

Ausschreibepflicht bei der Energiebeschaffung – muss das sein?

Dr. Gregor Bachmann, Rechtsanwalt / Thomas Geiger, Rechtsanwalt

VTE-Anlass, Weinfelden, 23. Februar 2023

ESA-Anlass, St. Gallen, 1. März 2023

INHALTSVERZEICHNIS

- I. Grundlagen und anwendbares Recht
- II. Unterstellung unter das Beschaffungsrecht
- III. Wahl des Beschaffungsverfahrens
- IV. Ausnahmen
- V. Freihändige Vergabe
- VI. Einzelne Konstellationen
- VII. Fazit / Umsetzung der «Ausschreibungspflicht» in der Praxis

I. GRUNDLAGEN UND ANWENDBARES RECHT

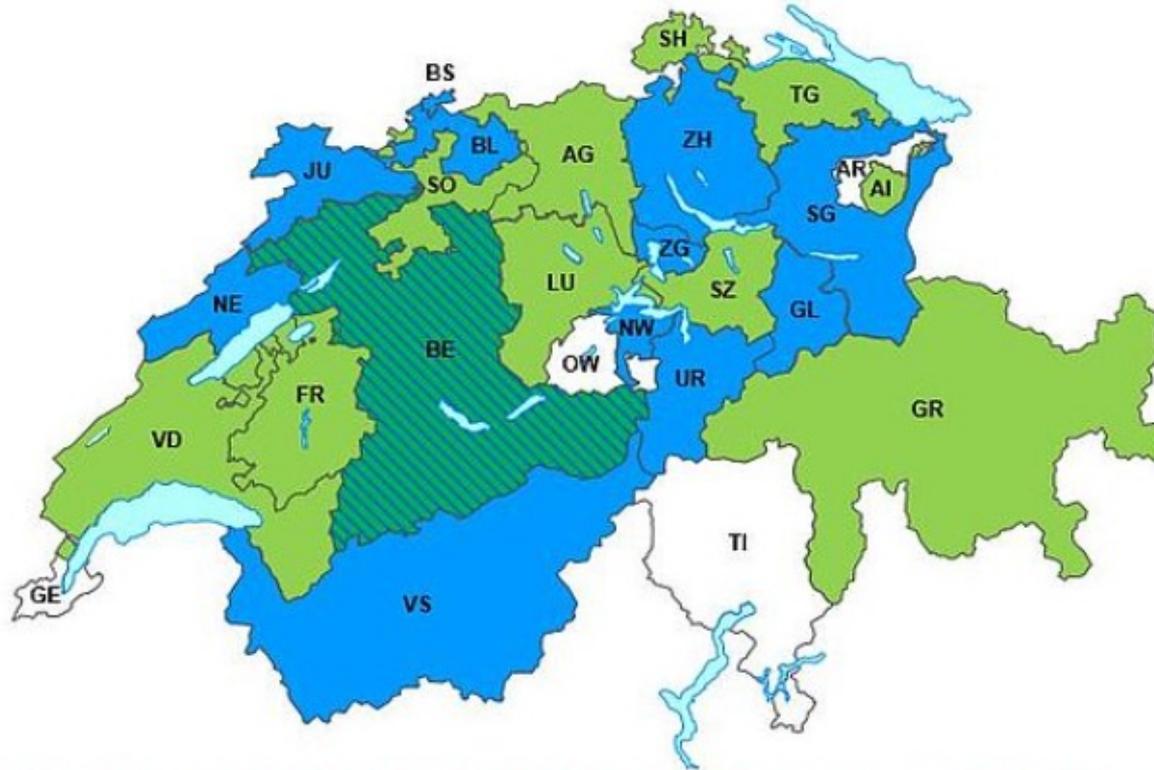
– Beschaffungsrechtliche Grundlagen

- Öffentliche Auftraggeber unterliegen nur beschränkt dem Wettbewerb
- Schaffung von **Wettbewerb** durch Beschaffungsrecht
- **Grundsätze:** Wirtschaftlichkeit / Gleichbehandlung / Transparenz

– Anwendbares Recht

- Staatsvertragsbereich (**GPA, BAöB**)
- Beschaffungen des Bundes: Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (**BöB**)
- Kantonale Beschaffungen: Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**IVöB**)

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 01.01.2023)



Der Kanton Bern ist nicht Mitglied der IVöB2019. Er wendet diese interkantonale Vereinbarung als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

IVöB 2019 in Kraft

Kantonales Beitrittsverfahren läuft

II. UNTERSTELLUNG UNTER DAS BESCHAFFUNGSRECHT

- **Fokus:** Stromlieferung durch EVU als Verteilnetzbetreiber
- **Problematik:**
 - Belieferung **fester Endkunden** in der *Grundversorgung*: **Monopol** des Verteilnetzbetreibers (kein Wettbewerb)
 - Schaffung von **Wettbewerb** über das öffentliche Beschaffungsrecht
- **Beschaffung von Strom zur Belieferung fester Endkunden**
 - unterliegt grundsätzlich dem Beschaffungsrecht
- **Beschaffung von Strom zur Belieferung freier Endkunden**
 - unterliegt dem Beschaffungsrecht **nicht**

III. WAHL DES BESCHAFFUNGSVERFAHRENS

- **Verfahren abhängig von Schwellenwerten**
 - massgebend: **Beschaffungsvolumen**
 - Aufteilung von Aufträgen unzulässig (**Zerstückelungsverbot**)
- **Schwellenwerte**
 - < **CHF 150'000.00**: **freihändiges Verfahren**
 - keine Ausschreibung notwendig
 - ab CHF 150'000.00: **Einladungsverfahren**
 - Einholung von mindestens 3 Angeboten
 - ab CHF 250'000.00: **offenes Verfahren**
 - öffentliche Ausschreibung auf der Plattform simap

IV. AUSNAHMEN

- **Inhouse-Beschaffungen**
 - Leistungserbringer muss unselbständige Organisationseinheit des Auftraggebers sein
 - z.B. Stromeinkauf bei eigenem Werk ohne Rechtspersönlichkeit
- **Quasi-Inhouse Beschaffungen**
 - Auftraggeber übt Kontrolle über Leistungserbringer aus
 - überwiegend für öffentliche Auftraggeber tätig (> 80%)
 - z.B. Tochtergesellschaften, Partnerwerke (JV)
- **Instate-Beschaffungen > keine grosse Relevanz**

V. FREIHÄNDIGES VERFAHREN

- **Unterschwelliger Auftragswert**
 - Wenn Kostenschätzung (deutlich?) tiefer als Schwellenwert für Einladungsverfahren
 - Zerstückelungsverbot
- **Stromkauf an der „Börse“**
 - WEKO-Empfehlung (umstritten): EPEX-Spotmarkt, OTC-Handel (wenn anonym und möglichst viele Marktteilnehmer)
 - Publikation auf simap.ch?
- **Dringlichkeit**

Unvorhersehbares Ereignis (z.B. ausserordentliche Kälteperiode), nicht selbstverschuldet, keine mildereren Mittel (Fristverkürzung o.ä.)

VI. EINZELNE KONSTELLATIONEN

- **Strom-Einkauf für Energieversorgung**
 - zu Gunsten Grundversorgung und/oder Marktkunden?
 - Präponderanz-Methode und Verbot der Rechtsumgehung
- **Eigengebrauch (z.B. Strassenbeleuchtung)**

vergaberechtsfrei, wenn es sich beim öffentlichen Auftraggeber um einen „festen“ Endverbraucher handelt
- **„Interne“ Bezüge**

bei einem Gemeinde-Kraftwerk (inhouse oder AG) oder Partnerwerk (sofern dieses im Wesentlichen für die öffentlichen Teilhaber tätig ist)

VII. FAZIT / UMSETZUNG DER „AUSSCHREIBUNGSPFLICHT“ IN DER PRAXIS

- Partnerauswahl (Empfehlung VSE)
- Strukturierte Beschaffungen mittels Rahmenverträgen
- Einkauf innerhalb der Staatssphäre
- Strombezug „an der Börse“ (o.ä.)
- Publikation auf simap.ch?

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT!



Kellerhals
Carrard

Dr. Gregor Bachmann

Dr. iur., Rechtsanwalt
Associate

Kellerhals Carrard Bern KIG
Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern

Direktwahl +41 58 200 35 28
gregor.bachmann@kellerhals-carrard.ch

Thomas Geiger

MLaw, Rechtsanwalt
Senior Associate

Kellerhals Carrard Bern KIG
Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern

Direktwahl +41 58 200 35 28
thomas.geiger@kellerhals-carrard.ch