



## NEWSLETTER VERWALTUNGS- UND ENERGIERECHT



Mischa Morgenbesser  
Dr. iur., Rechtsanwalt

### **IN KÜRZE: EMPFEHLUNG DER WETTBEWERBSKOMMISSION (WEKO) ZUR STROMBESCHAFFUNG**

Am 30. März 2021 publizierte die WEKO ihre Empfehlung vom 22. März 2021 betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts und des Binnenmarktgesetzes (BGBM) für Stromlieferungen.

- Gemäss WEKO sind Strombezüge von öffentlichen Auftraggebern auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene (zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten, Einrichtungen des öffentlichen Rechts, Sektorenauftraggeber, private Träger öffentlicher Aufgabe) zum Eigenverbrauch, insbesondere für Verwaltungsgebäude und öffentliche Verkehrsmittel, sowie
- Strombezüge zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung von den von den Kantonen bezeichneten Verteilnetzbetreibern
- öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert von 250'000 Franken erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.
- Demzufolge sind gemäss WEKO Strombeschaffungen im Geltungsbereich des GPA 2012, die freihändig durchgeführt werden sollen, obwohl der Auftragswert den Schwellenwert für das selektive oder das offene Verfahren erreicht, vor dem Vertragsabschluss auf [simap.ch](http://simap.ch) zu veröffentlichen.

### **AUSGANGSLAGE: DAS NEUE BESCHAFFUNGSRECHT**

Am 1. Januar 2021 trat für die Schweiz das revidierte, am 30. März 2012 verabschiedete WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA 2012) in Kraft. Gleichzeitig trat auf Bundesebene das neue Beschaffungsrecht, bestehend aus dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und aus der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) in Kraft. Ebenso wird auf kantonaler Ebene die zur Bundesgesetzgebung weitgehend identische Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in Kraft treten, sobald zwei Kantone beigetreten sind. Es kann damit gerechnet werden, dass die IVöB in den ersten Kantonen im Laufe des Jahres 2021 in Kraft treten wird.

Im Gegensatz zum WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 1994) sind Aufträge zur Lieferung von Energie vom Anwendungsbereich des GPA 2012 nicht mehr ausgeschlossen. Demzufolge untersteht die Strombeschaffung grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht, sofern kein Ausnahmetatbestand vorliegt.

Die Schweiz hat jedoch im Annex 7.B Ziff. 2 GPA 2012 erklärt, dass das GPA nicht für Beschaffungen von Gütern oder Dienstleistungen gilt, 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.).

Ein in der Praxis relevanter Ausnahmetatbestand findet sich ferner in Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB, wonach diese Vereinbarung keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf findet. In der Musterbotschaft zur 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."*

Das revidierte Beschaffungsrecht gilt somit nicht für Verteilnetzbetreiber, soweit diese Strom für den Weiterverkauf an freie Endverbraucher beschaffen. Gemäss Musterbotschaft ist diese Ausnahme durch den Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt begründet.

## **WEKO-EMPFEHLUNG ZUR STROMBESCHAFFUNG DURCH ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBER ZUM EIGENVERBRAUCH**

### **Strombeschaffung durch öffentliche Auftraggeber, die nicht netzzugangsberechtigt sind**

Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte haben keinen Anspruch auf Netzzugang (Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 des Stromversorgungsgesetzes, StromVG), weshalb diese Endverbraucher ihren Strom nur bei den von den Kantonen bezeichneten Verteilnetzbetreibern beziehen können (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Demzufolge besteht gemäss WEKO-Empfehlung für die Strombeschaffung von nicht netzzugangsberechtigten öffentlichen Auftraggebern keine Ausschreibungspflicht (WEKO-Empfehlung, Rz. 14 und 30).

### **Strombeschaffung durch öffentliche Auftraggeber, die von ihrem Netzzugang Gebrauch gemacht haben**

Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh pro Verbrauchsstätte können dem Betreiber des Verteilnetzes in ihrem Netzgebiet jeweils bis zum 31. Oktober mitteilen, dass sie von ihrem Anspruch auf Netzzugang ab 1. Januar des folgenden Jahres Gebrauch machen (Art. 13 Abs. 1 und 2 StromVG i.V.m. Art. 11 Abs. 2 Stromverordnung, StromVV).

Hat ein öffentlicher Auftraggeber auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene von seinem Netzzugang Gebrauch gemacht, ist gemäss WEKO-Empfehlung die Strombeschaffung öffentlich auszuschriften, falls der Schwellenwert von CHF 250'000.- erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt (WEKO-Empfehlung, Rz. 14, 30, 45).

### **Strombeschaffung durch öffentliche Auftraggeber, die von ihrem Netzzugang Gebrauch machen können**

Gemäss WEKO-Empfehlung vermag das Wahlrecht in Art. 6 StromVG, wonach sich netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden weiterhin in der Grundversorgung vom für sie zustän-

digen Verteilnetzbetreiber beliefern lassen dürfen, nichts daran zu ändern, dass öffentliche Auftraggeber gestützt auf das internationale und nationale Beschaffungsrecht sowie das BGBM verpflichtet sind, Strombezüge zum Eigenverbrauch öffentlich auszuschreiben, falls der massgebliche Schwellenwert erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt (vgl. WEKO-Empfehlung, Rz. 32-41).

## **WEKO-EMPFEHLUNG ZUR STROMBESCHAFFUNG DURCH VERTEILNETZBETREIBER ZUR VERSORGUNG DER FESTEN ENDVERBRAUCHER IN DER GRUNDVERSORGUNG**

Gemäss WEKO-Empfehlung sind die öffentlichen und privaten Verteilnetzbetreiber gestützt auf die internationalen und nationalen beschaffungsrechtlichen Vorgaben sowie Art. 5 BGBM verpflichtet, Strombezüge zum Weiterverkauf an ihre festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert von CHF 250'000.- erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt (WEKO-Empfehlung, Rz. 17, 31 und 45).

## **WÜRDIGUNG DER WEKO-EMPFEHLUNG**

Die WEKO-Empfehlung, wonach nicht netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber ihre Strombeschaffung nicht öffentlich ausschreiben müssen und wonach öffentliche Auftraggeber auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene, die von ihrem Netzzugang bereits Gebrauch gemacht haben, ihre Strombeschaffung öffentlich auszuschreiben haben, falls der Schwellenwert von CHF 250'000.- erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt, entspricht der sich aus dem öffentlichen Beschaffungsrecht ergebenden Rechtslage.

Das Gleiche trifft auch auf die WEKO-Empfehlung zu, wonach öffentliche und private Verteilnetzbetreiber auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene ihre Strombezüge zum Weiterverkauf an ihre festen Endverbraucher in der Grundversorgung öffentlich auszuschreiben haben, falls der Schwellenwert von CHF 250'000.- erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt. Nicht ausgeschrieben werden muss hingegen die Strombeschaffung für den Weiterverkauf an freie Endverbraucher und für den Weiterverkauf an Verteilnetzbetreiber.

In Bezug auf die Strombeschaffung für den Weiterverkauf an Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh pro Verbrauchsstätte, die auf den Netzzugang verzichtet haben (vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG), lässt sich argumentieren, dass diese Endverbraucher jederzeit in den freien Markt wechseln können, weshalb die Strombeschaffung für diese Endverbraucher dem Wettbewerbsdruck unterliegt, sodass die Strombeschaffung für diese Endverbraucher ohne Ausschreibung erfolgen kann. Die WEKO hat sich hierzu nicht ausdrücklich geäussert.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass für Auftragswerte zwischen CHF 150'000.- und CHF 250'000.- das Einladungsverfahren zur Anwendung gelangt. Zudem ist zu beachten, dass für öffentliche Auftraggeber, welche vom Beschaffungsrecht des Bundes (BöB/VöB) erfasst werden, für die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung höhere Schwellenwerte gelten.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob sich öffentliche Auftraggeber und Verteilnetzbetreiber auf beschaffungsrechtliche Sachverhalte berufen können, in welchen eine freihändige Vergabe zulässig ist (z.B. bei einer Beschaffung an einer Strombörse oder im OTC-Handel, Art. 21 Abs. 2 lit. g IVöB) oder auf welche die IVöB keine Anwendung findet (z.B. bei einer Instate-Vergabe, Inhouse-Vergabe oder Quasi-Inhouse-Vergabe, Art. 10 Abs. 3 lit. b-d IVöB).

Zu hinterfragen ist jedoch die von der WEKO sinngemäss vertretene Auffassung, dass alle öffentlichen Auftraggeber mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh pro Verbrauchsstätte

per 1. Januar 2022 von ihrem Netzzugang Gebrauch machen müssen, weil sich gemäss WEKO aus dem internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie aus dem BGBM ergibt, dass die Strombeschaffung öffentlich auszuschreiben ist.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Das Bundesgericht hat bereits in einem Urteil 2C\_739/2010 vom 6. Juli 2011 festgehalten, dass Grosskunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh bis zur vollständigen Öffnung des Strommarktes die Wahlfreiheit zwischen Grundversorgung und freiem Netzzugang zusteht (E. 2.4). Ferner erwog das Bundesgericht, dass nicht übersehen werden dürfe, dass das Gesetz lediglich eine schrittweise Marktöffnung vorsehe, die in einer ersten Phase nur zu einer Teilliberalisierung führe, wobei die zweite Phase noch unsicher sei. Die gesetzliche Ordnung dürfe also nicht so ausgelegt werden, wie wenn bereits eine uneingeschränkte Strommarktliberalisierung gelte oder schon beschlossen wäre. Werde die Marktöffnung nur in Etappen und nicht in einem Schritt umgesetzt, dann müsse den Stromkonsumenten grundsätzlich die Gelegenheit eingeräumt werden, von dieser Liberalisierung selbst auch schrittweise Gebrauch zu machen. Da für die Kleinkonsumenten gerade noch keine Liberalisierung greife, habe dies umso mehr für die Grosskunden der Stromlieferanten zu gelten. Es entspreche nicht dem Sinn des Gesetzes, etliche Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh von vornherein vom Wahlrecht auszuschliessen, was im Übrigen eine erhebliche Beschränkung ihrer Rechtsposition darstellen würde (E. 4.5).

Solange öffentliche Auftraggeber von ihrem Wahlrecht keinen Gebrauch gemacht haben, können sie ihren Strom nur vom kantonal bezeichneten Netzbetreiber beziehen. Es erscheint deshalb zweifelhaft, dass das neue Beschaffungsrecht zur Folge haben soll, dass öffentliche Auftraggeber mit einem Jahresverbrauch von über 100 MWh unter Berufung auf das Beschaffungsrecht von ihrem Wahlrecht ausgeschlossen bzw. zur Inanspruchnahme des Netzzugangs verpflichtet werden können.

Hinzu kommt, dass ein solcherweise erzwungener Netzzugang nicht unbedingt zu einem wirtschaftlichen und volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel führt, wie es sich die WEKO erhofft (vgl. WEKO-Empfehlung, Rz. 34).

Der in der WEKO-Empfehlung, Fussnote 3, zitierte Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 4. Juli 2018 sieht beispielsweise vor, dass die elektrische Energie für den Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis zum 31. Dezember 2019 ausgeschrieben und als Vertragslaufzeit jeweils ein Jahr vorgesehen wird, weil eine Preisbestimmung für einen darüber hinausgehenden Zeithorizont mit Unsicherheiten verbunden und nur schwer abschätzbar ist. Da das freihändige Verfahren bis zu einem Auftragswert von CHF 150'000.- zulässig ist, kann die Strombeschaffung bei einem Grosshandelspreis von beispielsweise 6 Rp./kWh und auf Basis einer jährlichen Strombeschaffung bis zu einem Jahresverbrauch von 2.5 GWh (= 2'500 MWh) und auf Basis einer dreijährigen Strombeschaffung bis zu einem Jahresverbrauch von ca. 0.8 GWh (= 800 MWh) freihändig vergeben werden. Eine über das Beschaffungsrecht erzwungener Netzzugang hätte somit zur Folge, dass öffentliche Auftraggeber mit einem Jahresverbrauch zwischen 100 MWh und 800 MWh (bei 3-Jahres-Verträgen) bzw. zwischen 100 MWh und 2'500 MWh (bei 1-Jahres-Verträgen) pro Verbrauchsstätte ihre Strombeschaffung aufgrund des unter CHF 150'000.- liegenden Auftragswerts freihändig tätigen könnten. Ob es bei dieser Betrachtungsweise tatsächlich Sinn macht, die öffentlichen Auftraggeber, welche von ihrem Netzzugang bis anhin keinen Gebrauch gemacht haben, zum Netzzugang zu zwingen, erscheint deshalb auch aus wirtschaftlichen Gründen als fragwürdig.