


Relevanz des öffentlichen Beschaffungsrechts für die Beschaffung von Strom



Regina Füeg (BPUK) / Jürg Müller (VSE)

Tagung nachhaltige öffentliche Beschaffung
10. Mai 2022


 Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

BKB


Beschaffungskonferenz des Bundes
Conférence des achats de la Confédération
Conferenza degli acquisti della Confederazione

KBOB

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane
der öffentlichen Bauherren
Conférence de coordination des services de la construction
et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics
Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione
e degli immobili dei committenti pubblici

 Schweizerischer Gemeindeverband
Association des Communes Suisses
Associazione dei Comuni Svizzeri
Associazion da las Vischnancas Svizras

 BPUK DTAP DCPA

Schweizerischer Städteverband
Union des villes suisses
Unione delle città svizzere 



Grundsachverhalte für die Beschaffung von Strom durch Unternehmungen mit einem öffentlichen Auftrag

Die Beschaffung von Strom durch Unternehmungen mit einem öffentlichen Auftrag teilt sich in **zwei Grundsachverhalte**:

- *Beschaffung von Strom als Lieferant für die Grundversorgung:*

Ein Verteilnetzbetreiber beschafft Strom, um gemäss StromVG Art. 6 seiner gesetzlichen Pflicht zur Versorgung der Endkunden in der Grundversorgung mit Strom nachzukommen.

- *Beschaffung von Strom als Endverbraucher (Eigenverbrauch):*

Eine öffentliche Unternehmung oder eine Verwaltungseinheit beschafft Strom für den Eigengebrauch als Endkunde (Gemeinde beschafft Strom für den Betrieb der Verwaltungsgebäude oder für die Strassenbeleuchtung)

Beide Sachverhalte unterliegen grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht.



Relevanz des öffentlichen Beschaffungsrechts für die Beschaffung von Strom - Sektorenauftraggeber

- Der Begriff «**Sektorenauftraggeber**» umschreibt öffentliche oder privatrechtliche Auftraggeber oder Unternehmen, die für bestimmte Gebiete (Sektoren) zuständig sind.
- Sektorenauftraggeber lassen sich definieren als öffentliche Auftraggeber oder juristische Personen nach Privatrecht, die in den Sektoren **Energieversorgung, Verkehr** und **Trinkwasserversorgung** tätig sind.
- Gemäss Art. 4 Abs. 3 BöB/IVöB **unterstehen** die Sektorenauftraggeber dem öffentlichen **Beschaffungsrecht** nur bei Beschaffungen **für den beschriebenen Tätigkeitsbereich**, nicht aber für ihre übrigen Tätigkeiten.
- Falls sich ein Sektorenauftraggeber vollumfänglich darauf beschränkt, einer der vergaberechtlich relevanten Sektorentätigkeiten nachzugehen, so stehen all seine Auftragsvergaben ohne weiteres im Zusammenhang mit dieser Sektorentätigkeit, so dass auch andere Beschaffungen, wie Büromöbel und IT, dem Beschaffungsrecht unterstehen.



Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts - Schwellenwerte

- Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts:
 - **Wirtschaftlichkeit:** Wirtschaftlicher Einsatz der Steuergelder
 - **Gleichbehandlung:** Gleichbehandlung aller Anbieter («gleich lange Spiesse»)
 - **Fairness:** Fairer Zugang zu öffentlichen Aufträgen
 - **Transparenz:** Transparenter Beschaffungsprozess
- Schwellenwerte:
 - **Beschaffungen > CHF 250'000.–:** öffentliche Ausschreibung (SIMAP als gemeinsame elektronische Plattform von Bund, Kantonen und Gemeinden für die Publikation von Beschaffungsvorhaben)
 - **Beschaffungen zwischen CHF 150'000.– und 250'000.–:** Einladungsverfahren (mind. 3 Offerten)
 - **Beschaffungen < CHF 150'000.–:** können freihändig vorgenommen werden (oftmals gibt es strengere unternehmensspezifische Vorgaben für freihändige Beschaffungen)



Ausnahmen: Wo kommt das öffentliche Beschaffungsrecht nicht zur Anwendung

- Ausnahmemöglichkeit dort, wo Wettbewerb herrscht (z.B. Einkauf an Börse).
- Eigenproduktion möglich, soweit keine oder nur geringe Markttätigkeit (Inhouse- bzw. Quasi-inhouse-Beschaffungen):

- **Inhouse-Vergabe:** Eine grundsätzlich dem Vergaberecht unterstellte Beschaffung wird hausintern, d.h. innerhalb derselben juristischen Person bzw. Körperschaft getätigt (z.B. ewz beschafft bei einer anderen Abteilung der Stadt Zürich).

- **Quasi-Inhouse-Vergabe:** Eine Beschaffung wird bei einer Leistungserbringerin getätigt, zu der ein besonderes Näheverhältnis besteht (z.B. Tochterunternehmung ohne relevante Markttätigkeit). Als Grundsatz gilt, dass dabei die Leistungserbringerin höchstens 20% ihrer Inhouse-Leistungen für Dritte (d.h auf dem Markt) erbringen darf und keine Privaten an der Unternehmung beteiligt sein dürfen.



Beispiele aus der Praxis 1/4



Beispiel 1: Beschaffung von Strom für den Grundbedarf bei einer Tochtergesellschaft (EUV hat Tochtergesellschaft für Stromproduktion)

- Grundsatz: Die Beschaffung von Strom aus einer Tochtergesellschaft unterliegt grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht
- Ausnahme: Im Falle einer sog. «Quasi-Inhouse-Vergabe», falls 3 Voraussetzungen gegeben:
- **Kontrollkriterium**: Die Muttergesellschaft übt einen beherrschenden Einfluss auf die Tochterunternehmung aus (gem. Rechtsprechung Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle)
- **Tätigkeitskriterium**: Die Tochterunternehmung ist nicht oder nur in sehr geringem Umfang auf dem Markt tätig (gem. Rechtsprechung Umsatz < 20% Marktaktivität)
- **Beteiligungskriterium**: Es dürfen keine Privaten an der Tochtergesellschaft beteiligt sein

Diese Grundsätze gelten auch, wenn mehrere dem Beschaffungsrecht unterstellte Auftraggeber kollektiv die Kontrolle über ein Tochterunternehmen ausüben.



Beispiele aus der Praxis 2/4



*Beispiel 2: EVU (ohne eigene Stromproduktion) **beauftragt Dritten** zur Beschaffung von Strom*

- Die Beauftragung eines Dritten zur Beschaffung von Strom für die Grundversorgung unterliegt **ebenfalls** dem Beschaffungsrecht
- Eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht **kann nicht umgangen werden**, indem eine EVU die Beschaffung auslagert



Beispiele aus der Praxis 3/4



Beispiel 3: *EVU beschafft Strom an der Börse*

- Die Beschaffung von Strom an der Börse **muss nicht ausgeschrieben werden**. Die Börse an und für sich stellt ein Instrument des Wettbewerbs dar und stellt sicher, dass der Strompreis unter Marktbedingungen gemäss den Regeln von Angebot und Nachfrage zu Stande kommt.
- Die **Mandatierung eines Dritten** zur Beschaffung von Strom an der Börse **untersteht grundsätzlich dem Beschaffungsrecht**. Falls der Dienstleister unbefristet beauftragt wird, ist für die Ermittlung des Schwellenwerts der Auftragswert von 4 Jahren massgebend. In der Regel dürfte der Auftragswert unterhalb des Schwellenwerts von CHF 250'000.— liegen, welcher eine öffentliche Ausschreibung nach sich zieht. Liegt das Auftragshonorar zwischen CHF 150'000.— und CHF 250'000.--, so muss der Auftrag im sog. «Einladungsverfahren» erteilt werden (d.h. Einholung von mind. 3 Offerten).



Beispiele aus der Praxis 4/4



*Beispiel 4: EVU beschafft Strom über einen Partner **per OTC** («Over The Counter»)*

Gemäss WEKO ohne öffentliche Ausschreibung zulässig, falls:

- Handel per OTC analog einem Börsenhandel, wenn der Handel anonymisiert über eine Plattform abläuft (ist in der Praxis kaum der Fall)
- Wettbewerbssituation zwischen Angebot und Nachfrage wird nur geschaffen, wenn sich ein «Marktpreis» der gehandelten Ware bilden kann. Dies ist nur möglich, wenn für den Nachfrager die Anbieter anonym bleiben.

Abweichende Haltung VSE/EnDK: Beschaffungen fallen nur unter das Beschaffungsrecht, wenn kein Wettbewerb vorhanden ist. **Kommt der Preis unter wettbewerblichen Bedingungen zu Stande, ist eine freihändige Beschaffung zulässig.** Beim OTC-Handel orientiert sich der Preis am jeweiligen Börsenkurs. Solange diese wettbewerbliche Preisgestaltung gewährleistet ist, kommt das Beschaffungsrecht **nicht** zum Tragen.



Beschaffung von Strom – Aspekte der Nachhaltigkeit



- Der im Markt gehandelte Strom hat **physikalisch** immer die gleiche Qualität. Entsprechend kann das Thema Nachhaltigkeit bei der Beschaffung von Strom mangels Differenzierbarkeit nicht direkt adressiert werden.
- Eine Differenzierung der Qualität von Strom kann **nur indirekt über die Herkunftsnachweise** (HKN) und entsprechende Öko-Labels geschehen (z.B. Wasserkraft, naturmade-star, etc.).
- Die Märkte von Strom und HKN sind getrennte Märkte.
- Endverbraucher können eine „Veredelung“ von Strom erreichen, indem sie neben dem Bezug von Strom dessen «höhere» Qualität in Form von Zertifikaten (Herkunftsnachweise, HKN) erwerben.
- Die **Beteiligung an Anlagen**, die erneuerbaren Strom produzieren, ist eine indirekte Form der nachhaltigen Strombeschaffung.



Checklisten von BPUK und EnDK

Q & A des VSE

- Die BPUK und die EnDK haben **zwei Checklisten** erstellt, die wie folgt abrufbar sind:
 - <https://www.bpuk.ch/bpuk/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/bereich-oeffentliches-beschaffungswesen> (Deutsch/Italienisch)
 - <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/documentation/rapports-expertises-concepts/domaine-des-marches-publics> (Französisch/Italienisch)
-
- Der VSE hat ein **Q & A** zum Thema erstellt, das wie folgt abrufbar ist:
 - <https://www.strom.ch/de/media/13463/download> (Deutsch)
 - <https://www.strom.ch/fr/media/13464/download> (Französisch)



Rechtsgutachten B. Kratz & M. Morgenbesser



- Die BPUK und die EnDK haben zudem ein **Rechtsgutachten** in Auftrag gegeben, das offene Fragen klären sollte. Dieses ist abrufbar unter: <https://www.bpuk.ch/bpuk/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/bereich-oeffentliches-beschaffungswesen>
- Zwei interessante Aussagen der Gutachter:
 - Gemäss StromVG hat der Gesetzgeber bewusst eine Wahlmöglichkeit für Kunden geschaffen, ob sie in der Grundversorgung bleiben wollen oder in den freien Markt wechseln. Diese Wahlmöglichkeit steht auch öffentlichen Institutionen zu Verfügung und wird durch das Wettbewerbs- bzw. Beschaffungsrecht nicht übersteuert. Das heisst, **ein öffentlicher Auftraggeber darf in der Grundversorgung bleiben.** (Rz. 25)
 - **OTC-Handel ist möglich**, so lange sich die Preise des OTC-Handels an den Marktpreisen orientieren. (Rz. 91)



Tagung nachhaltige öffentliche Beschaffung

10. Mai 2022

**Herzlichen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**

Jürg Müller, Leiter Recht VSE
Regina Füeg, Stv. Generalsekretärin BPUK
Jürg Müller, Leiter Recht VSE