



---

# Empfehlung

**vom 22. März 2021**

---

in Sachen

Binnenmarktrechtliche Empfehlung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM  
betreffend

## **Anwendung des Beschaffungsrechts und des BGBM für Stromlieferungen**

(621-00004)

---

Zuhanden der

Energiedirektionen der Kantone sowie ausgewählter Gemeinden

---

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),  
Armin Schmutzler, Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsident/-in),  
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,  
Clémence Grisel Rapin, Pranvera Këllezi, Isabel Martínez,  
Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Ausgangslage .....</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Zuständigkeit der WEKO im Bereich des Binnenmarktrechts.....</b>	<b>5</b>
<b>3</b>	<b>Vergaberechtliche Anforderungen für den Strombezug durch kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber.....</b>	<b>6</b>
3.1	Staatsvertragliche Vorgaben.....	6
3.1.1	Beschaffung von Strom durch öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch.....	6
3.1.2	Beschaffung von Strom durch Verteilnetzbetreiber zur Endkundenversorgung .....	8
3.2	Vorgaben im nationalen Recht.....	9
3.2.1	Berücksichtigung der internationalen Vorgaben bei der Rechtsanwendung .....	9
3.2.2	Objektiver Geltungsbereich .....	10
3.2.3	Subjektiver Geltungsbereich.....	11
3.3	Fazit.....	12
<b>4</b>	<b>Verhältnis zwischen dem Stromversorgungsrecht sowie den Vorgaben im BGBM und im Beschaffungsrecht.....</b>	<b>13</b>
4.1	Hintergrund für die Fragestellung.....	13
4.2	Auslegung.....	13
4.3	Fazit.....	16
<b>5</b>	<b>Bestimmung des Auftragswerts zur Bestimmung des Vergabeverfahrens sowie Publikationspflicht.....</b>	<b>16</b>
5.1	Grundsätzliches zur Festlegung des Auftragswertes und zur Höhe der Schwellenwerte.....	16
5.2	Relevanz der Vorgaben im Stromversorgungsrecht für die Berechnung des Auftragswerts beim Strombezug von Auftraggebern zum Eigenverbrauch.....	17
5.3	Kauf an einer Warenbörse als Ausnahme von der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung .....	18
5.4	Publikationspflicht .....	19
<b>6</b>	<b>Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts .....</b>	<b>19</b>
6.1	Inhouse-Vergabe .....	20
6.2	Quasi-Inhouse-Vergabe.....	20
6.3	Instate-Vergabe .....	21
<b>7</b>	<b>Empfehlungen.....</b>	<b>22</b>

# 1 Ausgangslage

1. Die vorliegende binnenmarktrechtliche Empfehlung behandelt zwei Konstellationen im **Bereich der Stromversorgung**, nämlich einerseits die Strombeschaffung von Organisationsformen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, zum Eigenverbrauch sowie andererseits die Strombeschaffung von Verteilnetzbetreibern zur Versorgung von Endkundinnen und Endkunden. Hingegen werden die Bereiche der Stromproduktion und des Netzbetriebs nicht thematisiert.

2. Die **Strombeschaffung zur Versorgung von Organisationsformen, die öffentliche Aufgaben erfüllen** (nachfolgend: öffentliche Einrichtungen), wurde von den Entscheidungsträgern in den Kantonen und Gemeinden *bislang sehr unterschiedlich* gehandhabt.<sup>1</sup> Zur Diskussion steht in diesem Zusammenhang *insbesondere* die Stromversorgung von Verwaltungsgebäuden; die nachfolgenden Ausführungen gelten zudem aber etwa auch für Strombezüge für die Versorgung von öffentlichen Verkehrsmitteln. Aus der Datenbank auf [simap.ch](http://simap.ch) ist ersichtlich, dass kaum öffentliche Ausschreibungen für Strombezüge der öffentlichen Hand publiziert werden. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass in zahlreichen Kantonen und Gemeinden in solchen Konstellationen die Strombeschaffung nicht öffentlich ausgeschrieben wird, obwohl die Auftragswerte die Schwellenwerte übersteigen. Offenbar gingen in der Vergangenheit diverse Kantone und Gemeinden gestützt auf das bis Ende 2020 geltende Recht davon aus, dass sie ihre öffentlichen Einrichtungen trotz der Vorgaben des Beschaffungsrechts und des Binnenmarktgesetzes<sup>2</sup> ohne öffentliche Ausschreibung vom örtlich zuständigen *Netzbetreiber* zu den Konditionen der Grundversorgung beliefern lassen konnten.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> So auch NICOLAS DIEBOLD/MARTIN LUDIN, Öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt, Schriften zum Energierecht, Band 8, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. DIEBOLD/LUDIN), Rz 54.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

<sup>3</sup> Bspw. geht aus einer Medienmitteilung vom Dezember 2018 hervor, dass die Liegenschaften des **Kantons Thurgau** ohne öffentliche Ausschreibung mit Strom versorgt werden; <https://www.tg.ch/news/news-detailseite.html/485/news/35766> (1.3.2021).

Im Kanton **Basel-Stadt** werden die netzzugangsberechtigten Verwaltungsgebäude seit jeher in der Grundversorgung vom rechtlich selbstständigen Stadtwerk Industrielle Werke Basel (IWB) beliefert, welches sich im vollständigen Eigentum des Kantons befindet; <http://www.grosser-rat.bs.ch/dokumente/100389/000000389349.pdf?t=155381515420190329001914>; <https://primenews.ch/articles/2019/03/basler-regierung-hat-keine-lust-auf-tiefere-strompreise> (1.3.2021).

Die Regierung des **Kantons Schwyz** hat sich im April 2014 auf eine entsprechende Anfrage im Kantonsparlament dahingehend geäußert, dass der Stromeinkauf für netzzugangsberechtigte Liegenschaften auf dem Markt stetig *geprüft* werde. Die Kantonsliegenschaften würden jedoch nach wie vor von den örtlichen Energieversorgern beliefert, die sich mehrheitlich im Besitz von Gemeinden und Bezirken befinden; [https://www.sz.ch/public/upload/assets/2633/KA\\_5\\_15\\_Strommarktpreise1429866587009.pdf](https://www.sz.ch/public/upload/assets/2633/KA_5_15_Strommarktpreise1429866587009.pdf) (1.3.2021).

Im **Kanton Freiburg** wurde bis Ende 2020 darauf verzichtet, den Strombezug für Kantonsliegenschaften öffentlich auszuschreiben; [http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-5fab66f488ff/de\\_RCE\\_Q\\_2020-CE-164\\_Commande\\_lectricit\\_V01\\_def.pdf](http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-5fab66f488ff/de_RCE_Q_2020-CE-164_Commande_lectricit_V01_def.pdf) (1.3.2021).

Demgegenüber wird der Einkauf von Strom im **Kanton Zürich** zur Versorgung von Verwaltungsgebäuden öffentlich ausgeschrieben; <https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2018/663/RRB-2018-0663.pdf> (1.3.2021).

Auch **die Stadt Luzern** scheint die Strombeschaffung öffentlich auszuschreiben, falls bei einer netzzugangsberechtigten kommunalen Liegenschaft der Schwellenwert von 250 000 Franken überschritten wird; [https://www.stadtluzern.ch/docn/2234231/Strombeschaffung\\_im\\_liberalisierten\\_Markt.pdf](https://www.stadtluzern.ch/docn/2234231/Strombeschaffung_im_liberalisierten_Markt.pdf) (1.3.2021).

3. Seit dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes<sup>4</sup> im Jahr 2008 besteht im Bereich der **Endkundenversorgung** eine gesetzliche «Teilliberalisierung». Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh (ca. 20-25 Haushalte)<sup>5</sup> haben ein **Recht auf Netzzugang** und können wählen, ob sie sich auf dem **freien Markt** von einem Stromlieferanten ihrer Wahl oder vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber zu den Konditionen der **Grundversorgung** beliefern lassen möchten. Demgegenüber werden die festen Endkundinnen und Endkunden mit einem tieferen jährlichen Verbrauch als 100 MWh durch den örtlich zuständigen Verteilnetzbetreiber als Monopolanbieter versorgt.<sup>6</sup>

4. Gemäss Art. 6 Abs. 1 StromVG sind die von den Kantonen eingesetzten Verteilnetzbetreiber in ihrer Rolle als Grundversorger verpflichtet, den in ihrem Netzgebiet angeschlossenen festen Endkundinnen und Endkunden und den Endkundinnen und Endkunden, die auf den Netzzugang verzichten, jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen zu liefern.<sup>7</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die **Grundversorgung** mit Elektrizität als Teil des «Service public» eine **öffentliche Aufgabe** darstellt.<sup>8</sup> Die Grundversorgungstarife werden *einseitig* durch die Verteilnetzbetreiber festgelegt und durch die Eidgenössische Elektrizitätskommission (EiCom) überwacht.<sup>9</sup> Zudem schliessen manche Verteilnetzbetreiber auch mit Endkundinnen und Endkunden sowie Lieferanten und Endversorgern im **freien Markt** Elektrizitätslieferverträge ab. Insofern stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen **Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur Belieferung von Endkundinnen und Endkunden** im Rahmen der heutigen gesetzlichen «Teilmarktöffnung» öffentlich auszuschreiben sind.

5. Aufgrund der im Jahr 2012 abgeschlossenen Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: GPA 2012), welche in der Schweiz am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist<sup>10</sup>, wurden Anpassungen im nationalen und kantonalen Recht erforderlich. In diesem Rahmen haben der Bund und die Kantone in einem gemeinsamen **Revisionsprojekt** auch ihre Rechtsgrundlagen im Beschaffungsrecht soweit möglich parallel und inhaltlich aufeinander abgestimmt. Per 1. Januar 2021 wurden das Bundesgesetz<sup>11</sup> und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>12</sup> revidiert. Zudem wurde Ende November 2019 die mit dem Bundesbeschaffungsrecht abgestimmte revidierte *Interkantonale Vereinbarung* über das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet (nachfolgend: IVöB 2019).<sup>13</sup> In diesem Kontext wurde auch das BGBM per 1. Januar 2021 angepasst. Die Regelungen in den revidierten Fassungen des BöB, der IVöB 2019 und des BGBM stimmen nun weitgehend überein.

---

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

<sup>5</sup> Gemäss den Angaben der Eidgenössischen Elektrizitätskommission verbraucht ein typischer Haushaltskunde (Kategorie H4: 5-Zimmer Wohnung mit Elektroherd und Tumbler, aber ohne Elektroboiler) jährlich rund 4500 kWh; vgl. Tätigkeitsbericht der EiCom 2019, 12; [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Tätigkeitsberichte (1.3.2021).

<sup>6</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 und 6 sowie Art. 13 StromVG.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 5 und 6 Abs. 1 StromVG.

<sup>8</sup> Urteil 4A\_305/2017 des BGer vom 18.1.2018, E. 5.2.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG.

<sup>10</sup> Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30.3.2012 (SR 0.632.231.422). Sämtliche Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Änderung des GPA im nationalen Recht umzusetzen.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21.6.2019 (BöB; SR 172.056.1).

<sup>12</sup> Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12.1.2020 (VöB; SR 172.056.11).

<sup>13</sup> Die IVöB 2019 tritt in Kraft, sobald ihr mindestens zwei Kantone beigetreten sind. In diversen Kantonen wurden bereits vor Ende 2020 Beitrittsverfahren eingeleitet. Es ist daher damit zu rechnen, dass die IVöB 2019 im Laufe des Jahres 2021 in Kraft treten wird und ihr im Laufe der Zeit sämtliche Kantone beitreten werden. Der aktuelle Stand der kantonalen Beitrittsverfahren zur IVöB 2019 ist auf der Webseite der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) auf einer Übersichtskarte ersichtlich; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021).

6. Nachfolgend wird unter Berücksichtigung der neuen rechtlichen Vorgaben untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen Strombezüge der Kantone, der Gemeinden und anderer Träger öffentlicher Aufgaben zum **Eigenverbrauch** sowie Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur **Belieferung von Endkundinnen und Endkunden** im Rahmen der heutigen gesetzlichen «Teilmarktöffnung» öffentlich auszuschreiben sind.

## 2 Zuständigkeit der WEKO im Bereich des Binnenmarktrechts

7. Die WEKO überwacht gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BGBM<sup>14</sup> unter anderem die Einhaltung des Binnenmarktrechts durch Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben wie etwa Private, die mit öffentlichen Aufgaben betraut sind. Sie kann zu diesem Zweck unter anderem Empfehlungen abgeben (vgl. Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM). Gegenstand einer Empfehlung können generell-abstrakte Normen aller Staatsebenen sein; dazu gehört auch die interkantonale Gesetzgebung.<sup>15</sup> Als Prüfungsmassstab kann die WEKO dabei nicht nur das BGBM, sondern auch das einschlägige Völkerrecht heranziehen.<sup>16</sup> Empfehlungen können sich zudem auch – wie vorliegend – zu Umsetzungsfragen von Erlassen äussern.<sup>17</sup> Schliesslich werden Empfehlungen als Grundlage für das Erheben von Beschwerden durch Betroffene oder durch die WEKO verwendet (unten, Rz 9).

8. Art. 5 BGBM enthält **Mindeststandards für öffentliche Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben**, die neben der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>18</sup> und dem kantonalen Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangen. Diese Mindeststandards des BGBM umfassen etwa den Anspruch auf **diskriminierungsfreien** Zugang zu kantonalen Beschaffungsmärkten sowie eine **Publikationspflicht** für **umfangreiche** Beschaffungen in solchen Fällen.<sup>19</sup> Gegenstand der vorliegenden Empfehlung der WEKO bildet die Beschaffung von Strom durch öffentliche Auftraggeber i. S. v. Art. 5 BGBM. Hingegen richten sich Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern auf *Bundesebene* nach dem *BöB* und nicht nach dem BGBM, weshalb die WEKO in diesem Bereich über keine Zuständigkeit verfügt (so etwa Beschaffungen der Übertragungsnetzbetreiberin Swissgrid AG zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäss der Stromversorgungsgesetzgebung). Die nachfolgenden Ausführungen hinsichtlich der Vorgaben und des Vorrangs des *internationalen* Beschaffungsrechts (unten, Rz 10-22) sind aber auch für öffentliche Auftraggeber auf Bundesebene von Bedeutung.

9. Gestützt auf Art. 9 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen, gegen die ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde besteht. Gestützt auf das BGBM kommt dabei sowohl den von einer po-

---

<sup>14</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2000/2, 270 Rz 1 ff., *Empfehlungen nach Artikel 8 Absatz 2 BGBM vom 17.4.2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1.2.2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH – EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK)*.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 BGBM 5; VINCENT MARTENET, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 8 LMI N 10 f.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2012/2, 438 Rz 1 ff., *Empfehlung vom 27.2.2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur*; RPW 2016/3, 795 Rz 1 ff., *Empfehlung vom 26.9.2016 betreffend Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern*.

<sup>18</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25.11.1994/15.3.2001 (IVöB).

<sup>19</sup> Vgl. Art. 5 BGBM; vgl. zur Publikationspflicht im Geltungsbereich des Vergaberechts auch unten, Rz 53 f.

tenziellen Marktzugangsbeschränkung betroffenen Personen als auch der WEKO ein Beschwerderecht zu.<sup>20</sup> Die WEKO hat somit das Recht, gegen **binnenmarktwidrige** Beschaffungen Beschwerde zu erheben.<sup>21</sup> Das Diskriminierungsverbot in Art. 5 Abs. 1 BGBM verpflichtet die unterstellten öffentlichen Auftraggeber, Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht zu benachteiligen.<sup>22</sup> Als typischer Verstoss gegen Art. 5 BGBM gilt die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung, beispielsweise weil in unzulässiger Weise ein beschaffungsrechtlicher Ausnahmetatbestand angerufen wird. Auch Verstösse gegen fundamentale Grundsätze des Beschaffungsrechts – wie etwa gegen das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot – stellen gleichzeitig einen Verstoss gegen Art. 5 BGBM dar, etwa wenn das falsche Vergabeverfahren gewählt und auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet wird.<sup>23</sup>

### 3 Vergaberechtliche Anforderungen für den Strombezug durch kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber

#### 3.1 Staatsvertragliche Vorgaben

##### 3.1.1 Beschaffung von Strom durch öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch

10. Die Schweiz hat sich für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Geltungsbereich des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (nachfolgend: GPA 1994)<sup>24</sup> verpflichtet, öffentliche Ausschreibungen durchzuführen sowie Anbieterinnen mit Sitz in einem GPA-Vertragsstaat zur Offertstellung zuzulassen und nicht zu diskriminieren.<sup>25</sup> Regulierungszweck des GPA ist unter anderem die *Öffnung* der Märkte und die Gewährung des *diskriminierungsfreien* Marktzutritts.<sup>26</sup>

11. Der **subjektive Geltungsbereich** des bis Ende Dezember 2020 in der Schweiz geltenden GPA 1994 umfasst die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung (Anhang I, Annex 1) sowie auf **kantonomer Ebene** die *Verwaltungseinheiten* und die *kantonalen Einrichtungen des öffentlichen Rechts* (Anhang I, Annex 2) als öffentliche Auftraggeber. Im Verhältnis mit der EU gilt das Bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: BAöV)<sup>27</sup>. Dieses dehnt den Geltungsbereich des GPA 1994 *im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten* auf Beschaffungen durch die Verwaltungseinheiten auf **Stufe Bezirke und Gemeinden sowie Sektorenauftraggeber** in den Bereichen Telekommunikation, Schienenverkehr und Energieversorgung aus (wobei die Stromversorgung bereits dem GPA untersteht; unten, Rz 15). Überdies werden vom BAöV auch **private Sektorunternehmen** erfasst.<sup>28</sup>

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

<sup>20</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM.

<sup>21</sup> Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (zit. Botschaft zum rev. BöB), BBI 2017 1851 ff., 1978 f.

<sup>22</sup> Vgl. 5 Abs. 1 BGBM.

<sup>23</sup> BGE 141 II 113 E. 3.1.5.

<sup>24</sup> AS 1996 609; BBI 1994 IV 1.

<sup>25</sup> Vgl. Art. VII GPA 1994.

<sup>26</sup> Vgl. Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019, Musterbotschaft Version 1.0 vom 16.1.2020 (zit. Musterbotschaft zur IVöB 2019), 7 f.; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021).

<sup>27</sup> Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68; nachfolgend: BAöB), in Kraft getreten am 1.6.2002.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 BAöB.

*portable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.* » In der Lehre und Praxis ist umstritten, ob die Anmerkungen so zu verstehen sind, dass Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern in den genannten Sektoren **per se** nicht in den Geltungsbereich des Abkommens fallen sollen<sup>29</sup>, oder ob in den betreffenden **Sektorbereichen** die öffentlichen Auftraggeber ihre Beschaffungen **nach den Regeln von Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994** (unten, Rz 15 ff.) zu tätigen haben. Im letzteren Fall wäre für eine Freistellung der Schweiz für den Einkauf von Strom vorausgesetzt, dass es sich beim öffentlichen Auftraggeber um einen **Sektorenauftraggeber**<sup>30</sup> handelt, der selber im Bereich der Energieversorgung tätig ist.<sup>31</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahr 2014 in einem obiter dictum festgehalten, dass die Anmerkung zu Annex 1 *nicht automatisch* dazu führe, dass der Einkauf von Strom vom Geltungsbereich des GPA 1994 ausgenommen sei.<sup>32</sup> Unter Berücksichtigung dieses Urteils unterstanden die kantonalen und kommunalen öffentlichen Auftraggeber somit in Bezug auf den Einkauf von Strom zum Eigenverbrauch dem bis Ende 2020 geltenden GPA 1994. Allerdings gingen diverse Behörden aufgrund ihrer langjährigen Praxis offenbar davon aus, dass aufgrund der Formulierungen in Annex 1 und 2 zum Anhang I des GPA 1994 *sämtliche* Strombeschaffungen von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen waren.<sup>33</sup>

13. Das revidierte **GPA 2012** ist in der Schweiz im Zuge mit der Totalrevision des BöB auf den 1. Januar 2021 in Kraft getreten (oben, Rz 5). Dieses gilt für öffentliche Auftraggeber des Bundes (Anhang I, Annex 1) und der **Kantone** (Anhang I, Ziff. 1 zu Annex 2). Öffentliche Auftraggeber auf **Bezirks- und Gemeindeebene** sind unter dem GPA 2012 verpflichtet, zumindest EU/EFTA-weit auszuschreiben (vgl. Anhang I, Ziff. 2 zu Annex 2 und Ziff. 1 zu Annex 7.A).<sup>34</sup> Das GPA 2012 gilt *nicht* für Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen, die nur bei Einrichtungen mit einem **ausschliesslichen Recht** getätigt werden können; zum Beispiel für die **Beschaffung von Energie**.<sup>35</sup> In der Botschaft zum GPA 2012 ist festgehalten, dass die bestehenden Anmerkungen zu Annex 1 und Annex 2 zum Anhang I des GPA 1994 im Rahmen

---

<sup>29</sup> In diesem Sinne bspw. ein älteres Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (VB.2000.00406) vom 6.6.2001, E. 4a; kritisch hierzu: DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 38.

<sup>30</sup> Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994 regelt die *subjektive* Unterstellung der Sektorenauftraggeber unter das Abkommen. Als Sektorenauftraggeber gelten gemäss Annex 3 GPA Behörden, Einrichtungen des *öffentlichen* Rechts und *öffentliche* Unternehmen auf allen Staatsebenen. Die Erläuterungen in Abs. II in Annex 3 halten präzisierend fest, dass der *Strombereich* Sektorenauftraggeber umfasst, die gemäss dem Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24.6.1902 (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734) über ein *Enteignungsrecht* verfügen oder gestützt auf das Wasserrechtsgesetz oder das Kernenergiegesetz elektrische Energie *erzeugen*. Das Enteignungsrecht ist in den Art. 43 ff. EleG geregelt.

<sup>31</sup> Bspw. DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 52, sprechen sich für diese Betrachtungsweise aus. In diesem Sinne zudem MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012 (zit. BEYELER, Geltungsanspruch), Rz 969 und 984.

<sup>32</sup> Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25.9.2014, E. 3.6.2.

<sup>33</sup> Als Beispiel kann der Kanton Freiburg genannt werden, der bis Ende 2020 darauf verzichtete, den Strom für öffentlichen Zwecken dienende Kantonsliegenschaften öffentlich auszuschreiben (vgl. Fn 3): In seiner Antwort vom 1.9.2020 zur parlamentarischen Anfrage Defferrard Francine/Dafflon Hubert (2020-CE-164), Öffentliche Körperschaften: Strombeschaffung und öffentliches Beschaffungswesen führte der Staatsrat aus, dass die Rechtslage betreffend den Gehalt der Ausnahmen vom Geltungsbereich des GPA 1994 unsicher sei. Diese Unsicherheit werde erst mit dem Inkrafttreten des GPA 2012 beseitigt; vgl. zudem die weitere in Fn 3 erwähnte kantonale und kommunale Praxis, die sich aufgrund der einzuhaltenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nur mit einem solchen Verständnis des Geltungsbereichs des GPA 1994 erklären lässt.

<sup>34</sup> Gemäss Anhang 1, Ziff. 2 zu Annex 2 verpflichtet sich die Schweiz zur Einhaltung der Vorgaben des GPA 2012 in Bezug auf Behörden oder zentrale und dezentrale Verwaltungseinheit auf *Bezirks- und Gemeindeebene*. In Ziff. 1 zu Annex 7.A *beschränkt* die Schweiz den Geltungsbereich des GPA 2012 auf öffentliche Auftraggeber auf Bezirks- und Gemeindeebene im Verhältnis zu den *EU- und EFTA-Mitgliedstaaten sowie Armenien*.

<sup>35</sup> Vgl. Annex 7.B Ziff. 2 GPA 2012.

des GPA 2012 durch diese neue Formulierung **ersetzt** wurden.<sup>36</sup> Aus der neuen Formulierung geht nun eindeutig hervor, dass die dem GPA unterstellten öffentlichen Auftraggeber bei Beschaffungen von Leistungen im Bereich der Energieversorgung **nicht generell** von der Anwendung des GPA 2012 freigestellt sind. Eine Ausnahme ist nur einschlägig, wenn die betreffende Leistung aufgrund der regulatorischen Rahmenbedingungen **zwingend** nur von einem **Monopolanbieter** erbracht werden darf.

14. Entsprechend ist der **Strombezug durch kantonale und kommunale öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch** aufgrund der Vorgaben im GPA 2012 öffentlich auszuschreiben, sofern es sich bei der zu versorgenden öffentlichen Einrichtung um eine Endkundin handelt, die ihren Stromanbieter auf dem Markt **frei** wählen **kann**. Auf öffentliche Auftraggeber, die als Endkundinnen und Endkunden ohne freie Anbieterwahl in einem *Versorgungsmonopol* beliefert werden, ist das GPA 2012 – wie vorstehend erwähnt – nicht anwendbar.

### 3.1.2 Beschaffung von Strom durch Verteilnetzbetreiber zur Endkundenversorgung

15. Als **Sektorenauftraggeber** gelten gemäss Annex 3 zu Anhang I GPA Behörden, Einrichtungen des *öffentlichen* Rechts und *öffentliche* Unternehmen auf allen Staatsebenen. Hingegen wird der Einkauf von Strom durch *private* Unternehmen als Sektorenauftraggeber vom GPA nicht erfasst.<sup>37</sup> Verteilnetzbetreiber sind aufgrund der Vorgaben im StromVG für die Belieferung von festen Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet in der Grundversorgung verantwortlich.<sup>38</sup> Mangels Vorgaben im Bundesrecht zur rechtlichen Entflechtung der Monopoltätigkeiten von den übrigen Tätigkeiten eines vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens (EVU) dürfen Verteilnetzbetreiber in ihrer Rolle als Endversorger zudem auch freie Endkundinnen und Endkunden mit Strom beliefern. Bei **Verteilnetzbetreibern** handelt es sich somit um Sektorenauftraggeber im Bereich der Energieversorgung im Sinne des GPA. Wie erwähnt dehnt das BAöB den Geltungsbereich des GPA im Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten auf private Sektorunternehmen aus (oben, Rz 11). Die Beschaffung von Strom durch Sektorenauftraggeber ist vom Geltungsbereich des BAöB jedoch ausgenommen, da sie bereits in den Geltungsbereich des GPA fällt.<sup>39</sup>

16. Bis Ende 2020 profitierten *sämtliche* öffentlichen Auftraggeber von einer in Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994 statuierten Ausnahme, sofern sie im Rahmen einer **Sektorentätigkeit** Gegenstände zur **unter Wettbewerbsbedingungen** erfolgenden Weiterveräusserung oder Gebrauchsüberlassung beschafften. Das galt aber nur, sofern der Sektorenauftraggeber mit Bezug auf diese Veräusserung oder Vermietung über **keine besonderen oder ausschliesslichen Rechte** verfügte, andere einen analogen Gegenstand also ungehindert zu vergleichbaren Konditionen veräussern oder vermieten durften.<sup>40</sup> In der Schweiz wird die Stromlieferung den grundversorgten Endkundinnen und Endkunden über *staatlich administrierte* Tarife, die auf den *Gestehungskosten* basieren, in Rechnung gestellt.<sup>41</sup> Die Weiterveräusserung erfolgt insofern *nicht* unter Wettbewerbsbedingungen, wie dies für das Vorliegen dieser Ausnahme erforderlich wäre. **Sektorenauftraggeber** waren jedoch gestützt auf die **allgemeine Ausnahme in Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994** mit Bezug auf die Vergabe von Aufträgen zur Lieferung von Strom nicht dem GPA unterstellt (oben, Rz 12). Somit befanden sich Sektorenauftraggeber im Bereich der Energieversorgung – und damit auch Strombeschaffungen zur Endkundenversorgung durch Verteilnetzbetreiber – **bis Ende 2020 nicht im Geltungsbereich des GPA**.

---

<sup>36</sup> Vgl. Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.2.2017 (zit. Botschaft zum GPA 2012), BBl 2016 2052 ff., 2104.

<sup>37</sup> Vgl. Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994, wo lediglich von *öffentlichen* Sektorenauftraggebern die Rede ist.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 StromVG.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 7 sowie Anhang VIII Bst. f BAöB.

<sup>40</sup> Vgl. Anmerkung 2 zu Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 6 und 22 Abs. 2 Bst. a und b StromVG sowie Art. 4 StromVV.

17. Diese **Ausnahmen für Strombeschaffungen durch Sektorauftraggeber** gemäss Annex 3 zu Anhang I des GPA 1994 sind im revidierten GPA 2012 nicht mehr enthalten. Stattdessen enthält Annex 3 für die Schweiz neu eine Ausnahmeklausel, wonach Aufträge, die von den Beschaffungsstellen bei der Durchführung einer in Annex 3 aufgezählten Sektortätigkeit vergeben werden, vom Geltungsbereich des GPA 2012 *ausgenommen* sind, wenn diese Tätigkeit dem **uneingeschränkten Wettbewerb** des Marktes ausgesetzt ist. Die Verteilnetzbetreiber sind somit gestützt auf das GPA 2012 verpflichtet, Strombezüge zur Versorgung von **nicht netzzugangsberechtigten** Endkundinnen und Endkunden nach den Regeln des Beschaffungsrechts zu tätigen; die Verteilnetzbetreiber agieren diesbezüglich als Monopolanbieter und die betreffenden Tätigkeiten unterstehen nicht dem freien Wettbewerb.<sup>42</sup>

18. Warenbezüge im Hinblick auf den **gewerblichen** Verkauf oder Wiederverkauf sind hingegen **generell** vom Geltungsbereich des GPA 2012 ausgenommen.<sup>43</sup> Somit wird lediglich der Strombezug von Verteilnetzbetreibern, der von diesen **ausschliesslich** an **freie** Endkundinnen und Endkunden weiterverkauft wird, nicht vom Geltungsbereich des GPA 2012 erfasst. Diese Ausnahme wird mit dem Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt begründet.<sup>44</sup>

## 3.2 Vorgaben im nationalen Recht

### 3.2.1 Berücksichtigung der internationalen Vorgaben bei der Rechtsanwendung

19. Gemäss Art. 5 Abs. 4 BV<sup>45</sup> müssen der Bund und die *Kantone* das Völkerrecht beachten. Die Schweiz gehört zu den Staaten mit einer monistischen Tradition. Das Völkerrecht erlangt somit *unmittelbare* Geltung, ohne dass es in die innerstaatliche Rechtsordnung überführt werden müsste.<sup>46</sup> Eine völkerrechtliche Bestimmung ist *unmittelbar* anwendbar («self-executing»), wenn sie einen Bezug zu Rechten und Pflichten von Privatpersonen hat und justiziabel ist; d. h. genügend präzise ist, um in einem konkreten Fall die Grundlage für eine Entscheidung darstellen zu können. Wenn sie sich zusätzlich an die *rechtsanwendenden* Behörden richtet, können diese die Norm *direkt* anwenden. Als *nicht direkt* anwendbar («non-self-executing») gelten dagegen Normen *programmatischer* Natur oder Bestimmungen, welche sich an den Staat als Ganzes richten. Sie müssen vom *innerstaatlichen Gesetzgeber* – in der Regel vom Parlament – noch *konkretisiert* werden, bevor sie für Private Rechte und Pflichten zu begründen vermögen.<sup>47</sup>

20. Grundsätzlich geht das Völkerrecht dem Landesrecht vor, wobei die innerstaatlichen Behörden die Vorgaben im nationalen Recht, wenn immer möglich, *völkerrechtskonform* auszulegen haben.<sup>48</sup> Diese Verpflichtung gilt für *alle* staatlichen Organe auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene<sup>49</sup> und umfasst nicht nur das Bundesrecht, sondern insbesondere auch das kantonale Recht und das Gemeinderecht.<sup>50</sup>

---

<sup>42</sup> Die Beurteilung der Frage, ob eine Tätigkeit in einem wettbewerblichen Umfeld ausgeübt wird, fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich einer einzelnen Beschaffungsstelle. Darüber entscheidet der Bundesrat; vgl. Art. 7 IVöB 2019, Botschaft zum GPA 2012 (Fn 35), BBI 2017 2052 ff., 2106.

<sup>43</sup> Vgl. Art. II Ziff. 2(a)(ii) GPA 2012.

<sup>44</sup> Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBI 2017 1851 ff., 1903.

<sup>45</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

<sup>46</sup> BGE 127 II 177 E. 2c.

<sup>47</sup> Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16.10.2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20.11.2008 (zit. Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht), BBI 2009 2263 ff., 2286; BGE 145 I 308 E. 3.4.1; BGE 140 II 185 E. 4.2; BGE 136 I 297 E. 8.1; BGE 133 I 286 E. 3.2.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 BV; Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2288.

<sup>49</sup> Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2305.

<sup>50</sup> Bericht zum Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2009 2263 ff., 2307.

21. Die Schweiz hat als Mitgliedstaat des GPA 2012 seine Gesetzgebung den im revidierten Abkommen enthaltenen Vorgaben anzupassen.<sup>51</sup> Die IVöB 2019 setzt die sich aus den Staatsverträgen ergebenden Verpflichtungen um. In diversen Kantonen laufen zurzeit die Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB 2019, welche die Änderungen aufgrund der Revision des Bundesrechts und des GPA 2012 berücksichtigt. Die IVöB 2019 tritt in Kraft, sobald ihr mindestens zwei Kantone beigetreten sind.<sup>52</sup> Für Kantone, die dieser Vereinbarung nicht beigetreten sind, gilt weiterhin die ursprüngliche Fassung der IVöB.<sup>53</sup> Es ist davon auszugehen, dass die Kantone zeitnah den Beitritt zur IVöB 2019 beschliessen werden, zumal sie diese im November 2019  *einstimmig*  verabschiedet haben.<sup>54</sup>

22. Bei den Bestimmungen im GPA 2012 zum objektiven und subjektiven  *Geltungsbereich*  (Art. II) sowie zur Durchführung von  *Ausschreibungen*  (Art. VII) handelt es sich um Normen, die sich  *direkt*  an die  *öffentlichen Auftraggeber*  richten. Diese Bestimmungen sind  *unmittelbar anwendbar* .<sup>55</sup> Sie gelten für die öffentlichen Auftraggeber in den Kantonen und Gemeinden somit  **bereits vor dem Beitritt zur IVöB 2019**  und deren Umsetzung in den für sie relevanten kantonalen und kommunalen Rechtsordnungen. Der Geltungsbereich des nationalen Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen darf somit  *nicht enger*  gefasst sein als der Geltungsbereich des GPA 2012. Hingegen ist es dem Bund und den Kantonen freigestellt, den Geltungsbereich des nationalen Beschaffungsrechts in persönlicher und sachlicher Hinsicht  *weiter*  zu fassen als den Geltungsbereich der Staatsverträge.

### 3.2.2 Objektiver Geltungsbereich

23. Gemäss der Lehre und Rechtsprechung ist der  **Einkauf von Strom**  durch einen öffentlichen Auftraggeber als öffentlicher  **Lieferauftrag**  zu qualifizieren.<sup>56</sup> Dies entspricht auch der ständigen Praxis des EuGH.<sup>57</sup> Lieferaufträge unterstehen sowohl auf Bundesebene als auch auf kantonaler Ebene den Regeln des Beschaffungsrechts.<sup>58</sup> Für Beschaffungen auf Bundesebene kommt das BöB zur Anwendung. Das BGBM gilt für Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene.<sup>59</sup> Art. 5 Abs. 2 BGBM sieht vor, dass  **umfangreiche öffentliche Einkäufe** , Dienstleistungen und Bauten in einem  **Ausschreibungsverfahren**  erfolgen  *müssen*  und Anbieterinnen  **mit Sitz in der Schweiz**  nicht diskriminiert werden dürfen.

24. In sachlicher Hinsicht erfasst Art. 5 BGBM  *sämtliche*  Beschaffungsgegenstände. Der Begriff «öffentlichen Beschaffungen» im BGBM deckt sich mit demjenigen des öffentlichen Auftrags, wie sich dieser aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt und neuerdings im BöB und in der IVöB 2019 ausdrücklich festgehalten ist.<sup>60</sup> Demnach liegt eine öffentliche Beschaffung vor, wenn das Gemeinwesen, das auf dem freien Markt als «Nachfrager» auftritt

<sup>51</sup> Vgl. Art. XXII Ziff. 4 GPA 2012.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 65 Abs. 1 IVöB 2019.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 65 Abs. 2 IVöB 2019.

<sup>54</sup> Medienmitteilung des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) vom 18.11.2019; <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> (1.3.2021).

<sup>55</sup> Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBI 2017 1851 ff., 1860 f.; Botschaft zum GPA 2012 (Fn 35), BBI 2017 2052 ff., 2101 f; ausführlich zur Frage der direkten Anwendbarkeit von Bestimmungen des GPA 1994 und des GPA 2012: URS SAXER, in: Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. Handbuch Beschaffungsrecht), Einführung in den internationalen Kontext, Rz 16 ff.

<sup>56</sup> BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 969 und 984; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013 (zit. GALLI/MOSER/LANG/STEINER), Rz 219; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30.8.2016, E. 3.3.2.

<sup>57</sup> Urteil EuGH vom 27.4.994 (C-393/92), Rz 28,  *Gemeente Almelo u.a. gegen Energiebedrijf IJsselmij* ; Urteil EuGH vom 4.12.2003 (C-448/01),  *EVN AG und Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich* .

<sup>58</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 Bst. b BöB; Art. 6 Abs. 1 Bst. b IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 BöB und Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019.

und die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erforderlichen Mittel gegen Bezahlung eines Preises oder eine andere Form der Entschädigung erwirbt.<sup>61</sup> Eine Ausnahme für den Einkauf von Strom als öffentlicher Lieferauftrag ist im BGBM nicht vorgesehen. Der sachliche und persönliche Geltungsbereich von Art. 5 BGBM ist somit *weiter* gefasst als der Geltungsbereich des GPA 1994. In der Literatur und Praxis wird deshalb die Meinung vertreten, dass der Einkauf von Strom bereits nach bis Ende 2020 geltendem Recht *unabhängig von einer allfälligen Ausnahme im GPA 1994* (oben, Rz 12) der Ausschreibungspflicht nach Art. 5 Abs. 2 BGBM unterstand.<sup>62</sup>

25. Die IVöB und das kantonale Recht haben die Vorgaben des Bundesrechts zur berücksichtigen. Der Stromeinkauf fällt als *öffentlicher Lieferauftrag* auch in den Anwendungsbereich der IVöB resp. der IVöB 2019.<sup>63</sup> Lieferaufträge, welche den Schwellenwert erreichen, sind auch gestützt auf die IVöB öffentlich auszuschreiben.<sup>64</sup> Wie gemäss dem GPA 2012 ist lediglich die Beschaffung von Leistungen für den **gewerblichen** Verkauf oder Wiederverkauf vom Anwendungsbereich der IVöB freigestellt.<sup>65</sup> In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Ausnahme vom Geltungsbereich des Vergaberechts für **Sektorenauftraggeber** gemäss Annex 3 zum Anhang I des GPA 1994 (oben, Rz 15) auch für das *kantonale* Recht zu beachten war, obwohl solches in der IVöB nicht ausdrücklich erwähnt wird.<sup>66</sup> Da diese Ausnahme mit dem GPA 2012 weggefallen ist, herrscht insofern Rechtssicherheit, dass sie bei der Anwendung des Beschaffungsrechts durch die kantonalen und kommunalen öffentlichen Auftraggeber ab dem 1. Januar 2021 nicht mehr zu beachten ist. Die IVöB findet zudem keine Anwendung, falls die öffentlichen Auftraggeber Leistungen von *Anbietern* beschaffen, denen ein **ausschliessliches Recht** zur Erbringung solcher Leistungen zusteht.<sup>67</sup> Diese Ausnahme vom objektiven Geltungsbereich ergibt sich im Übrigen bereits gestützt auf das GPA 2012 (oben, Rz 13).

26. Hieraus ergibt sich, dass *Strombeschaffungen* einer öffentlichen Auftraggeberin, die in ihrer Rolle als *Endkundin* ihren Stromlieferanten im freien Markt wählen *kann*, in den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts und des BGBM fallen (ausführlich zum Verhältnis zwischen den beschaffungs- und binnenmarktrechtlichen Vorgaben sowie dem im StromVG vorgesehenen Wahlrecht für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden: unten, Rz 32-41). Zudem sind *Strombeschaffungen* durch Verteilnetzbetreiber *zur Versorgung von festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung*, die den Anbieter nicht wählen können, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BGBM und die IVöB öffentlich auszuschreiben.

### 3.2.3 Subjektiver Geltungsbereich

27. Im subjektiven Geltungsbereich des BGBM befinden sich die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben (oben, Rz 8). Der subjektive Geltungsbereich von Art. 5 BGBM ist im Kontext mit dem internationalen (GPA) und interkantonalen Beschaffungsrecht (IVöB) zu eruieren.<sup>68</sup> Die IVöB unterscheidet zwischen einem Staatsvertragsbereich und einem Binnenbereich. Im *Staatsvertragsbereich* unterstehen der IVöB die *Behörden* sowie zentrale und *dezentrale Verwaltungseinheiten* auf **Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene**, einschliesslich der *Einrichtungen des öffentlichen Rechts*<sup>69</sup>, sofern diese

<sup>61</sup> BGE 135 II 49 E. 4; BGE 125 I 209 E. 6b.

<sup>62</sup> DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 61 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 987, 996 und 997 ff.

<sup>63</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB 2019.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b, Art. 7 sowie Anhänge 1 und 2 IVöB; Art. 8 Abs. 2 Bst. b sowie Anhänge 1 und 2 IVöB 2019.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. a IVöB 2019.

<sup>66</sup> BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 571.

<sup>67</sup> Dies ist neuerdings in Art. 10 Abs. 2 Bst. a IVöB 2019 explizit vorgesehen. Im bis Ende 2020 geltenden Recht wurde diese Ausnahme von der Lehre aus Art. 3 Abs. 3 BGBM abgeleitet; vgl. DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 58.

<sup>68</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM.

<sup>69</sup> Laut der **Legaldefinition in Annex 3 zum Anhang I des GPA 2012** umfasst dieser Begriff «**Einrichtungen**», (i) die zum besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende

**keine gewerblichen Tätigkeiten** ausführen. Weiter unterstehen der IVöB Behörden und Unternehmen als **Sektorenauftraggeber** im Rahmen von Aufträgen für ihre Kerntätigkeit – etwa im Bereich der Energieversorgung – sowie weitere öffentliche Auftraggeber gemäss den entsprechenden Staatsverträgen.<sup>70</sup> Die IVöB ist zudem auch auf **private Sektorunternehmen** anwendbar. Ausserhalb der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen haben die Kantone und Gemeinden die Vorgaben des BGBM zu beachten. Im *Binnenbereich* unterstehen der IVöB andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben hinsichtlich ihrer nicht-gewerblichen Tätigkeiten sowie Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.<sup>71</sup>

28. Somit unterstehen die Kantone, die Gemeinden, die Sektorenauftraggeber sowie die kantonalen und kommunalen Träger von öffentlichen Aufgaben, die Strom zum *Eigenverbrauch* einkaufen, auch in persönlicher Hinsicht dem kantonalen Beschaffungsrecht und dem BGBM. Gleiches für die öffentlichen und privaten Verteilnetzbetreiber, die in ihrem Netzgebiet für die Grundversorgung verantwortlich sind, da es sich bei der Grundversorgung um eine *öffentliche* Aufgabe handelt.<sup>72</sup> Zudem sind die Verteilnetzbetreiber im Bereich der Energieversorgung als Sektorenauftraggeber tätig.

### 3.3 Fazit

29. Der Einkauf von Strom untersteht als öffentlicher Lieferauftrag dem Geltungsbereich des internationalen und nationalen Beschaffungsrechts sowie Art. 5 BGBM.

30. Sofern Strom zum **Eigenverbrauch** von kantonalen oder kommunalen Behörden, zentralen oder dezentralen Verwaltungseinheiten sowie Privaten als Trägern von öffentlichen Aufgaben auf dem **freien Markt** bezogen werden kann, sind diese als öffentliche Auftraggeber nach den Vorgaben im internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie in Art. 5 BGBM *verpflichtet*, den **Stromeinkauf öffentlich auszuschreiben**. Die per 1. Januar 2021 erfolgten Änderungen im nationalen Recht aufgrund der Vorgaben im GPA 2012 führen im Sinne einer *Klärung der Rechtslage* zum Schluss, dass Strombeschaffungen von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch künftig *unbestrittenermassen* öffentlich ausgeschrieben werden müssen, sofern der massgebliche beschaffungsrechtliche Schwellenwert erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt. Für die Geltung der beschaffungsrechtlichen Vorgaben ist einzig vorausgesetzt, dass der Strom für den betreffenden Endkunden auf dem *freien* Markt bezogen werden kann und zur Erbringung von **nicht-gewerblichen** Tätigkeiten dient. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber gestützt auf das StromVG kein Recht auf Netzzugang hat, ist das Beschaffungsrecht nicht anwendbar und der betreffende Endkunde wird stattdessen durch den für ihn zuständigen Verteilnetzbetreiber zu den Konditionen der Grundversorgung beliefert (hierzu ausführlich unten, Rz 32-41).

31. Auch die **öffentlichen und privaten Verteilnetzbetreiber** sind 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. Das BAöB dehnt den Geltungsbereich des GPA 2012 im Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten auf *private* Verteilnetz-

---

Aufgaben zu erfüllen, und die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben, (ii) die Rechtspersönlichkeit besitzen und (iii) deren Tätigkeit überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder deren Leitung einer Kontrolle durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt wurden.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 IVöB und Art. 4 Abs. 1-3 IVöB 2019.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 IVöB und Art. 4 Abs. 4 IVöB 2019.

<sup>72</sup> BGE 144 III 111 E. 5.2.

betreiber aus. Nur Strombezüge, die an Endkundinnen und Endkunden im **freien Markt** weiterverkauft werden, müssen nicht öffentlich ausgeschrieben werden.<sup>73</sup> Strombezüge zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung müssen gestützt auf das nationale Recht folglich auch von Verteilnetzbetreibern öffentlich ausgeschrieben werden, sofern der massgebliche Schwellenwert erreicht ist und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

## 4 Verhältnis zwischen dem Stromversorgungsrecht sowie den Vorgaben im BGBM und im Beschaffungsrecht

### 4.1 Hintergrund für die Fragestellung

32. Nachfolgend wird das Verhältnis zwischen den Vorgaben im internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie im BGBM und jenen zum Netzzugang im Stromversorgungsrecht näher beleuchtet. Gestützt auf das GPA 2012, Art. 5 Abs. 2 BGBM und die IVöB sind die öffentlichen Auftraggeber in den Kantonen und Gemeinden zur Ausschreibung von Strombezügen zum *Eigenverbrauch* verpflichtet, falls der Auftragswert den massgeblichen beschaffungsrechtlichen Schwellenwert erreicht (unten, Rz 45) und kein gesetzlich anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt (unten, Rz 55-62). Demgegenüber haben die freien Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh gestützt auf die Stromversorgungsgesetzgebung ein *Wahlrecht*, ob sie in der Grundversorgung verbleiben wollen oder ob sie den Strom auf dem Markt von einem Anbieter ihrer Wahl beziehen möchten.<sup>74</sup>

33. Somit stellt sich die Frage, ob sich auch ein *netzzugangsberechtigter* öffentlicher Auftraggeber – *trotz der sich aus dem internationalen und nationalen Beschaffungsrecht sowie dem BGBM ergebenden Verpflichtung zur Ausschreibung von öffentlichen Stromlieferaufträgen* – gestützt auf Art. 6 StromVG vom für die *Grundversorgung* zuständigen Verteilnetzbetreiber beliefern lassen darf und den Strombezug zum Eigenverbrauch nicht zwingend öffentlich ausschreiben muss resp. ob das *Wahlrecht* für freie Endkundinnen und Endkunden im StromVG der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht *vorgeht*.

### 4.2 Auslegung

34. Das Beschaffungsrecht verfolgt das Ziel, dass der *Staat* seine Einkäufe von Gütern, Dienstleistungen und Bauleistungen im *wettbewerblichen* Umfeld tätigt. In diesem Sinne bezwecken das BöB und die IVöB 2019 den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel, die Transparenz des Vergabeverfahrens, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen sowie die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen.<sup>75</sup> Im Unterschied zu privaten Marktteilnehmern agiert der Staat beim Einkauf von Gütern und Dienstleistungen auf dem Beschaffungsmarkt ohne Wettbewerbsdruck. Der fehlende Wettbewerbsdruck kann dazu führen, dass sich der Staat beim Einkauf nicht zwingend an wirtschaftlichen, sondern an sachfremden Kriterien orientiert. Die Instrumente des Beschaffungsrechts kompensieren gewissermassen den Wettbewerbsdruck, indem sie den Staat verpflichten, seine Einkäufe öffentlich

---

<sup>73</sup> Auch der Verband der Schweizer Elektrizitätsversorgungsunternehmen (VSE) vertritt die Auffassung, dass für Strombezüge der Verteilnetzbetreiber zur Versorgung ihrer Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung zumindest ab dem 1.1.2021 das Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangt; vgl. VSE, Q&A öffentliches Beschaffungsrecht in der Energiebranche vom 24.2.2020 (zit. VSE, Q&A), 2; [http://nbild.dsvnet.ch/gallery/130221104004831985/VSE\\_FAQ-Beschaffungsrecht\\_in\\_der%20Energiebranche\\_Stand\\_24022020.pdf](http://nbild.dsvnet.ch/gallery/130221104004831985/VSE_FAQ-Beschaffungsrecht_in_der%20Energiebranche_Stand_24022020.pdf) (1.3.2021).

<sup>74</sup> Vgl. Art. 6 und 13 StromVG sowie Art. 11 Abs. 2 StromVV; Urteil 2C\_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 2.3.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 2 BöB und Art. 2 IVöB 2019.

auszuschreiben. Die öffentliche Ausschreibung soll gewährleisten, dass das effizienteste Unternehmen den Zuschlag für die Ausführung des öffentlichen Auftrags erhält.<sup>76</sup>

35. 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.

36. In Art. 1 Abs. 1 StromVG ist festgehalten, dass das StromVG die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen *wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt* schaffen soll. In der Botschaft zum damaligen Erlass des StromVG von Ende 2004 wurde festgehalten, dass es das Ziel des StromVG sei, die Grundversorgung und die Versorgungssicherheit auch in einem *liberalisierten Umfeld*, mit Rechtssicherheit für Investitionen, zu gewährleisten. Unter der Prämisse der Versorgungssicherheit sollten *Anreize für mehr Wettbewerb* geschaffen werden.<sup>77</sup> Eine weitergehende Begründung für die Konstituierung der Grundversorgung findet sich in der Botschaft nicht. Im Gesetzesentwurf der Verwaltung war die Grundversorgung für feste Endkundinnen und Endkunden ohne Netzzugang noch auf *Haushaltskunden* beschränkt.<sup>78</sup> Hintergrund dafür dürfte gewesen sein, dass auch für kleinere und aufgrund ihres verhältnismässig geringen Verbrauchs für den Markt weniger interessante Haushaltskunden (insb. in Randregionen) mittels der Grundversorgung sichergestellt werden sollte, dass zumindest *ein* Anbieter diese zu angemessenen Konditionen beliefert (Versorgungssicherheitsaspekt). Demgegenüber ist bei öffentlichen Auftraggebern – insbesondere wegen ihrer in aller Regel sehr guten Bonität sowie allfälligen Beteiligungen an EVU (direkt oder über Tochtergesellschaften) – davon auszugehen, dass diese auch ohne garantierte Stromlieferungen in der Grundversorgung stets einen Stromanbieter finden werden, der sie zu Marktkonditionen beliefert. *Öffentliche Auftraggeber benötigen insofern den Schutz der Grundversorgung nicht.*

37. Auch die kantonalen und kommunalen Behörden sind zur völkerrechtskonformen Auslegung des kantonalen und kommunalen Rechts verpflichtet (oben, Rz 20). Die Pflicht zur Durchführung von öffentlichen Ausschreibungen für Strombezüge zum Eigenverbrauch ergibt sich für netzzugangsberechtigte Auftraggeber bereits aus entsprechend lautenden *direkt anwendbaren* Bestimmungen im GPA 2012, die am 1. Januar 2021 in der Schweiz in Kraft getreten sind (oben, Rz 22). Falls keine völkerrechtskonforme Auslegung möglich wäre, würden diese völkerrechtlichen Bestimmungen der nationalen Regelung in Art. 6 StromVG vorgehen (oben, Rz 19). Weder im nationalen noch im internationalen Beschaffungsrecht ist eine Ausnahme vom Geltungsbereich des Vergaberechts vorgesehen, falls Strom für nicht-gewerbliche Tätigkeiten auf dem freien Markt beschafft werden *kann* (oben, Rz 10 ff. und 23 ff.). Art. 6 StromVG verankert für Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh die *Möglichkeit*, den Strom von einem Lieferanten ihrer Wahl auf dem freien Markt zu

<sup>76</sup> Vgl. RPW 2014/2, 446 Rz 26, *Empfehlung vom 30.6.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM)*; DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 30; vgl. hierzu auch VSE, Q&E (Fn 73), 1.

<sup>77</sup> Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3.12.2004 (zit. Botschaft zum StromVG), BBI 2005 1611 ff., 1617.

<sup>78</sup> Botschaft zum StromVG (Fn 77), BBI 2005 1611 ff., 1645; Urteil 2C\_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 2.4.

beziehen. Hingegen enthält das *StromVG keine Legitimation für netzzugangsberechtigte öffentliche Auftraggeber, auf die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung zu verzichten*. Insofern können die internationalen und nationalen Vorgaben des Beschaffungsrechts sowie die Vorgaben in der Stromversorgungsgesetzgebung *parallel* angewendet werden.

38. Weicht die *Bundesversammlung bewusst* vom Völkerrecht ab, so ist das Bundesgericht an diesen Entscheid aufgrund der sog. «Schubert-Praxis» aus Gründen der Gewaltenteilung gebunden.<sup>79</sup> Hätte der Bundesgesetzgeber anlässlich der Umsetzung der Vorgaben des GPA in das nationale Recht den öffentlichen Auftraggebern, die gestützt auf das StromVG Strom auf dem freien Markt einkaufen *können*, die Möglichkeit zugestehen wollen, sich vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber ohne öffentliche Ausschreibung in der Grundversorgung beliefern zu lassen, hätte dies explizit gesetzlich geregelt oder zumindest anlässlich der Parlamentsdebatte vor der Beschlussfassung über die Revision des BöB und der Verabschiedung des GPA 2012 in diesem Sinne thematisiert werden müssen, was jedoch nicht geschehen ist. Insofern ist eine völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 6 StromVG möglich; die rechtsanwendenden Vergabestellen in den Kantonen und Gemeinden sind insofern *verpflichtet*, eine völkerrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts vorzunehmen (oben, Rz 19 f.).

39. Zudem wäre ein Vorrang des Wahlrechts für netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden gemäss StromVG für öffentliche Auftraggeber gegenüber den internationalen und nationalen beschaffungsrechtlichen Vorgaben konzeptionell *widersprüchlich* und würde für den *wettbewerbsorientierten* Elektrizitätsmarkt *falsche Anreize* setzen. Ein öffentlicher Auftraggeber, der in der Vergangenheit als Endkunde von seinem Recht auf Netzzugang *Gebrauch gemacht* hat, könnte unter der Prämisse des Vorrangs des StromVG zu einer öffentlichen Ausschreibung gezwungen werden: Gestützt auf das StromVG ist eine Rückkehr in die Grundversorgung nach dem Wechsel in den freien Markt nicht mehr möglich («einmal frei, immer frei»)<sup>80</sup>. Ein an sich freier Endkunde, der sich seit 2008 in der Grundversorgung befindet, weil er auf sein Recht auf Netzzugang verzichtet hat, könnte hingegen *nicht* zum Einkauf am Markt gezwungen werden. Im Resultat unbefriedigend wäre an dieser Auslegung, dass diejenigen öffentlichen Auftraggeber belohnt würden und um eine öffentliche Ausschreibung des Strombezugs herumkämen, die nach dem Inkrafttreten des StromVG in der regelmässig teureren Grundversorgung verblieben sind.

40. Auch DIEBOLD/LUDIN vertreten die Ansicht, dass das Wahlrecht im StromVG nichts an der Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zur öffentlichen Ausschreibung von Strombeschaffungen ändert. Aus ihrer Sicht schliessen sich das StromVG und das Beschaffungsrecht nicht aus. Vielmehr schliesse das Beschaffungsrecht an das StromVG an, indem es gewährleiste, *dass der durch das Stromversorgungsrecht geschaffene Wettbewerb auch im Bereich der öffentlichen Beschaffungen verwirklicht werde*. Für diese Auslegung spreche insbesondere auch, dass das StromVG selbst keine spezialgesetzliche Regelung für das Beschaffungsrecht enthalte. Mit der im StromVG geschaffenen «Teilmarktöffnung» sei das Ziel verfolgt worden, einen Markt zwischen Stromanbietern und Stromgrosskunden herzustellen. Indem Netzbetreiber verpflichtet werden, Stromgrosskunden und Stromanbietern Netzzugang zu gewähren, werde unter den Anbietern Wettbewerb geschaffen. Das StromVG stehe dem Beschaffungsrecht nur insoweit entgegen, dass es den Netzzugang für  *feste Endkunden verbiete*.<sup>81</sup> ZUFFEREY/SEYDOUX sind ebenfalls der Auffassung, dass das Beschaffungsrecht die öffentliche Hand als Auftraggeber zur Ausschreibung verpflichtet, sobald es sich um einen

---

<sup>79</sup> Eine Ausnahme besteht bei völkerrechtlich verankerten Grundrechtsnormen, wie sie sich insbesondere in der EMRK finden.

<sup>80</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 2 StromVV sowie Urteil 2C\_739/2010 des Bundesgerichts vom 6.7.2011, E. 4.5.

<sup>81</sup> DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 27 ff.

nach StromVG *netzzugangsberechtigten* Endkunden handelt, weil (erst) dann Wettbewerb bestehe. Sie betrachten das *Beschaffungsrecht* für diesen Fall gegenüber den Wahlmöglichkeiten des StromVG für freie Endkundinnen und Endkunden als *lex specialis*.<sup>82</sup>

### 4.3 Fazit

41. Das Wahlrecht in Art. 6 StromVG, wonach sich netzzugangsberechtigte Endkundinnen und Endkunden weiterhin in der Grundversorgung vom für sie zuständigen Verteilnetzbetreiber beliefern lassen dürfen, vermag 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.

## 5 Bestimmung des Auftragswerts zur Bestimmung des Vergabeverfahrens sowie Publikationspflicht

### 5.1 Grundsätzliches zur Festlegung des Auftragswertes und zur Höhe der Schwellenwerte

42. In Bezug auf die Strombeschaffung stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle befugt ist, den **Auftragswert aufzuteilen**, etwa indem sie einzelne hierzu erforderliche Tätigkeiten mittels separater Aufträge vergibt (z. B. separater Kauf von Graustrom und ökologischem Mehrwert sowie weitere Dienstleistungen im Rahmen der Strombeschaffung). Ob dies zulässig ist, ist aufgrund der Umstände im Einzelfall zu beurteilen.<sup>83</sup> Bei mehreren **gleichartigen Aufträgen**, die zwingend zusammengehören, und insbesondere bei Aufteilungen in Lose bestimmt sich der Auftragswert nach dem **kumulierten Gesamtwert**, da ein öffentlicher Auftrag nicht in dem Sinne aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit eines höherrangigen Vergabeverfahrens resp. den betreffenden Schwellenwert zu umgehen (sog. «**Zerstückelungsverbot**»). Für eine unzulässige Aufteilung ist keine rechtswidrige Absicht des öffentlichen Auftraggebers vorausgesetzt; vielmehr genügt bereits, dass im *Ergebnis* die Schwellenwerte unterlaufen werden.<sup>84</sup>

43. Oftmals werden **Stromlieferverträge** von öffentlichen Auftraggebern mit **mehrfähriger Laufzeit** abgeschlossen. Teilweise werden öffentliche Auftraggeber seit vielen Jahren von demselben Lieferanten, zu dem ein rechtliches oder politisches Naheverhältnis besteht, mit Strom versorgt. Der Auftragswert von Verträgen mit **fester Laufzeit** entspricht der kumulierten Vergütung während der vereinbarten Vertragsdauer, auch wenn eine vorzeitige Kündigung unter Umständen vertraglich vorbehalten wird.<sup>85</sup> Bei Verträgen mit **unbestimmter Laufzeit** ist die geschätzte monatliche Vergütung mit 48 zu multiplizieren.<sup>86</sup> Verträge mit unbestimmter Laufzeit dürfen grundsätzlich nicht so ausgestaltet werden, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden. Daher sollten die vertraglich geregelten Leistungen nach Ablauf der unbestimmten Laufzeit, **spätestens** aber auf den Ablaufzeitpunkt von **48 Monaten** hin neu vergeben werden. Verträge mit unbestimmter Laufzeit sollten aus beschaffungsrechtlicher Sicht nur mit Zurückhaltung geschlossen werden.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> Vgl. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MATTHIEU SEYDOUX, *Commande d'électricité par les collectivités publiques : assujettissement au droit des marchés publics ?*, BR 4/2020, 181 ff., 182 f.

<sup>83</sup> Vgl. z. B. Schreiben des WEKO-Sekretariats vom 12.12.2019 an den Gemeinderat der Stadt Bern, Einschätzung des beabsichtigten Beschaffungsmodells bei der Stromversorgung von BERNMOBIL (zit. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019), 12 f. und 15 f.; [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Themen > Binnenmarkt > Beschaffungen > WEKO (1.3.2021).

<sup>84</sup> Vgl. Art. II Ziff. 6 GPA 2012; Art. 15 Abs. 2 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 2 BöB; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50 f.

<sup>85</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 4 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 4 BöB; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50 f.

<sup>86</sup> Vgl. Art. II Ziff. 8(b) GPA 2012; Art. 15 Abs. 5 IVöB 2019; Art. 15 Abs. 5 BöB.

<sup>87</sup> Vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 51.

44. In den Rechtsordnungen zahlreicher Kantone wird hinsichtlich der **Schwellenwerte** im **Nicht-Staatsvertragsbereich** auf die Tabelle in Anhang 2 zur IVöB verwiesen. Einige Kantone und Gemeinden haben für ihre Beschaffungen für alle oder bestimmte öffentliche Auftraggeber auf ihrem Hoheitsgebiet *tiefer* Schwellenwerte als jene in Anhang 2 zur IVöB festgelegt. Die **Strombeschaffung eines öffentlichen Auftraggebers zum Eigenverbrauch kann** gemäss den gestützt auf die IVöB geltenden Schwellenwerten bei einem Auftragswert unter 100 000 Franken freihändig und ab einem Auftragswert von 100 000 Franken bis 250 000 Franken im Einladungsverfahren beschafft werden. Strombeschaffungen zum Eigenverbrauch mit einem Auftragswert von über 250 000 Franken sind öffentlich auszuschreiben. In der IVöB 2019 wird der Schwellenwert für Lieferungen im freihändigen Verfahren von 100 000 Franken auf 150 000 Franken angehoben, um damit eine Harmonisierung mit dem betreffenden Schwellenwert auf Bundesebene im BöB zu erzielen.<sup>88</sup> Für die Berücksichtigung des höheren Schwellenwerts ist der *Beitritt* des jeweiligen Kantons zur IVöB 2019 erforderlich.<sup>89</sup>

45. **Strombeschaffungen durch öffentliche Auftraggeber zum Eigenverbrauch** fallen unbestrittenermassen in den Geltungsbereich des GPA 2012 (oben, Rz 30). Im Staatsvertragsbereich liegt der Schwellenwert, ab dem eine öffentliche Ausschreibung für Lieferungen durchzuführen ist, bei den Kantonen und Gemeinden bei 350 000 Franken.<sup>90</sup> Aufgrund der Regelung in Art. 5 Abs. 2 BGBM, wonach Vorhaben für **umfangreiche öffentliche Einkäufe**, Dienstleistungen und Bauten publiziert werden müssen, schreiben die Kantone Lieferungen jedoch – wie im Nicht-Staatvertragsbereich – bereits **ab einem Auftragswert von 250 000 Franken** öffentlich aus.<sup>91</sup> Durch die Festlegung tieferer Schwellenwerte als der staatsvertraglichen Schwellenwerte in der IVöB haben die Kantone den Begriff der «umfangreichen Beschaffungen» konkretisiert.<sup>92</sup>

46. Für die **Belieferung von festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung durch Verteilnetzbetreiber** als Sektorenauftraggeber (oben, Rz 15 ff.) gilt im Staatsvertragsbereich ein Schwellenwert von 700 000 Franken.<sup>93</sup> Aufgrund der Vorgaben in Art. 5 Abs. 2 BGBM haben auch Verteilnetzbetreiber im Staatsvertragsbereich Strombeschaffungen für den Weiterverkauf an die grundversorgten Endkunden **ab einem Auftragswert von 250 000 Franken** öffentlich auszuschreiben.<sup>94</sup>

## 5.2 Relevanz der Vorgaben im Stromversorgungsrecht für die Berechnung des Auftragswerts beim Strombezug von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch

47. Öffentliche Auftraggeber, welche den Lieferanten für den Stromeinkauf frei wählen können, befinden sich im Geltungsbereich des Beschaffungsrechts und des BGBM (oben, Rz 30). Ob ein Recht auf Netzzugang besteht, ist aufgrund der Vorgaben in der Stromversorgungsgesetzgebung zu beurteilen. Freie Endkundinnen und Endkunden mit einem jährlichen Stromverbrauch von mindestens 100 MWh können den Strom auf dem freien Markt einkaufen. Falls

<sup>88</sup> Vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 13.

<sup>89</sup> Vgl. Mitteilung INÖB vom 11.12.2019 betreffend Schwellenwerte INÖB für die Jahre 2020/2021; [https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/konkordate/ivoeb/Schwellenwerte/D\\_Rundschreiben\\_Schwellenwerte\\_2020\\_und\\_2021.pdf](https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/konkordate/ivoeb/Schwellenwerte/D_Rundschreiben_Schwellenwerte_2020_und_2021.pdf) (1.3.2021).

<sup>90</sup> Vgl. die Schwellenwerte in Annex 1-3 zu Anhang I des GPA 2012; Art. 9 Ziff. 4(a) GPA 2012; Art. 12 IVöB. Für **kantonale** öffentliche Auftraggeber im Geltungsbereich des GPA gilt Art. 1 zum Anhang 1 der IVöB; für **kommunale** öffentliche Auftraggeber im Geltungsbereich des BAöB ist Art. 2 zum Anhang 1 der IVöB massgeblich (oben, Rz 11). Der Schwellenwert von 350 000 Fr. bleibt auch nach dem Beitritt eines Kantons zur IVöB 2019 unverändert; vgl. Bst. a und b zu Anhang 1 der IVöB 2019.

<sup>91</sup> Vgl. Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBl 2017 1851 ff., 1864.

<sup>92</sup> Vgl. THOMAS M. FISCHER; in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 55), Art. 16 Rz 6.

<sup>93</sup> Vgl. Art. 1 von Anhang 1 der IVöB; Bst. a von Anhang 1 der IVöB 2019.

<sup>94</sup> Im Ergebnis ebenso: VSE, Q&E (Fn 73), 2, wonach Strombeschaffungen zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung öffentlich auszuschreiben sind.

ein öffentlicher Auftraggeber diese Obergrenze nicht erreicht, wird er als gebundener Endkunde vom für ihn zuständigen Verteilnetzbetreiber in der Grundversorgung beliefert und es findet keine öffentliche Ausschreibung statt; auf die Festlegung des Auftragswerts kann in diesem Fall verzichtet werden. Falls die Obergrenze von 100 MWh überschritten wird, ist der Auftragswert zur Bestimmung der Verfahrensart anhand einer pflichtgemässen Schätzung des öffentlichen Auftraggebers zu ermitteln.<sup>95</sup>

48. Da das Recht auf Netzzugang von der Höhe des Verbrauchs abhängt, stellt sich die Frage, anhand welcher Kriterien sich der Verbrauch eines öffentlichen Auftraggebers, auf den das Beschaffungsrecht anwendbar ist, im Sinne der stromversorgungsrechtlichen Vorgaben bestimmen lässt. Als *freie* Endverbraucher gelten Endkundinnen und Endkunden mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh *pro Verbrauchsstätte*<sup>96</sup>; abzustellen ist auf den innerhalb der letzten 12 Monate vor der letzten Ablesung ausgewiesene Jahresverbrauch.<sup>97</sup> Weiter haben *Zusammenschlüsse zum Eigenverbrauch* mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh die Möglichkeit, den Strom im freien Markt zu beziehen; diese werden als *ein* Endkunde betrachtet.<sup>98</sup> Eine Verbrauchsstätte ist eine Betriebsstätte eines Endkunden, die eine *wirtschaftliche und örtliche Einheit* bildet und einen tatsächlichen *eigenen* Jahresverbrauch aufweist, *unabhängig davon, ob sie über einen oder mehrere Ein- bzw. Ausspeisepunkte verfügt* (Art. 11 Abs. 1 StromVV). Eine *wirtschaftliche* Einheit liegt bei einer Endkundin oder einem Endkunden mit *rechtlich* eigenständigen Strukturen (*eigene Rechtspersönlichkeit*) vor. Ein *loser* Zusammenschluss verschiedener Organisationsformen zum Zwecke des Einkaufs von Elektrizität («*Bündelkunden*») genügt nicht. Das Kriterium der örtlichen Einheit verlangt, dass die zu einer Verbrauchsstätte gehörenden Gebäude und Anlagen in *räumlicher Nachbarschaft* liegen.<sup>99</sup>

49. Dies führt mit Blick auf die stromversorgungsrechtlichen Rahmenbedingungen zum Schluss, dass für die Beurteilung, ob der Schwellenwert überschritten ist, öffentliche Auftraggeber mit *eigener Rechtspersönlichkeit* bei der Bestimmung des Stromverbrauchs *separat* zu betrachten sind. Der Verbrauch von rechtlich *unselbstständigen* Organisationsformen, die sich in *derselben wirtschaftlichen Einheit* befinden, ist zusammenzuzählen. Dies bedeutet, dass beispielsweise der Stromverbrauch von mehreren Ämtern der Zentralverwaltung, die sich in separaten Gebäuden in unmittelbarer Nachbarschaft befinden, zu addieren ist.

### 5.3 Kauf an einer Warenbörse als Ausnahme von der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung

50. Ausnahmsweise kann auf die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung verzichtet und ein Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werden, falls die Beschaffung über eine *funktionierende* Warenbörse abgewickelt wird; der Strompreis muss *unter Berücksichtigung des vorhandenen Angebots und der Nachfrage zum gewünschten Zeitpunkt* gebildet werden. Der Grund für die Zulässigkeit des freihändigen Vergabeverfahrens liegt in der *plattformimmanenten* Verwirklichung des Wettbewerbsgrundsatzes. Es entspricht den Grundprinzipien des Vergaberechts, wenn sich der Preis für eine Ware im Wettbewerb an einem *transparenten* Markt bildet, zu dem *möglichst viele* Marktteilnehmer Zugang haben.<sup>100</sup> Dieser Ausnahmetatbestand wird im GPA und neuerdings auch in der IVöB 2019 ausdrücklich genannt.<sup>101</sup>

51. Der **Einkauf an einer Strombörse** kann ohne öffentliche Ausschreibung erfolgen, falls der Leistungserbringer die Börsengeschäfte *tatsächlich* für den öffentlichen Auftraggeber vor-

<sup>95</sup> Vgl. Art. II Ziff. 2(c) GPA 2012; Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 50.

<sup>96</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG.

<sup>97</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 StromVV.

<sup>98</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1 des Energiegesetzes vom 30.9.2016 (EnG; SR 730.0).

<sup>99</sup> Vgl. Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf der StromVV vom 27.6.2007, 7.

<sup>100</sup> Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 7.

<sup>101</sup> Vgl. Art. XV Ziff. 1(h) GPA 1994 und Art. 13 Ziff. 1(e) GPA 2012; Art. 21 Abs. 2 Bst. g IVöB 2019.

nimmt *sowie physisch* an diesen liefert und der öffentliche Auftraggeber hierfür den *unter Wettbewerbsbedingungen* zu Stande gekommenen Börsenpreis zu bezahlen hat.<sup>102</sup> In einer solchen Konstellation sind die im Zusammenhang mit dem Börsenkauf *gegen Entgelt erfolgenden Dienstleistungen* des Leistungserbringer, die den Börsenpreis übersteigen, öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert erreicht wird.<sup>103</sup>

52. In der Praxis werden von den öffentlichen Auftraggebern nach wie vor zahlreiche Strombezugsgeschäfte ausserhalb einer Strombörse getätigt. Mit «**OTC-Handel**» (Over the Counter, über die Ladentheke) ist der direkte, *ausserbörsliche* Handel von Strom ohne zwischengeschaltete Instanzen oder Clearingstellen gemeint. Auf eine öffentliche Ausschreibung kann in einer solchen Konstellation ausnahmsweise verzichtet werden, falls *sämtliche* Anforderungen für den Ausnahmetatbestand des Kaufs von Gütern an einer Warenbörse erfüllt sind. Hierfür wäre etwa vorausgesetzt, dass das Stromgeschäft *anonymisiert* über eine *Plattform* abläuft, ohne dass die potenziellen Vertragspartner wissen, wer hinter dem Angebot bzw. der Nachfrage steht.<sup>104</sup> 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 haben und *effektiv* daran partizipieren; nur unter solchen Voraussetzungen könnte von einem *unter Wettbewerbsbedingungen* zu Stande gekommenen Strompreis gesprochen werden. Die Begründungs- und Dokumentationspflicht für das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands liegt beim öffentlichen Auftraggeber.<sup>105</sup>

## 5.4 Publikationspflicht

53. Im offenen und im selektiven Verfahren haben die öffentlichen Auftraggeber die Vorankündigung, die Ausschreibung, den Zuschlag sowie den Abbruch des Verfahrens auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen zu veröffentlichen.<sup>106</sup> Praxisgemäss erfolgen solche Publikationen auf simap.ch.

54. Auch Beschaffungen, für die ein freihändiges Vergabeverfahren durchgeführt werden darf, erfolgen nicht nach Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Vielmehr ist das freihändige Verfahren ebenfalls regelbasiert und es sind die für dieses massgeblichen Vorgaben des internationalen und nationalen Beschaffungsrechts einzuhalten.<sup>107</sup> Insbesondere sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Zuschlüsse, die im Staatsvertragsbereich *freihändig* erteilt wurden, zu publizieren.<sup>108</sup> Insofern müssen freihändig erteilte Zuschlüsse für Strombeschaffungen, die in den Geltungsbereich des GPA 2012 fallen (oben, Rz 10 ff.), veröffentlicht werden, wenn der Schwellenwert des offenen oder selektiven Verfahrens erreicht wird.<sup>109</sup> Dies ermöglicht es allfälligen Konkurrenten auch, dagegen Beschwerde zu führen.

## 6 Ausnahmetatbestände vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts

55. Im BöB und der IVöB ist ein inhaltlich identischer Katalog von Konstellationen enthalten, die vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen sind. Es handelt sich dabei

<sup>102</sup> Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 7 f.

<sup>103</sup> Vgl. Schreiben WEKO-Sekretariat an Stadt Bern vom 12.12.2019 (Fn 83), 15 ff.

<sup>104</sup> VSE, Q&A (Fn 73), 6, Sachverhalt 5.

<sup>105</sup> Der öffentliche Auftraggeber hat über jeden freihändig vergebenen Auftrag über dem massgeblichen Schwellenwert des freihändigen Verfahrens eine Dokumentation zu verfassen. Diese muss insbesondere eine Darlegung der Gründe und Umstände enthalten, die einen Verzicht auf ein offenes oder selektives oder ein Einladungsverfahren begründen; vgl. Art. Artikel XIII Ziff. 2 GPA 2012; Art. 21 Abs. 3 IVöB 2019; Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 58.

<sup>106</sup> Vgl. Art. VII Abs. 1 GPA 2012; Art. 48 Abs. 1 S. 1 IVöB 2019.

<sup>107</sup> Vgl. Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 52.

<sup>108</sup> Vgl. Art. 48 Abs. 1 S. 2 IVöB 2019.

<sup>109</sup> PHILIP WALTER, in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 54), Art. 48 N 5.

um eine *abschliessende* Aufzählung. Alle Ausnahmen sind bereits im Staatsvertragsrecht enthalten oder ergeben sich aus einem Vorbehalt der Schweiz anlässlich ihres Beitritts zum jeweiligen Übereinkommen.<sup>110</sup> Da die ausnahmsweise Zulassung der freihändigen Auftragsvergabe eine Möglichkeit zur Umgehung der Ausschreibungspflicht schafft, darf eine solche Ausnahmesituation nicht leichthin angenommen werden. Es ist eine *restriktive* Auslegung der Ausnahmetatbestände angebracht.<sup>111</sup> Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verankerung im BöB und in der IVöB besteht für die öffentlichen Auftraggeber auf kantonaler und kommunaler Ebene generell eine Pflicht zur Aktenführung, Begründung und Rechenschaftsablage. Durch die Dokumentation muss insbesondere auch nachvollziehbar sein, aus welchen Gründen ein Ausnahmetatbestand vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts einschlägig war.<sup>112</sup> Nachfolgend werden diejenigen Ausnahmetatbestände kurz dargestellt, die für Strombeschaffungen relevant sein können.

## 6.1 Inhouse-Vergabe

56. Von einer «Inhouse-Beschaffung» ist die Rede, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine dem Vergaberecht unterstellte Beschaffung *hausintern* – d. h. innerhalb *derselben* juristischen Person oder Gebietskörperschaft – tätigt, der öffentliche Auftraggeber und der Leistungserbringer mithin ein- und derselben rechtlichen Einheit zugehören. In einer solchen Konstellation wird die *Leistung vollständig innerhalb der Staatsphäre* erbracht und es erfolgt kein tatsächlicher Kauf am Markt.<sup>113</sup> Diese Ausnahmekonstellation wird neuerdings im BöB und in der IVöB 2019 ausdrücklich geregelt.<sup>114</sup> Sie wurde allerdings bereits zuvor von der Lehre und Rechtsprechung anerkannt.<sup>115</sup>

57. Insofern kommen die Regeln des Beschaffungsrechts bspw. nicht zur Anwendung, wenn ein rechtlich unselbständiges Gemeindewerk für die Kommune die Stromversorgung vornimmt.

## 6.2 Quasi-Inhouse-Vergabe

58. Nicht in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts fallen zudem die sog. «Quasi-Inhouse-Vergaben». Neuerdings befindet sich im BöB und in der IVöB 2019 eine ausdrückliche Grundlage für diesen Ausnahmetatbestand.<sup>116</sup> Gemäss den Ausführungen in der Musterbotschaft kodifiziert diese Regelung die wesentlichen Voraussetzungen und Entscheidungsgründe der Praxis, die vom EuGH in einer Reihe von Entscheiden weiterentwickelt wurde.<sup>117</sup> In Orientierung an der Gesetzgebung der EU<sup>118</sup> und der Rechtsprechung des EuGH seit dem sog.

---

<sup>110</sup> Botschaft zum rev. BöB (Fn 21), BBl 2017 1851 ff., 1903.

<sup>111</sup> Vgl. zum Bundesrecht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1570/2015 vom 7.10.2015, E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. hierzu auch das Urteil des EuGH C-337/05 vom 8.4.2008, Rz 57 ff., *Kommission/Italienische Republik*.

<sup>112</sup> FELIX TUCHSCHMID, in: Handbuch Beschaffungsrecht (Fn 54), Art. 10 N 35.

<sup>113</sup> DIEBOLD/LUDIN (Fn 1), Rz 95; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 250 f.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 1145 ff., 1151 f.; Musterbotschaft IVöB 2019 (Fn 26), 40; RPW 2014/4, 788 Rz 29, *Gutachten eOperationsSchweiz*.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. c IVöB 2019; vgl. hierzu auch Anhang I, Annex 7, Ziff. 1(b) GPA 2012; MARTIN BEYELER, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, in: Jusletter vom 22.12.2014, Rz 36 ff., Rz 54 und 56 ff.

<sup>115</sup> Vgl. z. B. BVGE 2011/17, E. 2; Urteil VGer ZH VB.2006.00145 vom 5.4.2006, insb. E. 1.2; MARTIN BEYELER, Inhouse & Co.: Zuhause ist es am schönsten, in: Kriterium Nr. 39 / Juni 2015, 2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 250 f.

<sup>116</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 3 Bst. c BöB und Art. 10 Abs. 2 Bst. d IVöB 2019.

<sup>117</sup> Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung seien für die Auslegung der Bestimmung nicht bindend, sollten aber nicht vernachlässigt werden; vgl. Musterbotschaft zur IVöB 2019 (Fn 26), 40.

<sup>118</sup> Vgl. Art. 12 RL 2014/24/EU (EU-Vergaberechtsrichtlinie) und Art. 28 RL 2014/25/EU (EU-Sektorenrichtlinie).

«Teckal»-Urteil<sup>119</sup> müssen nach der herrschenden Vergaberechtslehre und -praxis in der Schweiz für das Vorliegen einer «Quasi-Inhouse-Vergabe» *kumulativ drei* Voraussetzungen erfüllt sein:<sup>120</sup>

- 1) Der öffentliche Auftraggeber kontrolliert die Leistungserbringerin *alleine* wie seine eigene Dienststelle, indem er sie über seine Beteiligung kapitalmässig oder personell beherrschen kann («Kontrollkriterium»).
- 2) Die Leistungserbringerin ist im Wesentlichen für den sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig («Tätigkeitskriterium»).
- 3) An der Leistungserbringerin dürfen neben dem Staat *keine Privaten* beteiligt sein.

59. Im Kontext mit Strombezügen wird eine solche Ausnahmekonstellation wohl eher selten vorkommen, da es meist nur schon am erforderlichen *Tätigkeitskriterium* fehlen wird. Staatlich beherrschte EVU werden in der Regel nicht einen bestimmten öffentlichen Auftraggeber *im Wesentlichen* mit Strom versorgen.

### 6.3 Instate-Vergabe

60. Im GPA 2012 wird eine weitere Ausnahme vom Geltungsbereich des Abkommens für sog. «Instate-Vergaben» vorgesehen. Demnach ist das GPA 2012 nicht anwendbar, falls der jeweilige Leistungserbringer selbst als öffentlicher Auftraggeber subjektiv dem Beschaffungsrecht untersteht. Weitere Bedingungen werden nicht an die Ausnahme geknüpft.<sup>121</sup> Den Mitgliedstaaten des GPA steht es frei, strengere Voraussetzungen für solche «Instate-Vergaben» festzulegen.

61. Die Schweiz hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Gemäss dem per 1. Januar 2021 in Kraft getretenen BöB und der IVöB 2019 findet das Beschaffungsrecht keine Anwendung bei *rechtlich selbstständigen* Auftragnehmern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit sie diese Leistungen *nicht im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen* erbringen.<sup>122</sup> Voraussetzung für den Wegfall der Ausschreibungspflicht ist insofern, dass der *Wettbewerb nicht verfälscht* wird und das Instate-Geschäft *wettbewerbsneutral* abgewickelt werden kann.<sup>123</sup>

62. Sollte es sich bspw. so verhalten, dass ein EVU, welches selber als öffentlicher Auftraggeber in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts fällt, als Stromlieferant eines öffentlichen Auftraggebers *gleichzeitig* auch *private* Kundinnen und Kunden zu *Marktkonditionen* mit Elektrizität beliefert, liegt demnach keine vergabefreie Instate-Beschaffung vor.

---

<sup>119</sup> Urteil des EuGH C-107/98 vom 11.11.1999, Rz 50, *Teckal*, bestätigt im Urteil des EuGH C-553/15 vom 8.12.2016, Rz 6, *Undis Servizi*.

<sup>120</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich: BEYELER, Geltungsanspruch (Fn 31), Rz 1145 ff. und 1222 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 252 f.; Urteil des EuGH C-340/04 vom 11.5.2006, Rz 36 und 38, *Carbotermo* und *Consortio Alisei*; VGer AG, WBE.2012.159 vom 1.7.2013, E. II/2.1 f.; VGer VD GE.2007.0013 vom 6.11.2009, E. 3a; VGer VD MPU.2011.020 vom 16.3.2012, E. 6b; VGer AG WBE 2012.159 vom 1.7.2013, E. 2.1 und 2.2; KGer VS, A1 09 163 vom 3.12.2009, E. 4.2 f.; RPW 2014/4, 788 Rz 29, *Gutachten eOperationsSchweiz*.

<sup>121</sup> Vgl. Anhang I, Annex 7 B, Ziff. 1 GPA 2012.

<sup>122</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 3 Bst. b BöB und Art. 10 Abs. 2 Bst. b IVöB 2019.

<sup>123</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 56), Rz 256; FELIX TUCHSCHMID, in: Handkommentar Beschaffungsrecht (Fn 55), Art. 10 Rz 38.

## 7 Empfehlungen

64. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

### A. Empfehlungen zur Einhaltung der Vorgaben im BGBM sowie im internationalen und kantonalen Beschaffungsrecht hinsichtlich der Ausschreibungspflicht von Stromlieferungen

#### A-1. Geltungsbereich des BGBM und des Beschaffungsrechts im Kontext mit Stromlieferungen

Strombezüge von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch sowie von Verteilnetzbetreibern zur Endkundenversorgung unterstehen als öffentliche Lieferaufträge dem BGBM sowie dem internationalen und nationalen Beschaffungsrecht.

#### A-2. Strombezüge von öffentlichen Auftraggebern zum Eigenverbrauch

Strombezüge von zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, der Sektorenauftraggeber sowie von privaten Trägern öffentlicher Aufgaben zum Eigenverbrauch, insbesondere für Verwaltungsgebäude und öffentliche Verkehrsmittel, sind öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert von 250 000 Franken erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

#### A-3. Strombezüge von Verteilnetzbetreibern zur Endkundenversorgung

Strombezüge zur Versorgung der festen Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung sind von den von den Kantonen bezeichneten Verteilnetzbetreibern öffentlich auszuschreiben, falls der Schwellenwert von 250 000 Franken erreicht wird und kein anerkannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

#### A-4. Publikation von beabsichtigten freihändigen Vergaben

Strombeschaffungen im Geltungsbereich des GPA 2012, die freihändig durchgeführt werden sollen, obwohl der Auftragswert den Schwellenwert für das selektive oder das offene Verfahren erreicht, sind vor dem Vertragsabschluss auf [simap.ch](http://simap.ch) zu veröffentlichen.

### Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann  
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey  
Direktor

Kopien an:

*Behörden und Behördenzusammenschlüsse:*

Energiedirektorenkonferenz  
Schweizerischer Gemeindeverband  
Kantonale Gemeindeverbände  
Städteverband  
Generalsekretariat UVEK  
Eidgenössische Elektrizitätskommission  
Preisüberwacher

*Berufsverbände:*

Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen  
Dachverband Schweizer Verteilnetzbetreiber  
Ausgewählte Energieversorgerverbände