG frei wählen** kann;¹⁵ nicht netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber (solche mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte) können bzw. müssen ihren Strombezug nicht ausschreiben, sondern beziehen ihren Strom – wie bis anhin – beim zuständigen Netzbetreiber.¹⁶ Netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber dagegen, die von ihrem Netzzugang bereits Gebrauch gemacht haben, müssen ihren Strombezug – bei Erreichen der Schwellenwerte – ausschreiben.
10. Nach Ansicht der WEKO müssen **auch netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber, die von ihrem Netzzugang noch keinen Gebrauch gemacht haben**, ihren Strombezug ausschreiben und können sich nicht auf ihr Wahlrecht nach Art. 6 StromVG berufen. Diese Auffassung beruht nach Ansicht der Unterzeichnenden auf einer unzutreffenden Würdigung des Verhältnisses zwischen dem Beschaffungsrecht (als allgemeines Wettbewerbsrecht) und dem Stromversorgungsrecht (als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht). **In diesem Gutachten wird** – gestützt auf die Materialien zum StromVG sowie zur Revision des StromVG im Rahmen des sog. Mantelerlasses – **eine andere Auffassung vertreten und dargelegt.**¹⁷

¹³ WEKO-Empfehlung, Rz. 25.

¹⁴ Vgl. Nicolas F. Diebold/Martin Ludin, Öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt, Zürich/St. Gallen 2018, Rz. 78.

¹⁵ WEKO-Empfehlung, Rz. 14, 26, 28.

¹⁶ Art. 6 Abs. 1 und 2 StromVG.

¹⁷ Vgl. dazu die Antworten zu den Fragen 1 und 2, Ziffern 13 ff. und 26 ff. dieses Gutachtens.

C. Auftragswert

11. Da der Einkauf von Strom gemäss Bundesverwaltungsgericht und herrschender Lehre als Lieferauftrag im beschaffungsrechtlichen Sinn gilt,¹⁸ können Stromeinkäufe zwecks Weiterverkaufs an feste Endverbraucher nur bis zu einem Auftragswert von maximal CHF 150'000.- freihändig vergeben werden, sofern keine Ausnahme vorliegt. Bei einem Auftragswert zwischen CHF 150'000.- und CHF 250'000.- ist das Einladungsverfahren und ab CHF 250'000.- das offene/selektive Verfahren durchzuführen.¹⁹
12. In Bezug auf den Auftragswert ist zu beachten, dass sich bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit der Auftragswert anhand der kumulierten Entgelte über die bestimmte Laufzeit, einschliesslich allfälliger Verlängerungsoptionen errechnet. Die bestimmte Laufzeit darf in der Regel fünf Jahre nicht übersteigen. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden (Art. 15 Abs. 4 IVöB). Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand des monatlichen Entgelts multipliziert mit 48 (Art. 15 Abs. 5 IVöB).²⁰

III BEANTWORTUNG DES FRAGENKATALOGS

A. Frage 1: Markteintritts- bzw. Ausschreibungspflicht

- 1.) *Besteht für netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber, die auf den Netzzugang bisher verzichtet haben, neu eine Markteintritts- bzw. Ausschreibungspflicht?*
13. Die grundsätzliche rechtliche Fragestellung, ist diejenige nach dem Verhältnis zwischen den Regeln des Beschaffungsrechts, welches Teil des allgemeinen Wettbewerbsrechts bildet²¹, und den Regelungen des Stromversorgungsrechts (StromVG/StromVV²²). Das Stromversorgungsrecht stellt sektorielles Wettbewerbsrecht dar, welches eine sektorielles

¹⁸ Vgl. Diebold/Ludin, Rz. 51, mit Hinweis auf die Rechtsprechung; WEKO-Empfehlung, Rz. 23.

¹⁹ Anhang 2 IVöB.

²⁰ WEKO-Empfehlung, Rz. 42 ff.

²¹ Vgl. etwa Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), CR-Droit de concurrence, 2. A., Basel 2013, Introduction générale, Rz. 7 ff.

²² Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008; SR 734.71

Marktordnung und Marktöffnung unter der Aufsicht einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde (EiCom) vorsieht.²³

14. Die WEKO setzt sich in Abschnitt 4 ihrer Empfehlung mit dem "Verhältnis zwischen dem Stromversorgungsrecht sowie den Vorgaben im BGBM und im Beschaffungsrecht" in Bezug auf die Fragestellung auseinander, ob sich ein netzzugangsberechtigter öffentlicher Auftraggeber auf das Wahlrecht gemäss Art. 6 StromVG berufen könne oder ob das Vergaberecht vorgehe (Abschnitt 4.1). Die WEKO beantwortet diese Frage gestützt auf die Lehrmeinungen von Diebold/Ludin²⁴ und Zufferey/Seydoux²⁵ im Sinne einer Ausschreibungspflicht und damit eines Vorrangs des Beschaffungsrechts gegenüber den Wahlmöglichkeiten des StromVG (Abschnitte 4.2. und 4.3).²⁶
15. Die Unterzeichnenden dagegen vertreten die gegenteilige Ansicht, nämlich dass es sich beim **Stromversorgungsrecht** als sektorielles Wettbewerbsrecht um eine sog. *lex specialis* im Verhältnis zum Beschaffungsrecht (als Teil des allgemeinen Wettbewerbsrechts) handelt, dessen **spezifische Regelungen** den allgemeinen Regeln des Beschaffungsrechts insoweit grundsätzlich **vorgehen**.
16. Namentlich sieht das StromVG bis dato eine erst teilweise Marktöffnung vor (Art. 6 Abs. 6 i.V.m. Art. 34 Abs. 3 StromVG).²⁷ Zur vollen Marktöffnung soll es gemäss dem Willen des Bundesrats erst mit der geplanten Revision des StromVG kommen, welche mit Botschaft vom 18. Juni 2021²⁸ ans Parlament überwiesen wurde.
17. Aufgrund der bewussten erst teilweisen Marktöffnung – das Parlament hat den zweiten Marktöffnungsschritt, obschon in Art. 34 Abs. 3 StromVG vorgesehen, bis heute nicht

²³ Vgl. Rolf H. Weber/Brigitta Kratz, Stromversorgungsrecht, Bern 2009, § 2 Rz. 10 ff.; Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz (Botschaft StromVG), BBl 2005 1611, S. 1612, 1620 f, 1625.

²⁴ Diebold/Ludin, Rz. 27 ff.

²⁵ Jean-Baptiste Zufferey/Matthieu Seydoux, *Commande d'électricité par les collectivités publiques : assujettissement au droit des marchés publics ?*, BR 4/2020, S. 181 ff., 182 f.

²⁶ Siehe bereits Ziffer 10 dieses Gutachtens.

²⁷ Vgl. dazu die Botschaften zum StromVG, S. 1620 f., sowie die Botschaft zum sog. Mantelerlass eines Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, BBl 2021 1666, S. 58/146.

²⁸ Botschaft Mantelerlass, BBl 2021 1666, S. 1/146.

beschlossen; das (unveränderte) Verständnis des Bundesrats vom Juni 2021²⁹ geht aus seiner Botschaft zum sog. Mantelerlass hervor, – finden sich **im geltenden Stromversorgungsrecht spezifische Regelungen, die vom "jüngeren" Beschaffungsrecht 2019 unseres Erachtens nicht einfach überlagert werden.**³⁰

18. Obschon das Bundesgericht eine entsprechende Verfügung der WEKO seinerzeit bestätigt und den Strommarkt mit BGE 129 II 497 im Grundsatz geöffnet hatte, entschied sich der Bundesgesetzgeber 2007 bewusst für eine etappierte Marktöffnung auf der Basis einer spezialgesetzlichen Regelung im StromVG. Und obschon das StromVG in Art. 34 Abs. 3 StromVG die volle Marktöffnung mittels eines Bundesbeschlusses vorsieht, hat das Parlament bzw. der Bundesgesetzgeber auf eine volle Marktöffnung bisher verzichtet.³¹
19. Solange keine vollständige Strommarktöffnung gilt oder vom Gesetzgeber zumindest beschlossen ist (was derzeit noch nicht der Fall ist), darf das Stromversorgungsrecht nicht so ausgelegt werden, als ob eine vollständige Strommarktöffnung bereits der Fall wäre; dies hat das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011 in E. 4.5 in grundsätzlicher Art und Weise festgehalten.
20. Die gegenwärtige Teilmarktöffnung hat zur Folge, dass es nicht nur grundsätzlich zwei Gruppen von Endverbraucherinnen und -verbrauchern gibt (freie und feste Kunden), sondern auch noch solche Endverbraucher, die sich aufgrund des Wahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG anstelle des Netzzugangs für den Verbleib in der Grundversorgung entschieden haben.³²
21. Dabei macht das Stromversorgungsrecht keinen Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Endverbrauchern, sondern räumt das **Wahlrecht gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG grundsätzlich allen "Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten"**, ein.
22. Dass das Wahlrecht gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG nicht nur privaten, sondern auch Endverbrauchern zusteht, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, wird dadurch bestätigt, dass in den Materialien zum StromVG namentlich die (i.d.R. auch öffentlich-rechtlich

²⁹ Und damit *nach* Erlass des revidierten Beschaffungsrechts 2019.

³⁰ Kommt es wie vorliegend zum Konflikt zweier formaler Auslegungsregeln – lex posterior (neues Beschaffungsrecht 2019) gegen lex specialis (Stromversorgungsrecht) –, muss ein inhaltlicher Wertungsentscheid getroffen werden, welchen in letzter Instanz je nachdem das Bundesgericht zu treffen haben wird; vgl. dazu etwa Ulrich Häfelin/Georges Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 183 m.w.H.

³¹ Vgl. Ziffer 17 dieses Gutachtens.

³² Vgl. dazu BGer-Urteil 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011, E. 5.2.

organisierten) VNB zu den Kunden mit Netzzugang bei Erreichen der Verbrauchsschwelle von 100 MWh gezählt werden, *die auf diesen aber auch verzichten können*.³³

23. Im bereits genannten Urteil 2C_739/2010 vom 6. Juli 2011, E. 5.1 hielt das **Bundesgericht** fest, dass es zur Ausübung des Netzzugangs nach Art. 13 Abs. 1 StromVG eines aktiven Entscheids des Netzzugangsberechtigten bedarf. Erst dieser bewusste Entscheid führt dazu, dass der Endkunde von seinem Netzzugang Gebrauch gemacht hat und demzufolge – sofern es sich beim Endkunden um einen öffentlichen Auftraggeber handelt – seinen Strombedarf ausschreiben muss. **Solange ein öffentlicher Auftraggeber als Endkunde aber von seinem Netzzugang noch keinen Gebrauch gemacht, sondern in Ausübung seines Wahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG darauf verzichtet hat, kann er seinen Stromlieferanten nicht frei wählen und besteht demzufolge auch keine Ausschreibungspflicht.**
24. Es erscheint den Unterzeichnenden deshalb als äusserst fragwürdig, dass, nachdem der Bundesgesetzgeber von einer Pflicht, den Netzzugang auszuüben, abgesehen hat, die WEKO die Auffassung vertritt, dass die öffentlichen Auftraggeber nun über das Beschaffungsrecht dazu gezwungen werden sollen, von ihrem Netzzugang Gebrauch machen zu müssen.
25. Antwort:

Dass das Wahlrecht gemäss unverändert geltender spezialgesetzlicher Regelung in Art. 6 Abs. 1 StromVG nicht auf netzzugangsberechtigte private Endverbraucher beschränkt wurde, sondern auch Endverbraucher mit öffentlichen Aufgaben mitumfasst, ergibt sich aus den Materialien und wurde auch vom Bundesgericht so bestätigt.³⁴

Dementsprechend besteht nach geltendem Recht unseres Erachtens **keine Ausschreibungs- bzw. Markteintrittspflicht für netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber, die in Ausübung des Wahlrechts gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG auf den Netzzugang bisher verzichtet haben**.³⁵

³³ So Botschaft StromVG, S. 1645 f. Eine "Kann"-Formulierung (entsprechend einem Wahlrecht) verwendet auch das Bundesgericht in BGE 142 II 451 E. 5.2.4 aus dem Jahr 2016, unter Bezugnahme auf den genannten Passus in der Botschaft.

³⁴ In diesem Sinne bereits Brigitta Kratz, Grundversorgungstarife Strom: Auf Basis der Gesteuerungskosten oder Marktpreise?, in: dRSK Weblaw, publiziert am 9. September 2021, Rz. 27 ff.

³⁵ Offen gelassen wird diese Frage ohne genauere Begründung von Caroline Socchi/Patrick L. Krauskopf, Die öffentliche Beschaffung von Strom unter Einhaltung des Vergaberechts, in: AJP 2022, S. 109 ff., S. 113.

B. Frage 2: Gestehungskosten

- 2.) *Kann der Strom aus erneuerbarer Energie auch weiterhin zu Gestehungskosten den grundversorgten Kunden weiterverkauft werden, auch wenn er teurer ist als die Beschaffung auf dem Markt (siehe dazu Art. 6 Abs. 5^{bis} StromVG)?*
26. Die WEKO stellt sich auf den Standpunkt, dass VNB gestützt auf das GPA 2012 verpflichtet seien, Strombezüge zur Versorgung von nicht netzzugangsberechtigten Endverbraucherinnen und -verbrauchern nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu tätigen, da sie diesbezüglich als Monopolanbieter agierten.³⁶
27. Dazu sind im Sinne des in der Antwort auf Frage 1 dargelegten **Vorrangs spezifischer Regelungen des Stromversorgungsrechts** folgende *Präzisierungen* anzubringen:
28. Auch eine grundsätzliche Unterstellung der Grundversorgung unter das Beschaffungsrecht bedeutet nicht, dass die VNB den für die Grundversorgung benötigten Strom ausschliesslich auf dem Markt beschaffen müssen. Das StromVG sieht in Art. 6 Abs. 1 vor, dass die VNB "die erforderlichen Massnahmen [zu treffen haben], damit sie in ihrem Netzgebiet den festen Endverbrauchern und den Endverbrauchern, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen liefern können". Zu den "Massnahmen", mit welchen die Grundversorgung mit Elektrizität als Teil der Versorgungssicherheit gewährleistet werden kann, gehört unzweifelhaft die eigene Stromproduktion (vgl. Titel des 2. Kapitels StromVG sowie Art. 6 EnG³⁷).³⁸ **Aus energie- und stromversorgungsrechtlicher Sicht erscheint demnach die eigene Produktion nicht nur als erlaubt, sondern vielmehr als geboten.**
29. Was den Energiepreis anbelangt, enthält Art. 6 Abs. 1 StromVG mit der geforderten "Angemessenheit" lediglich eine rudimentäre Regelung. Konkretisiert wird diese in Art. 4 Abs. 1 StromVV, gemäss welchem sich der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung "an den Gestehungskosten einer effizienten Produktion und an langfristigen Bezugsverträgen des Verteilnetzbetreibers [orientiert]". Der zweite Satz von Art. 4 Abs. 1 StromVV – "Überschreiten die Gestehungskosten die Marktpreise,

³⁶ Empfehlung, Ziff. 3.1.2; zur Frage der Markteintrittspflicht netzzugangsberechtigter öffentlicher Auftraggeber, die auf diesen bisher verzichtet haben, siehe die Antwort zur Frage 1, Ziffern 13 ff. dieses Gutachtens.

³⁷ Energiegesetz vom 30. September 2016; SR 730.0.

³⁸ Vgl. ElCom-Verfügung 211-00033 vom 20. August 2020, Rz. 126 f.

orientiert sich der Tarifanteil an den Marktpreisen" – wurde im Rahmen der Revision der Verordnung von 2013 entfernt.³⁹

30. Soweit die VNB den für die Belieferung ihrer Kunden (grundversorgte und freie) benötigten Strom auf dem Markt beschaffen, wären sie aber gemäss Art. 6 Abs. 5 StromVG an sich verpflichtet, "Preisvorteile aufgrund ihres freien Netzzugangs anteilmässig an die festen Endverbraucher weiterzugeben". Dazu hat die ElCom die sog. Durchschnittspreis-methode entwickelt.⁴⁰ **Verlangt wird jedoch weder vom Stromversorgungsrecht noch von der ElCom, dass den grundversorgten Endverbraucherinnen und -verbrauchern ausschliesslich Marktpreise verrechnet werden dürfen.**
31. Das Parlament hat mit der Einfügung von Absatz 5^{bis} in Artikel 6 StromVG, welcher seit 1. Juni 2019 in Kraft ist, die **Pflicht zur Weitergabe von Preisvorteilen mit einer Übergangsregelung temporär übersteuert**, indem dort vorgesehen wird, dass bei einer Belieferung mit Elektrizität aus erneuerbaren Energien **bis zum Auslaufen der Marktpremie die Gestehungskosten** dieser Elektrizität in die Tarife eingerechnet werden dürfen und Preisvorteile nach Absatz 5 nicht miteingerechnet werden müssen.⁴¹ Dabei handelt es sich um einen sog. dynamischen Verweis auf die Regelung der Marktpremie in Art. 30 f. EnG, sodass die *Dauer der Gestehungskostenregulierung* im Rahmen der im Oktober 2021 verabschiedeten vorgezogenen Teilrevision des EnG⁴² gemäss revidiertem Art. 38 Abs. 2 EnG zumindest *bis 2030* ebenfalls *verlängert* wurde.⁴³
32. Die Gestehungskostenregulierung der Grundversorgung soll gemäss Botschaft Mantelerlass künftig durch ein Vergleichsmarktkonzept – und damit wiederum durch eine sektorspezifische Regelung im Rahmen des StromVG – ersetzt werden.⁴⁴
33. Ein weiteres Argument, welches der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) der Ausschreibungspflicht der Strombeschaffung für grundversorgte Endverbrau-

³⁹ AS 2013 559.

⁴⁰ Vgl. dazu ElCom-Weisungen 5/2008 sowie 2/2018; BGE 142 II 451 sowie BGer-Urteil 2C_297/2019 vom 28. Mai 2018.

⁴¹ Mit Konkretisierung in Art. 4 f. StromVV.

⁴² PaIv 19.443 Erneuerbare Energien einheitlich fördern. Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie vom 18. Juni 2019. Vgl. dazu die Website des Parlaments, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190443>.

⁴³ Ob allenfalls noch darüber hinaus, hat das Parlament bewusst offengelassen; vgl. dazu die Voten in der Parlamentsdebatte, AB 2021 S 765 sowie AB 2021 N 1721.

⁴⁴ BBl 2021 1666, S. 28/146.

cher gemäss WEKO entgegenhält, ist, dass die Strombeschaffung in der Praxis nicht getrennt für grundversorgte und freie Kunden erfolge, sodass eine Ausschreibungspflicht für die Beschaffung von grundversorgten Kunden zwangsläufig auch eine getrennte und nicht unbedingt günstigere Beschaffung nach sich ziehen würde. Dem will der VSE mit der Anwendbarkeit der Präponderanztheorie⁴⁵ – günstigere Konditionen bei gemeinsamer Beschaffung für beide Kundengruppen – entgegenwirken, unter dem Vorbehalt, dass damit nicht eine Umgehung bezweckt wird.⁴⁶

34. Antwort:

Auch wenn man eine Ausschreibungspflicht für die Strombeschaffung durch VNB zur Weiterveräußerung an grundversorgte Endverbraucher annimmt, **bedeutet das nicht, dass die VNB die Strombeschaffung ausschreiben müssen, soweit sie namentlich über eine eigene Produktion verfügen.**

Mindestens bis zum verlängerten Auslaufen der verlängerten Marktprämie Ende 2030 gilt aufgrund des (dynamischen) Verweises in Art. 6 Abs. 5^{bis} StromVG die Gestehungskostenregulierung weiter, d.h. die Gestehungskosten der eigenen Produktion aus erneuerbaren Energien (inkl. Wasserkraft) können den grundversorgten Endverbraucherinnen und -verbrauchern weiterverrechnet werden. **Die spezialgesetzliche Gestehungskostenregulierung geht dem Beschaffungsrecht vor.**

C. Frage 3: Eigenproduktion

3.) *Wie gross muss die Beteiligung von einem Energieversorgungsunternehmen (EVU) an einer Anlage sein, damit der Strom daraus als «Eigenproduktion» gilt und ohne Ausschreibung in der Grundversorgung abgesetzt werden kann?*

35. Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB findet diese Vereinbarung keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen bei Anbietern, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen. Man bezeichnet eine solche nicht dem Beschaffungsrecht unterstellte Vergabe als Quasi-Inhouse-Beschaffung.⁴⁷

⁴⁵ Vgl. zur Präponderanztheorie im Übrigen auch die Antworten zu den Fragen 8 und 9, Ziffern 58 ff. und 65 ff. dieses Gutachtens.

⁴⁶ VSE, Öffentliches Beschaffungsrecht in der Strombranche – Q & A vom 1. Februar 2022, S. 7.

⁴⁷ Vgl. Musterbotschaft, S. 39.

36. Eine Quasi-Inhouse-Vergabe liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Leistungserbringer vergibt, der rechtlich eine andere Person ist als er selbst, der aber erstens unter der Kontrolle öffentlicher Auftraggeber steht (Kontrollerfordernis) und der zweitens grundsätzlich keine Tätigkeiten für andere (natürliche und juristische) Personen als die ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber entfaltet (Tätigkeitserfordernis).⁴⁸
37. Kontrolle setzt grundsätzlich voraus, dass der öffentliche Auftraggeber am Leistungserbringer beteiligt ist. Kontrolle ist ferner nur gegeben, wenn der Auftraggeber die Möglichkeit hat, auf die Entscheidungen des Leistungserbringers einzuwirken.
38. Weder der Gesetzestext noch die Botschaft des Bundesrats äussern sich zur Frage, ob die Kontrolle durch mehrere Auftraggeber gemeinsam ausgeübt werden kann. In der europäischen Rechtsprechung sowie in der Schweizer Lehre ist aber – soweit ersichtlich – unbestritten, dass die Kontrolle auch durch mehrere Auftraggeber gemeinsam ausgeübt werden kann. Die erforderliche Kontrolle kann also auch gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern bzw. Anteilsinhabern innegehalten werden, insbesondere gestützt auf Mehrheitsbeschlüsse, was insbesondere bedeutet, dass selbst jener sich auf Kontrolle im Sinne des Kontrollerfordernisses berufen kann, der sich nie bei der Mehrheit befindet, der also selber überhaupt keine tatsächliche Kontrolle ausübt.⁴⁹
39. Im Urteil "Econord" führte der EuGH aus, dass das Kontrollerfordernis bereits bei einer minimalen Beteiligung erfüllt sein kann. Ferner ist es nicht erforderlich, dass sämtliche Aktionäre im Leitungsorgan der kontrollierten Gesellschaft vertreten sein müssen, sondern es genügt, wenn der Aktionär – auch zusammen mit anderen Aktionären – einen Verwaltungsrat ernennen kann bzw. auf andere Art und Weise Kontrolle über die beherrschte Gesellschaft ausüben kann.
40. Gemäss Rechtsprechung des EuGH führt jede Privatbeteiligung (also die Beteiligung eines nicht öffentlichen und damit nicht-ausschreibepflichtigen Auftraggebers) am Leistungserbringer dazu, dass eine auf das Quasi-in-house-Privileg abgestützte, vergaberechtsfreie Vergabe zugunsten dieses Leistungserbringers a priori ausser Betracht fällt.⁵⁰ Demzufolge wird auch in der Schweizer Lehre die Auffassung vertreten, dass selbst eine einzige Aktie ausreicht, um das Quasi-in-house-Privileg zu verneinen, sobald sie in den Händen einer

⁴⁸ Vgl. Beyeler, Rz. 1222 f.

⁴⁹ Vgl. Beyeler, Rz. 1236 ff.

⁵⁰ Vgl. Beyeler, Rz. 1241.

Person liegt, die nicht ein öffentlicher Auftraggeber ist.⁵¹ In der Schweiz gibt es keine höchstrichterlichen Urteile, die sich zur Quasi-in-house-Vergabe äussern. Namentlich gibt es auch kein Urteil, welches sich zur Frage äussert, ob bereits eine minimale Privatbeteiligung zum Wegfall des Quasi-in-house-Privilegs führt.

41. Die zweite Voraussetzung des Quasi-Inhouse-Privilegs ist, dass der Auftragnehmer "im Wesentlichen" für den oder die an ihm beteiligten öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss und darf daneben höchstens ganz untergeordnete Tätigkeiten zugunsten von an ihm nicht beteiligten Dritten entfalten.⁵² Gemäss Musterbotschaft zu Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB müssen mindestens 80% der Leistungen in einem bestimmten Markt für die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbracht werden.⁵³

42. Antwort:

Um sich auf das Quasi-Inhouse-Privileg nach Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB berufen zu können, muss der Leistungserbringer erstens unter der Kontrolle öffentlicher Auftraggeber stehen (Kontrollerfordernis) und darf zweitens grundsätzlich keine Tätigkeiten für andere natürliche und juristische Personen als die ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber entfalten (Tätigkeitserfordernis).

Die **Kontrolle über die Tochtergesellschaft, welche Strom produziert, kann durch ein EVU alleine oder durch mehrere EVUs gemeinsam ausgeübt** werden. In letzterem Fall kann sich ein EVU selbst bei einer minimalen Beteiligung auf das Quasi-Inhouse-Privileg berufen, solange sämtliche Aktionäre/Anstaltseigner/Genossenschafter, welche an der Tochtergesellschaft beteiligt sind, selber ausschreibepflichtige öffentliche Auftraggeber (Kanton, Gemeinden, EVUs)⁵⁴ sind. Erforderlich ist aber, dass das EVU entweder im Leitungsorgan der Tochtergesellschaft vertreten ist oder dem EVU zumindest zusammen mit anderen Aktionären/Anstaltseignern/Genossenschaftern das Recht zusteht, ein Leitungsorgan zu benennen. Schliesslich muss die Tochtergesellschaft im Umfang von mindestens 80% den von ihr produzierten Strom an ihre Muttergesellschaften verkaufen. In diesem Fall können die Muttergesellschaften den Strom **ohne Ausschreibung** von der Tochtergesellschaft beziehen und in der Grundversorgung einsetzen.

⁵¹ Vgl. Beyeler, Rz. 1242; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 253.

⁵² Vgl. Beyeler, Rz. 1266.

⁵³ Musterbotschaft, S. 40.

⁵⁴ Zur Frage, ob eine Privatbeteiligung zum Ausschluss des Quasi-Inhouse-Privilegs führt, siehe Ziffer 40 dieses Gutachtens.

D. Frage 4: Beteiligung

4.) *Darf ein Kanton/eine Gemeinde Strom aus einer Anlage, an der er/sie direkt beteiligt ist (ohne EVU), ohne Ausschreibung via das gemeinde-/kantonseigene Werk den grundversorgten Kunden in seinem/ihrem Gebiet verkaufen?*

43. Bei dem dieser Frage zugrundeliegenden Sachverhalt befindet sich die Produktionsanlage im Eigentum einer Tochtergesellschaft des Kantons oder der Gemeinde. Beim EVU handelt es sich um ein nicht ausgelagertes Kantons- oder Gemeindewerk. Da das Kantons- oder Gemeindewerk Bestandteil der Kantons- und Gemeindeverwaltung ist, liegt rechtliche die gleiche Ausgangslage wie bei Frage 3 vor (Quasi-Inhouse-Beschaffung).

44. Antwort:

Sofern der Kanton und/oder die Gemeinde alleine oder zusammen mit anderen ausschreibepflichtige Auftraggebern zu 100% an der Strom produzierenden Tochtergesellschaft beteiligt sind und alle ausschreibepflichtigen Auftraggeber im Leitungsorgan vertreten sind und sofern die Tochtergesellschaft im Umfang von mindestens 80% den von ihr produzierten Strom an die an ihr Beteiligten verkauft, kann der Kanton und/oder die Gemeinde diesen Strom **ohne Ausschreibung** von der Tochtergesellschaft beziehen und dem nicht ausgelagerten Kantons- und/oder Gemeindewerk zum Verkauf in der Grundversorgung zur Verfügung stellen.

E. Frage 5: Leitungsnetze

5.) *Werden aufgrund des neuen Beschaffungsrechts neben der Stromlieferung auch die Leitungsnetze von Beschaffungen erfasst?*

45. Wie bereits in den Ziffern 5 und 6 dieses Gutachtens ausgeführt, unterstehen Kantone, Gemeinden, kantons- und gemeindeeigene Werke sowie sämtliche (Strom-)Netzbetreiber auf sämtlichen Netzebenen dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Dies gilt bereits im Anwendungsbereich des aktuellen Beschaffungsrechts.

46. Dem Beschaffungsrecht unterstehen zudem auch die Sektorenauftraggeber, welche feste Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder Verteilung von Gas oder Wärme oder Versorgung dieser Netze mit Gas oder Wärme bereitstellen oder betreiben (Art. 4 Abs. 2 lit. g IVöB).

47. Demzufolge werden auch Beschaffungen von Gas- oder Wärmenetzbetreibern vom öffentlichen Beschaffungsrecht erfasst.

48. Antwort:

Beschaffungen zugunsten der Leitungsnetze (Strom, Gas, Wärme) sind bei Erreichen der Schwellenwerte und sofern keine Ausnahme vorliegt, **öffentlich auszuschreiben**.

F. Frage 6: Wärmelieferungen

6.) *Gelten die neuen Grundsätze für Stromlieferungen analog oder ähnlich auch für die Beschaffung von Wärmelieferungen?*

49. Grundsätzlich gilt das neue Beschaffungsrecht auch für Gas- und Wärmelieferungen.⁵⁵ Das bedeutet zunächst einmal, dass der Einkauf von Gas oder Wärme zum Eigenverbrauch durch einen dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellten Auftraggeber bei Erreichen der Schwellenwerte und sofern kein Ausnahmetatbestand vorliegt, öffentlich auszuschreiben ist.

50. Ferner stellt sich die Frage, ob Gas- oder Wärmeversorgungsunternehmen, welche Gas oder Wärme zwecks Weiterverkauf einkaufen, diesen Einkauf öffentlich ausschreiben müssen.

51. Wie bereits in Ziffer 7 dieses Gutachtens dargelegt, findet die IVöB keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf (Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB). Im Gegensatz zur Stromversorgung gibt es auf dem Gas- und Wärmemarkt keine festen Kunden, die ihren Gas- und Wärmelieferanten nicht frei wählen können. Namentlich in Bezug auf den Gasmarkt hat die WEKO festgehalten, dass Betreiber von Hochdruck- und Niederdruckrohrleitungen verpflichtet sind, auf entsprechendes Gesuch hin sämtlichen Dritten den Netzzugang zur Belieferung von Endkunden zu gewähren.⁵⁶ Demzufolge gibt es im Gasmarkt – und sinngemäss auch im Wärmemarkt – nur freie Kunden, weshalb sämtlicher Einkauf von Gas und Wärme im Hinblick auf einen gewerblichen Wiederverkauf erfolgt und nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht.

52. Antwort:

Der Einkauf von Gas oder Wärme zum Eigenverbrauch durch einen dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellten Auftraggeber ist bei Erreichen der Schwellenwerte und sofern kein Ausnahmetatbestand vorliegt, öffentlich auszuschreiben.

Aufgrund des Wettbewerbsdrucks im nachgelagerten Markt ist der **Einkauf von Gas oder Wärme durch EVUs zwecks Weiterverkauf** gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB **nicht öffentlich auszuschreiben**.

⁵⁵ Siehe hierzu bereits die Antwort zur Frage 5, Ziffern 45 ff. dieses Gutachtens.

⁵⁶ Verfügung der WEKO vom 25. Mai 2020 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Netzzugang EGZ und ewl wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG, RPW 2020/4b, S. 1863 ff.

G. Frage 7: Bezugsrechte zu Spezialkonditionen (Vorzugskonditionen gemäss Konzession)

7.) *Darf Strom aus Spezialverträgen (Bezugsrechte zu Spezialkonditionen) weiterhin den grundversorgten Kunden in der entsprechenden Gemeinde verkauft werden?*

53. Auch bei der Fragestellung, ob Spezialverträge weitergelten bzw. ob Vorzugskonditionen für den Strombezug (Gratisenergie und Selbstkostenenergie), welche Gemeinden namentlich im Rahmen von Konzessionen betreffend die Nutzung der Wasserkraft auf ihrem Gebiet eingeräumt werden (vgl. Art. 55 lit. d WRG⁵⁷), weiterhin zur Anwendung gelangen, sind zur Beantwortung spezifisch stromversorgungsrechtliche Regelungen heranzuziehen:

- In Art. 14 Abs. 5 StromVG wird der Vorbehalt der im Zusammenhang mit geltenden Wasserrechtsverleihungen (Konzessionsverträge) vereinbarten Leistungen, insbesondere die Energielieferungen, festgehalten, indem in Konzessionen festgelegte Energielieferungen "durch die Bestimmungen über das Netznutzungsentgelt nicht berührt [werden sollen].
- In der Übergangsregelung von Art. 30 Abs. 1 StromVV ist sodann der Grundsatz festgehalten, dass bestehende langfristige Stromlieferverträge weitergelten,⁵⁸ soweit sie nicht gegen die Vorschriften über den Netzzugang oder das Netznutzungsentgelt verstossen.⁵⁹

54. Das Stromversorgungsrecht spricht sich somit für eine **grundsätzliche Weitergeltung von bestehenden Konzessionsverträgen und den dort vereinbarten (Vorzugs-)Konditionen für Energielieferungen** an die Endverbraucherinnen und -verbraucher in den betreffenden Gemeinden aus.⁶⁰

55. Die Lieferung von Vorzugsenergie an die Konzedentin ist zudem eine Pflicht der Konzessionärin, welche sich unmittelbar aus der Konzession ergibt. **Entsprechend ist der Bezug von Vorzugsenergie durch die Konzedentin nicht als Energieeinkauf seitens Konzedentin, sondern vielmehr als konzessionsrechtliche Abgeltungsleistung der Konzessionärin an die Konzedentin für die Nutzung der Wasserkraft**

⁵⁷ Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG) vom 22. Dezember 1916; SR 721.80. Wonach Wasserrechtskonzessionen namentlich Bestimmungen über die unentgeltlich oder zu Vorzugspreisen abzugebende elektrische Energie enthalten können; vgl. auch Art. 54 lit. f WRG.

⁵⁸ Vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005, 1611, S. 1677.

⁵⁹ Vgl. dazu die Antworten zu den Fragen 8 und 9, Ziffern 58 ff. und 65 ff. dieses Gutachtens.

⁶⁰ Vgl. dazu etwa ECom-Mitteilung vom 26. November 2015, S. 3.

eines öffentlichen Gewässers zu qualifizieren. Der Bezug von Vorzugsenergie durch die Konzedentin stellt somit keinen öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 8 Abs. 1 IVöB dar. Eine beschaffungsrechtliche Ausschreibung wäre in dem Zusammenhang praktisch denn auch gar nicht möglich, zumal der Energiebezug aufgrund des Konzessionsverhältnisses ja gerade bei der Konzessionärin und zu Vorzugsbedingungen erfolgen soll. Der Bezug von Vorzugsenergie durch die Konzedentin untersteht somit objektiv nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

56. Sodann unterliegt die Neuvergabe von Konzessionen gemäss expliziter spezialgesetzlicher Regelung im StromVG sowie auch im WRG keiner Ausschreibungspflicht.⁶¹ Die Erteilung hat jedoch "in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren" zu erfolgen.⁶²

57. Antwort:

Strom zu Spezial- oder Vorzugskonditionen aus Konzessionsverträgen darf auch weiterhin den grundversorgten Kunden in der entsprechenden Gemeinde weiterverkauft werden. Eine Ausschreibung solcher Energielieferungen ist nicht erforderlich. Die Neuvergabe von Konzessionen hat jedoch "in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren" zu erfolgen.

H. Frage 8: Power Purchase Agreement (PPA) mit der öffentlichen Hand

8.) *Darf die öffentliche Hand mit einem [Kraftwerks-]Betreiber ein PPA vertraglich abschliessen und sich zur Abnahme des Stromes für eine gewisse Zeit zu einem bestimmten Preis verpflichten?*⁶³

58. Die Strombeschaffung der öffentlichen Hand untersteht nach Ansicht der WEKO grundsätzlich der Ausschreibungspflicht;⁶⁴ gemäss hier vertretener Auffassung erst dann, wenn das Recht auf Netzzugang gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG ausgeübt wurde. Die

⁶¹ Vgl. Art. 9 IVöB sowie dazu die Musterbotschaft, S. 35.

⁶² Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG sowie dazu insbesondere Martin Beyeler, in: Kratz et al. (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Kommentierung Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG. Vgl. im Übrigen auch Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 StromVG.

⁶³ Im Gegensatz zu den in den Fragen 3 und 4, Ziffern 35 ff. und 43 ff. dieses Gutachtens, behandelten Sachverhalten geht es hier nur um vertragliche PPAs und nicht um eine Beteiligung, sodass sich die öffentliche Hand nicht auf das Quasi-Inhouse-Privileg berufen kann.

⁶⁴ Siehe dazu Ziffer 9 dieses Gutachtens.

Ausschreibungspflicht gilt auch für den Abschluss von Stromlieferverträgen mit Kraftwerksbetreibern.⁶⁵

59. Dabei ist zwischen bestehenden und neuen langfristigen Strombezugsverträgen zu unterscheiden. Langfristige Stromlieferverträge gelten gemäss Art. 30 Abs. 1 StromVV grundsätzlich weiter, soweit sie bei Inkrafttreten des StromVG bereits bestanden und nicht gegen die Vorschriften über den Netzzugang oder das Netznutzungsentgelts verstossen.⁶⁶
60. **Eine Ausschreibung erscheint demnach bis zum Ablauf bestehender langfristiger Verträge nicht erforderlich.**⁶⁷
61. **Neue langfristige Strombezugsverträge** der öffentlichen Hand sind **grundsätzlich auszuschreiben**, soweit keine Ausnahmekonstellation vorliegt.
62. Gemäss Musterbotschaft, S. 51, "soll nur in Ausnahmefällen eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren⁶⁸ vereinbar[t werden] und hat [der öffentliche Auftraggeber] die Ausnahme zu begründen". Eine längere Vertragsdauer erscheint insbesondere dann als verhältnismässig, wenn betriebswirtschaftliche Gründe dies rechtfertigen. Eine unbestimmte Vertragsdauer wäre hingegen als vergaberechtlich problematisch zu betrachten.
63. Bezweckt der Abschluss eines PPA der öffentlichen Hand⁶⁹ mit einem Stromproduzenten aus erneuerbaren Energien in erster Linie eine **Förderung** von erneuerbaren Energien bzw. eine Absicherung entsprechender privater Investitionen, stellt sich die Frage, ob unverändert eine ausschreibungspflichtige Strombeschaffung vorliegt oder aber ob ein solches Rechtsgeschäft schwergewichtig allenfalls als (nicht ausschreibungspflichtiges) gemischtes bzw. zutreffender: kombiniertes Rechtsgeschäft⁷⁰ qualifiziert werden könnte.

⁶⁵ Siehe dazu die Antwort zur Frage 1, Ziffern 13 ff. dieses Gutachtens.

⁶⁶ Vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005, 1611, S. 1677.

⁶⁷ Vgl. dazu Musterbotschaft, S. 51: "Für die Verlängerung bereits bestehender [Dauer-]Verträge gelten grundsätzlich dieselben Bedingungen, wobei die Verlängerung eines bereits bestehenden [Dauer-]Vertrags strenger zu beurteilen wäre als das Eingehen eines neuen Vertrags."

⁶⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 4 IVöB sowie Ziffer 12 dieses Gutachtens.

⁶⁹ In der EU offenbar bereits Fuss gefasst hat und auch hierzulande vereinzelt bereits Realität (PV-Anlage Müttsee) ist der Abschluss langfristiger PPAs von privaten Unternehmen mit Kraftwerksbetreibern als Finanzierungsmodell von erneuerbaren Energien. Da keine öffentlichen Auftraggeber, wirft dies keine vergaberechtlichen Fragen auf.

⁷⁰ Vgl. zur Terminologie Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 8 Rz. 69 ff. m.w.H.

Die Anwendung der neu in Art. 8 Abs. 3 IVöB verankerten sog. Schwergewichtstheorie⁷¹ auf vertragliche Engagements der öffentlichen Hand zur Förderung der erneuerbaren Stromproduktion erscheint dabei nicht a priori ausgeschlossen, bedarf jedoch einer **Prüfung im konkreten Einzelfall**; Lehrmeinungen und Rechtsprechung dazu liegen noch nicht vor. Es darf jedenfalls **keine Umgehung** des Beschaffungsrechts vorliegen. Der in finanzieller Hinsicht überwiegende Leistungsteil gemäss Art. 8 Abs. 3 IVöB dürfte auch bei PPAs der öffentlichen Hand mit Kraftwerksbetreibern der Strombezugspreis sein, was für eine Ausschreibungspflicht sprechen würde. Allein die Tatsache, dass das Rechtsgeschäft eine Förder- bzw. Subventionskomponente enthält, führt noch nicht zur Ausnahme gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. c IVöB⁷². Vielmehr muss gemäss Lehre eine Notwendigkeit der Mischung bzw. Bündelung gegeben sein, welche nicht ohne weiteres anzunehmen ist⁷³ bzw. im konkreten Einzelfall darzulegen werden müsste.

64. Antwort:

Neue langfristige Strombezugsverträge der öffentlichen Hand mit (nicht von ihr beherrschten⁷⁴) Kraftwerksbetreibern sind **grundsätzlich auszuschreiben** und aufgrund von Art. 15 Abs. 4 IVöB auf eine Vertragsdauer von max. fünf Jahren zu beschränken.

Wird mit dem Abschluss eines PPA durch die öffentliche Hand die **Finanzierung bzw. Förderung von erneuerbaren Energien** bezweckt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob nicht die Anwendung der Schwergewichtstheorie gemäss Art. 8 Abs. 3 IVöB begründet werden könnte, sodass sich **im konkreten Einzelfall aufgrund einer sachlichen Notwendigkeit allenfalls ein nicht ausschreibungspflichtiges Rechtsgeschäft** argumentieren liesse. Es darf jedoch weder von der Absicht noch von der Wirkung her ein Umgehungsgeschäft vorliegen.

I. Frage 9: PPA mit einem Verteilnetzbetreiber

9.) *Darf ein Verteilnetzbetreiber ein PPA mit einem Investor abschliessen und den Strom hernach zu diesem Preis seinen grundversorgten Kunden verkaufen?*

65. Aus stromversorgungsrechtlicher Sicht gehören "langfristige Strombezugsverträge" der VNB zum Gesamtstromportfolio, mit welchen der VNB die Grundversorgung gewährleistet

⁷¹ Vgl. dazu Musterbotschaft, S. 34, sowie Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 8 Rz. 56 ff.

⁷² Vgl. dazu Beyeler, Rz. 873.

⁷³ Vgl. Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 8 Rz. 73.

⁷⁴ Vgl. zum Quasi-Inhouse-Privileg die Ziffern 35 ff. dieses Gutachtens.

und an welchem sich der Tarifanteil für die Energielieferung an Endverbraucher mit Grundversorgung orientiert.⁷⁵

66. Aus beschaffungsrechtlicher Sicht dürfte **für neue langfristige Bezugsverträge von VNB zur Sicherstellung der Grundversorgung** ihrer festen Endverbraucher **grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht** gegeben sein.⁷⁶
67. Was die Vertragsdauer anbelangt, ist aufgrund von Art. 15 Abs. 4 IVöB davon auszugehen, dass diese fünf Jahre grundsätzlich nicht übersteigen sollte:⁷⁷ "Der Auftraggeber soll nur in Ausnahmefällen eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren vereinbaren und hat die Ausnahme zu begründen. Es handelt sich hierbei um eine rein interne Anweisung, die nicht justizierbar ist. Verträge über längere Zeiträume sind insbesondere dann verhältnismässig, wenn betriebswirtschaftliche Gründe, wie das Bedürfnis nach Investitionsschutz oder die Berücksichtigung von Produktlebenszyklen eine längere Dauer und damit eine massvolle Beschränkung des Marktzugangs rechtfertigen."⁷⁸ Soweit also betriebswirtschaftliche Gründe angeführt werden können, die eine längere Vertragsdauer rechtfertigen, wäre eine solche aus beschaffungsrechtlicher Sicht als zulässig zu betrachten. Verträge mit unbestimmter Vertragsdauer sind vergaberechtlich tendenziell problematisch und müssen so ausgestaltet werden, dass kein unangemessen langer Marktausschluss anderer Anbieter erfolgt.
68. Soweit PPAs dazu dienen, Investitionen in Kraftwerksanlagen abzusichern – handle es sich dabei um solche von dritten Investoren oder aber um solche von VNBs in Produktionsanlagen –, liesse es sich im Einzelfall in Anwendung der in Art. 8 Abs. 3 IVöB verankerten **Schwergewichtstheorie** allenfalls sachlich begründen⁷⁹, dass sich das Schwergewicht des Rechtsgeschäfts damit verschiebt, sodass ein solches (gemischtes) Rechtsgeschäft im konkreten Einzelfall aufgrund des Überwiegens des Investitionsteils insgesamt allenfalls nicht mehr als ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag (Stromlieferung) im Sinne von Art. 8 Abs. 1 IVöB zu betrachten wäre. Dabei ist allerdings Vorsicht angebracht: Es darf weder von der Absicht noch von der Wirkung her eine Umgehung

⁷⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 1 StromVV sowie dazu ECom-Verfügungen 211-00008 vom 6. April 2020, Rz. 21 ff., sowie 211-00033 vom 20. August 2020, Rz. 143 ff. Vgl. zur sog. Durchschnittspreismethode der ECom im Übrigen die Ziffern 26 ff. dieses Gutachtens.

⁷⁶ Vgl. dazu Ziffer 8 dieses Gutachtens.

⁷⁷ Vgl. dazu Ziffer 12 dieses Gutachtens.

⁷⁸ Musterbotschaft, S. 51.

⁷⁹ Dies das Erfordernis, welches gemäss dem Bundesverwaltungsgericht erfüllt sein muss; vgl. Urteil B-3060/2010 vom 27. August 2010, E. 4.2, bzw. BVGE 2008/48 E. 4.3. Vgl. dazu auch Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 8 Rz. 68 ff.

des Beschaffungsrechts vorliegen; es muss vielmehr eine **sachliche Notwendigkeit der Mischung bzw. Bündelung von verschiedenen Leistungen im konkreten Rechtsgeschäft nachweisbar** sein⁸⁰.

69. Antwort:

Bei Investitionen von VNB in Kraftwerksanlagen ist **im konkreten Einzelfall zu prüfen**, ob ein **öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 8 Abs. 1 IVöB vorliegt oder** ob das kombinierte Rechtsgeschäft **aufgrund des Überwiegens der Investitions- bzw. Förderungskomponente im konkreten Einzelfall allenfalls als nicht vergaberechtlicher Natur** qualifiziert werden könnte. Dafür ist erforderlich, dass die Notwendigkeit der Kombination von Investition bzw. Förderung und Energielieferung als Absicherungsgeschäft dargetan werden kann.

Bei der Weiterverrechnung des Strombezugs durch den VNB an die grundversorgten Endverbraucherinnen und -verbraucher ist grundsätzlich Art. 6 Abs. 5 StromVG zu beachten bzw. nach der Durchschnittspreismethode der ElCom vorzugehen. Soweit es sich um Elektrizität aus erneuerbaren Energien handelt, dürfen die VNB bis zum Auslaufen der Marktprämie nach Art. 30 EnG die **Gestehungskosten** dieser Elektrizität in die Tarife einrechnen und müssen Preisvorteile nach Absatz 5 nicht miteinrechnen (Art. 6 Abs. 5^{bis} StromVG).⁸¹

J. Frage 10: Strombeschaffung mittels Ausschreibung von Rahmenverträgen

10.) *Wie kann Strom im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung mit Angebotsfristen von 40 bzw. 20 Tagen beschafft werden, nachdem in der Praxis Angebotsfristen von wenigen Stunden gelten?*

70. Falls ein öffentlicher Auftraggeber seine Strombeschaffung öffentlich ausschreibt, bietet sich die Ausschreibung von Rahmenverträgen im Sinne von Art. 25 IVöB an.⁸² Gemäss Abs. 1 kann der Auftraggeber Vereinbarungen mit einem oder mehreren Anbietern ausschreiben, die zum Ziel haben, die Bedingungen für die Leistungen, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums bezogen werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf deren Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommenen Mengen. Gestützt auf einen solchen Rahmenvertrag kann der Auftraggeber während dessen Laufzeit Einzelverträge

⁸⁰ Art. 8 Abs. 3 IVöB; vgl. dazu Musterbotschaft, S. 34, sowie Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 8 Rz. 73 m.w.H.

⁸¹ Siehe hierzu Antwort zur Frage 2, Ziffern 26 ff. dieses Gutachtens.

⁸² Zur Frage und Ausgestaltung des (freihändigen) Stromeinkaufs an der Börse oder im OCT-Handel, siehe die Antwort zur Frage 14, Ziffern 85 ff. dieses Gutachtens.

abschliessen. Die Laufzeit eines Rahmenvertrags beträgt höchstens fünf Jahre (Abs. 3). Werden aus zureichenden Gründen Rahmenverträge mit mehreren Anbietern abgeschlossen, so erfolgt der Abschluss von Einzelverträgen nach Wahl des Auftraggebers entweder nach den Bedingungen des jeweiligen Rahmenvertrags ohne erneuten Aufruf zur Angebotseinreichung oder nach folgendem Verfahren: a) vor Abschluss jedes Einzelvertrags konsultiert der Auftraggeber schriftlich die Vertragspartner und teilt ihnen den konkreten Bedarf mit; b) der Auftraggeber setzt den Vertragspartnern eine angemessene Frist für die Abgabe der Angebote für jeden Einzelvertrag; c) die Angebote sind schriftlich einzureichen und während der Dauer, die in der Anfrage genannt ist, verbindlich; d) der Auftraggeber schliesst den Einzelvertrag mit demjenigen Vertragspartner ab, der gestützt auf die in den Ausschreibungsunterlagen oder im Rahmenvertrag definierten Kriterien das beste Angebot unterbreitet (Abs. 5).

71. Antwort:

Im vorliegenden Fall kann der öffentliche Auftraggeber mit den Stromlieferanten **Rahmenverträge** abschliessen, welche regeln, nach welchen Kriterien der Strom während der Dauer des Rahmenvertrags beschafft und demzufolge ein Einzelvertrag abgeschlossen wird. Bei der Ausschreibung des Rahmenvertrags gelten die gesetzlichen Angebotsfristen von 40 bzw. 20 Tagen (Art. 46 Abs. 2 lit. a und Abs. 4 IVöB). Mit den Anbietern, welche die Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllen, wird der Rahmenvertrag abgeschlossen. Falls der öffentliche Auftraggeber während der Dauer der Rahmenverträge Strom beschaffen möchte, führt er **gemäss den Vorgaben des Rahmenvertrags eine kurzfristige Ausschreibung** durch. Der Abschluss der Einzelverträge kann kurzfristig (innert weniger Stunden) erfolgen.

K. Frage 11: Zuschlagskriterien

- 11.) *Welche Zuschlagskriterien können bei der Beschaffung von Stromlieferungen verwendet werden?*
72. Gemäss Art. 29 IVöB prüft der Auftraggeber die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. **Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung** kann er insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigen (Abs. 1). Der Auftraggeber gibt die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Abs. 3 Satz 1). Für standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (Abs. 4).
73. Art. 29 Abs. 1 IVöB enthält eine nicht abschliessende Aufzählung möglicher Zuschlagskriterien. Zuschlagskriterien orientieren sich primär an der Leistung, d.h., sie haben einen sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand. **Der Preis ist immer zu berücksichtigen.**

sichtigen, indes in der Regel nicht als alleiniges Zuschlagskriterium.⁸³ Im Übrigen steht es weitgehend im Ermessen der Vergabestelle, welche Zuschlagskriterien sie zur Anwendung bringen möchte. Namentlich darf die Nachhaltigkeit als eines der Zuschlagskriterien gewählt werden.

74. Unzulässig ist es hingegen, im Rahmen des Zuschlagskriteriums Nachhaltigkeit die Ortsansässigkeit oder insbesondere den Anfahrtsweg zu bewerten, da solche Kriterien protektionistisch begründet sind. Der Anfahrtsweg kann nur dann berücksichtigt werden, wenn dieser nicht dazu dient, ortsansässige Anbieter zu bevorzugen. Der Anfahrtsweg kann zum Beispiel bei einem zwingend erforderlichen Pikettdienst bewertet werden. Auch das Zuschlagskriterium Transportweg erweist sich nur dann als zulässig, wenn die Transporte zum Auftragsgegenstand gehören, über längere Zeit andauern und verglichen mit dem gesamten Auftrag von erheblichem Umfang sind. Dabei darf auch das Emissionsverhalten der tatsächlich eingesetzten Fahrzeuge berücksichtigt werden. Schliesslich ist es auch zulässig, z.B. Fair-Trade-Produkte im Rahmen der Zuschlagskriterien besser zu bewerten.⁸⁴
75. Bei standardisierten Gütern, wozu auch die Beschaffung von Elektrizität, Brenn- und Treibstoffen gehört, ist es aufgrund von Art. 29 Abs. 4 IVöB aber auch zulässig, einzig den Preis als Zuschlagskriterium zu bewerten.⁸⁵
76. Da es sich beim Strom um ein standardisiertes Gut handelt, darf das Zuschlagskriterium Preis nicht durch andere Zuschlagskriterien verwässert werden.
77. *Antwort:*

Im Ergebnis kann somit festgestellt werden, dass bei der Strombeschaffung insbesondere das Zuschlagskriterium Preis zu bewerten ist. Daneben können weitere beliebige Zuschlagskriterien zur Anwendung gelangen, solange diese nicht protektionistisch begründet sind.

⁸³ Vgl. Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 Rz. 19.

⁸⁴ Vgl. Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 Rz. 25 ff.

⁸⁵ Vgl. Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 Rz. 33.

L. Frage 12: Berücksichtigung der Energie- und Klimapolitik bei den Zuschlagskriterien

12.) Können auch Zuschlagskriterien gewählt werden, die auf die Vorgaben in der Energie- und Klimapolitik Bezug nehmen (z.B. regionale Produktion, erneuerbare Energie, Versorgungssicherheit)?

78. Es ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Auswahl des Zuschlagempfinders nicht nur über die Zuschlagskriterien (Art. 29 IVöB), sondern auch über die **Eignungskriterien** (Art. 27 IVöB) und über die **technischen Spezifikationen** (Art. 30 IVöB) bzw. ganz allgemein über die Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand gesteuert werden kann.

79. Während sich die Eignungskriterien auf die Fähigkeiten und Eigenschaften des Anbieters beziehen, sind die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien stets leistungs- bzw. auftragsbezogen. Erfüllt ein Anbieter die Teilnahmebedingungen sowie die Eignungskriterien und entspricht sein Angebot den technischen Spezifikationen (absolute Minimal- bzw. Muss-Anforderungen für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags), prüft der Auftraggeber, ob und inwiefern das Angebot die leistungsbezogenen Zuschlagskriterien erfüllt.⁸⁶

80. Namentlich kann der Auftraggeber technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen (Art. 30 Abs. 4 IVöB). Gemäss Musterbotschaft, S. 72, können sich ökologisch motivierte technische Spezifikationen, obwohl sie im Endprodukt nicht sichtbar sind, auch auf den Herstellungsprozess beziehen, sofern ein sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand vorliegt. Bei der Festlegung und Überprüfung von umwelt- und ressourcenrelevanten technischen Spezifikationen kann der Auftraggeber auf international anerkannte Zertifizierungssysteme abstellen, muss jedoch den Nachweis der Einhaltung gleichwertiger Anforderungen immer zulassen. Zudem darf die Formulierung technischer Spezifikationen nicht zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.

81. Wie bereits in den Ziffern 74 ff. dieses Gutachtens ausgeführt sind protektionistische Zuschlagskriterien hingegen unzulässig. Ferner darf das Zuschlagskriterium Preis bei standardisierten Gütern (wie Stromlieferungen) nicht verwässert werden.

82. Antwort:

Ein Eignungs- oder Zuschlagskriterium, **welches eine regionale Produktion verlangt, dürfte grundsätzlich unzulässig (da protektionistisch) sein**. Wenn man hingegen die Belieferung mit erneuerbaren Energien oder gewisse Garantien betreffend Versorgungssicherheit wünscht, ist es möglich, **solche Anforderungen in den technischen**

⁸⁶ Musterbotschaft, S. 65.

Spezifikationen bzw. bei den Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand zu verlangen. Namentlich kann man von den Anbietern – entweder im Rahmen der Eignungskriterien oder im Rahmen der technischen Spezifikationen – entsprechende Labels oder Zertifizierungen verlangen.

M. Frage 13: Vorgaben in Bezug auf die Stromherkunft oder die Herstellungsart

13.) *Können im Beschrieb des Beschaffungsobjekts (also ausserhalb der Zuschlagkriterien) in Beachtung der politischen Energieziele Vorgaben in Bezug auf die Stromherkunft oder die Herstellungsart (z.B. erneuerbare Energien, Strommix, Strom aus inländischer Wasserkraft usw.) gemacht werden?*

83. Zur Beantwortung dieser Frage kann vorab auf die Ausführungen zu den Fragen 11 und 12, Ziffern 72 ff. und 78 ff. dieses Gutachtens verwiesen werden.

84. Antwort:

Es ist ohne weiteres **zulässig**, im Rahmen der technischen Spezifikationen bzw. bei den Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand Vorgaben in Bezug auf die Stromherkunft (mit Ausnahme der regionalen Herkunft⁸⁷) oder die Herstellungsart zu machen.

N. Frage 14: Strombeschaffung im OTC-Handel (ohne Ausschreibung)

14.) *Unter welchen Bedingungen ist OTC-Handel noch zulässig?*

85. Gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. g IVöB kann der Auftraggeber einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn der Auftraggeber Leistungen an Warenbörsen beschafft.

86. In ihrer Empfehlung führte die WEKO aus, dass die Beschaffung über eine funktionierende Warenbörse abgewickelt werden müsse, in welcher der Strompreis unter Berücksichtigung des vorhandenen Angebots und der Nachfrage zum gewünschten Zeitpunkt gebildet werden müsse. Der Grund für die Zulässigkeit des freihändigen Vergabeverfahrens liege in der plattformimmanenten Verwirklichung des Wettbewerbsgrundsatzes. Es entspreche den Grundprinzipien des Vergaberechts, wenn sich der Preis für eine Ware im Wettbewerb an einem transparenten Markt bilde, zu dem möglichst viele Marktteilnehmer Zugang hätten.⁸⁸

⁸⁷ Siehe Antwort zur Frage 12, Ziffer 78 ff. dieses Gutachtens.

⁸⁸ WEKO-Empfehlung, Rz. 50.

Der Einkauf an einer Strombörse könne ohne öffentliche Ausschreibung erfolgen, falls der Leistungserbringer die Börsengeschäfte tatsächlich für den öffentlichen Auftraggeber vornehme sowie physisch an diesen liefere und der öffentliche Auftraggeber hierfür den unter Wettbewerbsbedingungen zu Stande gekommenen Börsenpreis zu bezahlen habe. In einer solchen Konstellation seien die im Zusammenhang mit dem Börsenkauf gegen Entgelt erfolgenden Dienstleistungen des Leistungserbringers, die den Börsenpreis übersteigen würden, öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert erreicht werde.⁸⁹

Weiter führte die WEKO aus, dass in der Praxis von den öffentlichen Auftraggebern nach wie vor zahlreiche Strombezugsgeschäfte ausserhalb einer Strombörse getätigt würden. Mit «OTC-Handel» (Over the Counter, über die Ladentheke) sei der direkte, ausserbörsliche Handel von Strom ohne zwischengeschaltete Instanzen oder Clearingstellen gemeint. Auf eine öffentliche Ausschreibung könne in einer solchen Konstellation ausnahmsweise verzichtet werden, falls sämtliche Anforderungen für den Ausnahmetatbestand des Kaufs von Gütern an einer Warenbörse erfüllt seien. Hierfür wäre etwa vorausgesetzt, dass das Stromgeschäft anonymisiert über eine Plattform ablaufe, ohne dass die potenziellen Vertragspartner wissen würden, wer hinter dem Angebot bzw. der Nachfrage stehe. Weiter müssten bspw. die für Börsen geltenden Transparenzvorgaben eingehalten werden. Um diese Vorgaben zu gewährleisten, müsste darüber hinaus insbesondere auch sichergestellt werden, dass möglichst viele Marktteilnehmer auf die Plattform Zugang hätten und effektiv daran partizipieren würden; nur unter solchen Voraussetzungen könnte von einem unter Wettbewerbsbedingungen zu Stande gekommenen Strompreis gesprochen werden. Die Begründungs- und Dokumentationspflicht für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands liege beim öffentlichen Auftraggeber.⁹⁰

87. Gemäss WEKO gilt somit Folgendes:

- Der Einkauf an einer Strombörse kann ohne öffentliche Ausschreibung erfolgen.
- Der Einkauf ausserhalb einer Strombörse kann ohne öffentliche Ausschreibung erfolgen, *sofern das Stromgeschäft anonymisiert über eine Plattform abläuft und die für Börsen geltenden Transparenzvorgaben eingehalten werden*, sodass ein unter Wettbewerbsbedingungen zu Stande gekommener Strompreis erzielt wird.
- Der öffentliche Auftraggeber kann einen (externen) Leistungserbringer damit beauftragen, für ihn den Strom an oder ausserhalb einer Strombörse einzukaufen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Leistungserbringer die Einkäufe tatsächlich für den öffentlichen Auftraggeber vornimmt sowie physisch an diesen liefert und der

⁸⁹ WEKO-Empfehlung, Rz. 51.

⁹⁰ WEKO-Empfehlung, Rz. 52.

öffentliche Auftraggeber hierfür den unter Wettbewerbsbedingungen zu Stande gekommenen Börsenpreis bezahlt.

- Die vom Leistungserbringer erbrachte Dienstleistung ist öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert erreicht wird.⁹¹
88. Die Ausführungen der WEKO sind u.E. grundsätzlich korrekt. Ein Vorbehalt ist hingegen zur im vorstehenden Absatz kursiv hervorgehobenen Feststellung der WEKO anzubringen, dass der Einkauf ausserhalb einer Strombörse nur dann einer Leistungsbeschaffung an einer Warenbörse gleichgestellt werden kann, wenn das Geschäft anonymisiert über eine Plattform abläuft und die für Börsen geltenden Transparenzvorgaben eingehalten werden. Diese Anforderung ergibt sich weder aus dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 2 lit. g IVöB (Beschaffung von Leistungen an Warenbörsen) noch aus dem Wortlaut der von der Schweiz abgeschlossenen Staatsverträge. Die Anforderung der WEKO entspricht auch nicht der gelebten Praxis.
89. Gemäss Durchführungsbeschluss der Kommission vom 24. April 2020 zur Freistellung der Erzeugung und des Grosshandels von Strom aus konventionellen Quellen in Deutschland von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste erfolgt die Vermarktung von Strom auf der Grosshandelsebene über die Börse, d. h. an den Spot- und Terminmärkten der European Energy Exchange AG (EEX) und der European Power Exchange S.E. (EPEX), oder ausserbörslich im Zuge von Over-the Counter-Geschäften (OTC). Der sich an der Strombörse einstellende Preis dient in der Regel als Referenzpreis bei ausserbörslichen Geschäften.
90. Auch dieser für Deutschland relevante Durchführungsbeschluss sieht für ausserbörsliche Beschaffung im Zuge von OTC-Geschäften nicht vor, dass das Geschäft anonymisiert über eine Plattform abläuft und die für Börsen geltenden Transparenzvorgaben eingehalten werden, sondern es wird nur verlangt, dass der sich an der Börse einstellende Preis als Referenzpreis bei ausserbörslichen Geschäften dient.
91. Antwort:

Es lässt sich – solange es kein klärendes Gerichtsurteil gibt – argumentieren, dass es genügen muss, dass im OTC-Handel ein unter Wettbewerbsbe-

⁹¹ Siehe hierzu auch die Stellungnahme des Sekretariats der WEKO in Sachen Anzeige betreffend Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch die Gemeinde Bern bei der Stromversorgung von BERNMOBIL vom 12. Dezember 2019, S. 10.

dingungen zu Stande gekommener Preis erzielt wird, auch wenn dieser Handel nicht anonymisiert ist.

Demzufolge kann die Strombeschaffung an der Börse und/oder im OTC-Handel gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. g IVöB freihändig erfolgen. **Die freihändige Vergabe im Staatsvertragsbereich ist auf der von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen (www.simap.ch) zu veröffentlichen (Art. 48 Abs. 1 IVöB).**⁹²

Wird ein Dienstleister mit der Beschaffung an der Börse und/oder im OTC-Handel beauftragt, ist dieser Dienstleistungsauftrag ab einem Auftragswert von CHF 150'000.- in 4 Jahren im Einladungsverfahren und ab einem Auftragswert von CHF 250'000.- in 4 Jahren im offenen/selektiven Verfahren zu vergeben.

O. Frage 15: Gewinnbeteiligung, Konzessionsgebühren

15.) *Beeinflusst das neue Beschaffungsrecht den Umgang mit Gewinnbeteiligungen / Konzessionsgebühren von eigenen Energieunternehmen?*

92. Die WEKO begründet die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf Strombeschaffungen u.a. wie folgt:⁹³

"Gerade in Bezug auf grössere Städte und die Kantone als öffentliche Auftraggeber, die regelmässig an einem oder mehreren lokalen EVU beteiligt sind, besteht je nach Konstellation kein Anreiz, von sich aus als Endkunde in den freien Markt einzutreten: Die Stromkosten für die Versorgung der öffentlichen Einrichtungen werden durch Steuergelder finanziert. Strombezüge in der Grundversorgung sind für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden in der Regel teurer als Lieferungen auf dem freien Markt. Die daraus resultierenden Gewinne können regelmässig solche EVU als Verteilnetzbetreiber und angestammte Versorger einnehmen, an denen der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist oder die ihm politisch nahestehen. EVU, an denen der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, könnten Dividenden an ihre Eigentümer ausschütten, die von zu nicht marktkonformen Konditionen abgenommenen Stromlieferungen stammen und mit Steuergeldern finanziert wurden. Dies ist nicht im Sinne der Ziele des Beschaffungsrechts und wäre für die Entwicklung des Wettbewerbs im Bereich der Stromversorgung kontraproduktiv."

⁹² Vgl. WEKO-Empfehlung, Rz. 53 f. und Rz. 64, Empfehlung A-4.

⁹³ WEKO-Empfehlung, Rz. 35.

Die Erzielung von Gewinnen im Grundversorgungsbereich wird von der WEKO als nicht vereinbar mit den Zielen des Beschaffungsrechts betrachtet.

93. Das Stromversorgungsrecht auf der anderen Seite lässt einen "angemessenen" Gewinnanteil sowohl im Netztarif als auch im Energietarif zu. Erforderlich ist allerdings eine kantonale oder kommunale Regelung, welche die Abschöpfung dieses im Grundsatz zulässigen Gewinnanteils vorsieht.⁹⁴
94. Soweit also die Strombeschaffung für die Grundversorgung durch kantons- oder gemeindeeigene EVUs der Ausschreibungspflicht unterliegt, kann es im Grundversorgungsbereich zu einer Gewinnerzielung, die über den bundesrechtlich zugelassenen Gewinn hinausgeht, eigentlich nicht mehr kommen.
95. Zur Möglichkeit der Abschöpfung eines über den bundesrechtlich zulässigen Gewinn hinausgehenden Betrages hat sich die ElCom in Rahmen einer Verfügung aus dem Jahr 2016 wie folgt geäußert:⁹⁵

"Möchte ein Gemeinwesen einen über den bundesrechtlich zulässigen Gewinn hinausgehenden Betrag von einem Netzbetreiber abschöpfen, so hat dies ausschliesslich unter dem Titel «Abgaben» gestützt auf einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage zu erfolgen."

96. Soweit es sich also um Gewinnabgaben handelt, die als solche auf einer kantonalen oder kommunalen Rechtsgrundlage basieren, oder aber um Konzessionsgebühren, handelt es sich dabei um einen im StromVG vorbehaltenen Bereich des kantonalen Rechts, der als solcher nicht der bundesrechtlichen Regulierung unterliegt. Allerdings darf damit keine Umgehung der Ziele des Beschaffungsrechts bezweckt werden.
97. Inwieweit es dabei eine Rolle spielen könnte, ob solche Abgaben auch beim marktbestimmten Energiepreis einkalkuliert und damit auch den freien Kunden belastet werden, wie das Bundesgericht in seinem Entscheid 2C_297/2019 vom 28. Mai 2020, E. 6.5.1, festhält, bedürfte noch vertiefter Abklärung.
98. Der stromversorgungsrechtliche Begriff der "Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen" umfasst auch Konzessionsabgaben.⁹⁶

⁹⁴ BGer-Urteil 2C_297/2019 vom 28. Mai 2020, E. 6.5.2.

⁹⁵ ElCom-Verfügung 211-00016 vom 17. November 2016, Rz. 437.

⁹⁶ Vgl. dazu die Weisung "Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen" der ElCom vom 17. Februar 2011.

99. Antwort:

Das neue Beschaffungsrecht beeinflusst den Umgang mit Gewinnbeteiligungen / Konzessionsgebühren von eigenen Energieunternehmen, indem **eine über den bundesrechtlich zugestandenen Gewinnanteil hinausgehende Abschöpfung nur auf Basis einer entsprechenden kantonalen oder kommunalen Rechtsgrundlage zulässig** ist und damit **keine Umgehung der Ziele des Beschaffungsrechts** bezweckt werden darf.

Entsprechendes gilt für Konzessionsabgaben, die als solche grundsätzlich auch weiterhin zulässig sind, jedoch ebenso einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben, und stehen Ihnen bei Rückfragen gerne zur Verfügung.

Die Verfasser:


Dr. Brigitta Kratz


Dr. Mischa Morgenbesser