

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

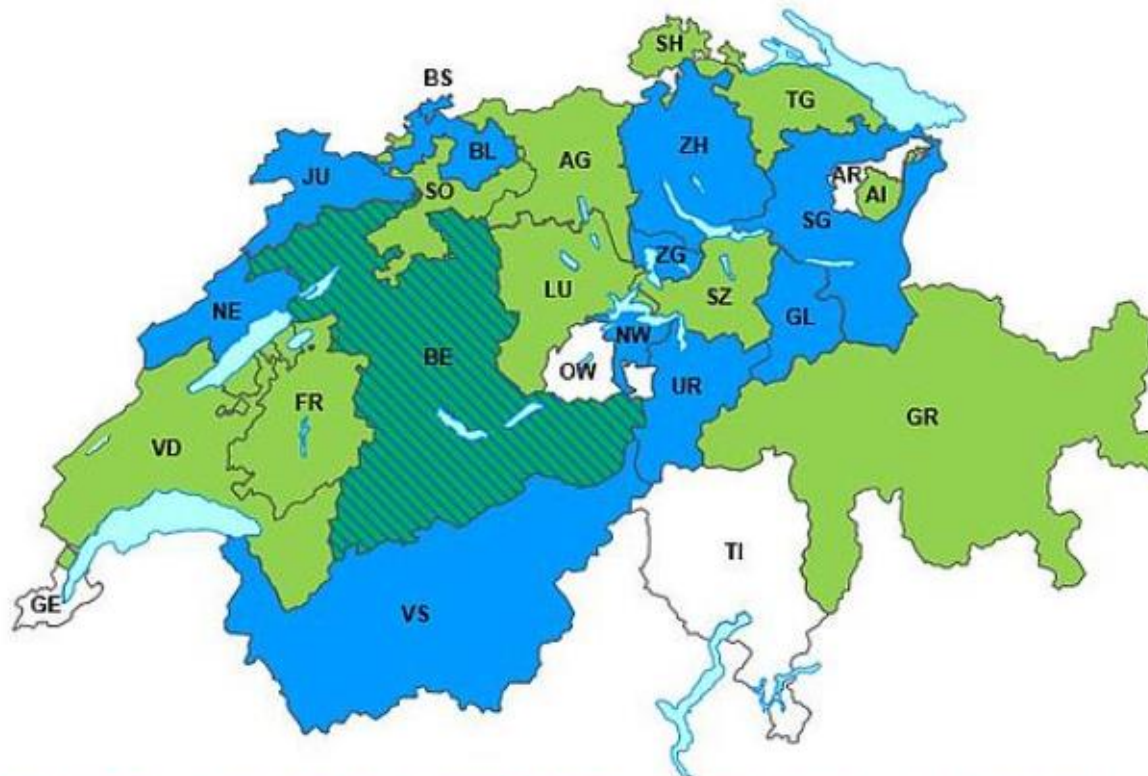
INHALTSVERZEICHNIS

- 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

© BFS, ThemaKart - Neuchâtel 2012

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