

Vergabe News | **43**

Erneuerbare Energieprojekte: Wann greift das Beschaffungsrecht?

Die Schweiz verfolgt ambitionierte Klimaziele: Bis 2030 sollen die Treibhausgasemissionen um 50 % gegenüber 1990 sinken, bis 2050 streben Bund und Kantone Netto-Null an. Ein zentraler Baustein dieser Strategie ist die Reduktion der Treibhausgasemissionen im Energiesektor und der damit verbundene Ausbau erneuerbarer Energien. Entsprechend werden derzeit zahlreiche Projekte insbesondere in den Bereichen Solar- und Wasserkraft sowie Fernwärme geplant und umgesetzt.

Aufgrund der häufig bestehenden öffentlichen Projektbeteiligung – sei es über die Projektträgerschaft oder den Einsatz öffentlicher Mittel – rückt auch das öffentliche Beschaffungsrecht in den Fokus. Projektträger sehen sich mit der Frage konfrontiert, ob und in welchem Umfang beschaffungsrechtliche Vorgaben einzuhalten sind.

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die beschaffungsrechtlichen Rahmenbedingungen und zeigt auf, welche Aspekte in der Praxis besondere Aufmerksamkeit verdienen.



RAMONA WYSS

MLaw, LL.M., Rechtsanwältin
Partnerin
Telefon +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com



ISABELL SCHELLHAS

Rechtsanwältin (Rechtsanwaltskammer Kassel)
Associate
Telefon +41 58 658 55 51
isabell.schellhas@walderwyss.com

1. Wann unterstehen erneuerbare Energieprojekte dem Beschaffungsrecht?

Das öffentliche Beschaffungsrecht findet Anwendung, wenn

- die Auftraggeberin dem subjektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts untersteht; und
- die zu beschaffenden Leistungen vom objektiven Geltungsbereich der einschlägigen Erlasse[1] erfasst sind.

Sind beide Voraussetzungen erfüllt, unterliegt das Vorhaben grundsätzlich dem Beschaffungsrecht. Für Projektträger ist es daher entscheidend, diese Fragen frühzeitig und sorgfältig zu prüfen.

1.1. Subjektiver Geltungsbereich

Dem subjektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts unterstehen nicht nur Behörden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts, sondern auch sog. Sektorenunternehmen und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben.[2] Zudem erfasst das Beschaffungsrecht auf subjektiver Ebene Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 % ihrer Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.[3]

a) Sektorenunternehmen

Voraussetzung für eine Unterstellung als Sektorenunternehmung ist zunächst die Tätigkeit in einem der in Art. 4 Abs. 2 IVöB genannten Sektoren. Dazu gehört insbesondere das Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, Fortleitung oder Verteilung von elektrischer Energie, Gas oder Wärme sowie die Versorgung dieser Netze.[4]

Im Weiteren ist zu differenzieren: Öffentliche Unternehmen sind dem Beschaffungsrecht in Bezug auf ihre Tätigkeit in den genannten Sektoren ohne Weiteres subjektiv unterstellt. Als öffentliche Unternehmen gelten – unabhängig von ihrer Rechtsform – sämtliche Unternehmen, auf die staatliche Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können.[5] Vor diesem Hintergrund gelten Unternehmen im Energiesektor häufig bereits aufgrund ihrer Eigentümerstruktur oder bestehender Einflussmöglichkeiten als öffentliche (Sektoren-)Unternehmen.

Aber auch private Unternehmen ohne staatliche Beherrschung können als Sektorenunternehmen qualifizieren. Voraussetzung ist, dass sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen und über ausschliessliche oder besondere Rechte verfügen, die ihnen eine ökonomische Exklusivstellung einräumen und dadurch eine Konkurrenz durch Dritte ausschliessen. Nicht ausreichend sind hingegen etwa Polizeibewilligungen oder andere Zulassungen, sofern diese unter gleichen Bedingungen auch Konkurrenten offenstehen.[6]

Beispiele für solche ausschliesslichen oder besonderen Rechte sind Konzessionen nach der Wasser- oder Kernenergiegesetzgebung.[7] Entsprechende Rechte können auch für Wärmeverbünde gewährt werden, während sie bei Projekten zur Stromproduktion aus Wind- oder Sonnenenergie in der Regel nicht bestehen. Vorbehalten bleibt jedoch auch hier eine Unterstellung gestützt auf andere Tatbestände, namentlich bei mehrheitlicher Subventionierung (vgl. Ziff. 1.1 Bst. b).

---

1 Mit Blick auf die Ratifizierung der 2012 verabschiedeten Neufassung des WTO-Beschaffungsübereinkommens (Government Procurement Agreement bzw. GPA) durch die Schweiz haben Bund und Kantone ihr Beschaffungsrecht einer Totalrevision unterzogen und weitgehend harmonisiert. Diese staatsvertraglichen Verpflichtungen werden auf Bundesebene im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB) sowie auf kantonaler und kommunaler Ebene durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) umgesetzt.

2 Da Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben im Bereich erneuerbarer Energieprojekte eine Randerscheinung bilden, wird im vorliegenden Beitrag nicht näher darauf eingegangen.

3 Vgl. Art. 4 Abs. 2 BöB/IVöB und Art. 4 Abs. 4 IVöB.

4 Vgl. Art. 4 Abs. 2 Bst. b und g BöB/IVöB.

5 Vgl. Art. 3 Bst. b BöB/IVöB.

6 Vgl. Daniel Zimmerli, in: Hans Rudolf Trüeb, BöB-Kommentar, Art. 4 N 37.

7 Vgl. Anhang I Annex 3 Ziff. 2 GPA 2012.

Anders als staatliche Behörden unterstehen Sektorenauftraggeberinnen dem Beschaffungsrecht zudem nur, soweit der konkrete Beschaffungsvorgang ihrer Sektorenkerntätigkeit dient.[8] Dies ist der Fall, wenn die Beschaffung direkt oder indirekt funktional zur fachgerechten und zeitgemässen Erfüllung dieser Kerntätigkeit erforderlich ist.

b) Mehrheitlich subventionierte Leistungen und Objekte

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs[9] werden zudem Objekte und Leistungen erfasst, die zu mehr als 50 % ihrer Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.[10] Dies führt zu einer direkten (Teil-)Unterstellung der handelnden Einheiten unter das Beschaffungsrecht, selbst wenn diese ansonsten nicht vom subjektiven Geltungsbereich erfasst wären.

Als öffentliche Gelder gelten Finanzhilfen und Abgeltungen der öffentlichen Hand sowie von Organisationen aus dem öffentlichen Umfeld. Der Begriff «Gelder» ist dabei weit zu verstehen: Er umfasst jede wirtschaftliche Begünstigung des Subventionsempfängers, unabhängig davon, ob diese in Form von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen erfolgt. Massgeblich ist zudem der Finanzierungsgrad des konkreten Projekts bzw. Auftrags. Bislang nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ob Bundessubventionen zu einer Unterstellung gestützt auf die Subventionsklausel in der IVöB[11] führen.

In der Folge unterstehen Projekte, die zu mehr als 50 % durch staatliche Investitionszuschüsse gefördert werden, auf subjektiver Ebene grundsätzlich dem Beschaffungsrecht.

8 Vgl. Art. 4 Abs. 3 BöB/IVöB.

9 Dem Staatsvertragsbereich unterstehen (1) Bauleistungen gemäss der Positivliste in Anhang I Annex 6 GPA 2012 / Anhang 1 BöB, (2) Dienstleistungen gemäss Anhang I Annex 5 GPA 2012 / Anhang 3 BöB und (3) grundsätzlich alle Warenlieferungen (Anhang I Annex 2 GPA 2012 / Anhang 2 BöB mit Positivliste für Verteidigung und Sicherheit), sofern der konkrete Auftrag die Schwellenwerte nach Anhang 4 Ziff. 1 BöB / Anhang 1 IVöB erreicht (Art. 8 Abs. 4 BöB).

10 Vgl. Art. 4 Abs. 4 IVöB.

11 Vgl. Art. 4 Abs. 4 IVöB.

1.2. Objektiver Geltungsbereich

Damit das Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangt, muss zusätzlich auch der objektive Geltungsbereich eröffnet sein. Erfasst sind Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, sofern die massgebenden Schwellenwerte überschritten werden. Abhängig von diesen Schwellenwerten bestimmt sich zugleich das anzuwendende Vergabeverfahren.[12] Für Sektorenunternehmen und mehrheitlich subventionierte Projekte gelten unterschiedliche Schwellenwerte, da letztere nur ausserhalb des Staatsvertragsbereichs erfasst sind.

Für Sektorenunternehmen unterscheiden sich die Schwellenwerte für den Staatsvertragsbereich je nach Sektor: In den Bereichen Wasser, Energie und Verkehr liegen sie bei CHF 700'000 für Liefer- und Dienstleistungen sowie bei CHF 8.7 Mio. für Bauleistungen. Im Wärmebereich gelten Schwellenwerte von CHF 640'000 bzw. CHF 8.0 Mio. Oberhalb dieser Schwellenwerte kommt das offene[13] oder das selektive[14] Verfahren zur Anwendung.

Für mehrheitlich subventionierte Projekte und Aufträge von Sektorenunternehmen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gelten demgegenüber folgende Schwellenwerte: Das Einladungsverfahren[15] kommt bei Lieferungen, Dienstleistungen und im Baunebengewerbe ab einem Auftragswert von CHF 150'000 zur Anwendung, im Bauhauptgewerbe ab CHF 300'000. Das offene bzw. selektive Verfahren ist bei Lieferungen, Dienstleistungen und im Baunebengewerbe ab CHF 250'000 sowie im Bauhauptgewerbe ab CHF 500'000 durchzuführen.

12 Vgl. Art. 17 BöB/IVöB.

13 Im offenen Verfahren schreibt die Auftraggeberin den Auftrag öffentlich aus; alle Anbieterinnen können daraufhin ein Angebot einreichen, vgl. Art. 18 BöB/IVöB.

14 Im selektiven Verfahren schreibt die Auftraggeberin den Auftrag öffentlich aus und fordert interessierte Anbieterinnen auf, einen Teilnahmeantrag einzureichen. Anschliessend wählt die Auftraggeberin die geeigneten Anbieterinnen aus, die zur Einreichung eines Angebots eingeladen werden. Dabei sind, wenn möglich, mindestens drei Anbieterinnen zur Angebotsabgabe zuzulassen, vgl. Art. 19 BöB/IVöB.

15 Im Einladungsverfahren bestimmt die Auftraggeberin, welche Anbieterinnen sie ohne öffentliche Ausschreibung zur Angebotsabgabe einladen will. Dabei sollen, wenn möglich, mindestens drei Angebote eingeholt werden, vgl. Art. 20 BöB/IVöB.

Im Zusammenhang mit der Planung, Realisierung und dem Betrieb von Projekten im Bereich der erneuerbaren Energien werden regelmässig Bau-, Liefer- und Dienstleistungen Dritter in Anspruch genommen. Da diese Leistungen jeweils auf einem entgeltlichen Austausch von Leistung und Gegenleistung beruhen, sind die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftrags[16] in der Regel erfüllt. Werden die massgeblichen Schwellenwerte erreicht, sind die Beschaffungen grundsätzlich auszuschreiben.

2. Mögliche Ausnahmen

Das Beschaffungsrecht kennt verschiedene Ausnahmebestimmungen, die sowohl den subjektiven (unterstellte Auftraggeberinnen) als auch den objektiven (unterstellte Aufträge) Geltungsbereich betreffen. Ob Ausnahmen zur Anwendung kommen, hängt stets von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Angesichts der vielfältigen Kooperationsformen im Energiebereich ersetzt die nachfolgende Kurzdarstellung daher keine individuelle Prüfung.

2.1. Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung

Das Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung besagt, dass eine Auftragnehmerin nach erfolgtem Zuschlag für nachgeordnete Beschaffungen, die sie zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags bei Dritten tätigt, grundsätzlich nicht den Vorgaben des Beschaffungsrechts untersteht.[17]

Nach unserer Auffassung kann dieses Prinzip auch dann zur Anwendung gelangen, wenn die in einem Vergabeverfahren bestimmte Auftragnehmerin zur Erfüllung ihres Auftrags weitere Be-

16 Vgl. Art. 8 Abs. 1 BöB/IVöB.

17 Dieses Prinzip hat zwar keine Aufnahme in den Gesetzes- oder Vereinbarungstext gefunden, wurde jedoch von kantonalen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten bereits unter dem früheren Beschaffungsrecht ausdrücklich anerkannt, vgl. hierzu Thomas P. Müller, in: Hans Rudolf Trüeb, BöB-Kommentar, Art. 9 N 14; Martin Beyeler, Geltungsanspruch, Rz. 592 ff. mit weiteren Hinweisen.

schaffungen vornehmen will oder muss. Erforderlich bleibt jedoch auch in diesem Fall eine konkrete Prüfung des Einzelfalls.

2.2. Ausnahmen in Bezug auf unter Wettbewerbsverhältnissen erbrachte Leistungen

Eines der Hauptziele des Beschaffungsrechts besteht darin, einen wirtschaftlichen bzw. effizienten Einsatz staatlicher Mittel sicherzustellen.[18] Übernehmen ausnahmsweise Marktkräfte, namentlich der Wettbewerbsdruck auf nachgelagerten Märkten, diese Steuerungsfunktion, erübrigt sich grundsätzlich der Rückgriff auf die vergleichsweise schwerfälligen Vorgaben des Beschaffungsrechts.

Das Beschaffungsrecht trägt diesem Gedanken insbesondere mit den Ausnahmebestimmungen in Art. 7 sowie Art. 10 Abs. 1 Bst. a BöB/IVöB Rechnung.

a) «Ausklinkung» von Sektoren, Art. 7 BöB/IVöB

Besteht in einem Sektorenmarkt wirksamer Wettbewerb, können Beschaffungen in diesem Markt ganz oder teilweise durch den Bundesrat vom Beschaffungsrecht ausgenommen werden. Erforderlich hierfür ist das Durchlaufen eines sog. Ausklinkverfahrens, das auf Vorschlag einer Auftraggeberin oder des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) eingeleitet werden kann. Das Verfahren mündet in eine abstrakte Verordnung, auf die sich anschliessend alle Unternehmen im betreffenden Sektorenmarkt berufen können. Eine Befreiung kann daher nicht unmittelbar und individuell auf Art. 7 BöB/IVöB gestützt werden.

Vor diesem Hintergrund ist für den betreffenden Sektor jeweils zu prüfen, ob bereits eine entsprechende Verordnung des Bundesrats existiert oder ob der Markt überhaupt für die Durchführung eines Ausklinkverfahrens geeignet ist. In der Praxis dürfte Letzteres aufgrund der häufig nur kleinräumig abgrenzbaren Märkte oftmals nicht der Fall sein.

b) Beschaffung von Leistungen im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf, Art. 10 Abs. 1 Bst. a BöB/IVöB

Darüber hinaus sieht Art. 10 Abs. 1 Bst. a BöB/IVöB eine Ausnahmemöglichkeit auf der Ebene des individuellen Beschaffungsgeschäfts vor. Die Bestimmung gelangt zur Anwendung, wenn die Auftraggeberin eine Leistung beschafft, um auf einem nachgelagerten Markt gewerblich, d.h. unter Wettbewerbsbedingungen, tätig zu werden.

Diese im Vergleich zu Art. 7 BöB/IVöB flexiblere Ausnahme erlaubt eine Einzelfallbetrachtung der konkreten Beschaffung. Entscheidend ist, dass auf dem betroffenen Markt ein wirksamer Wettbewerb besteht. Dies setzt insbesondere voraus, dass Anschlussnehmer bzw. Endverbraucher über alternative Versorgungsmöglichkeiten verfügen und dadurch ein ausreichender Preisdruck auf dem entsprechenden Markt herrscht.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen. Hierzu bedarf es insbesondere einer örtlichen und sachlichen Marktabgrenzung sowie einer Beurteilung der konkreten Wettbewerbsverhältnisse. Hierbei sind auch staatliche Vorgaben, welche Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb haben, sowie allfällige Quersubventionierungen zu berücksichtigen. Verordnet das örtliche Gemeinwesen beispielsweise eine Anschlusspflicht an ein lokales Fernwärmenetz, wird dadurch ein wirksamer Wettbewerb grundsätzlich ausgeschlossen.

Da Anwendbarkeit und Umfang der Ausnahme für verschiedene Auftraggeberinnen bislang nicht höchstrichterlich geklärt sind, ist eine sorgfältige Prüfung und Nachweisführung geboten.

2.3. Weitere Ausnahmen

Darüber hinaus sieht das Beschaffungsrecht weitere, punktuelle Ausnahmen vor. So unterliegen etwa der Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, Bauten oder Anlagen grundsätzlich nicht dem Beschaffungsrecht, sofern diese Vorgänge nicht mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verbunden sind (sog. Grundstücksprivileg).

Zudem können Bauleistungen nach den Bestimmungen für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs vergeben werden, sofern sie zusammen höchstens 20 % des Gesamtwerts des Bauwerks ausmachen und sich darunter keine einzelnen Bauaufträge mit einem Wert von CHF 2.0 Mio. oder mehr befinden (sog. Bagatellklausel).[19]

Vorbehalten bleiben zudem freihändige Vergaben gestützt auf Art. 21 BöB/IVöB.

3. Fazit und Empfehlung für die Praxis

Um kostspielige Verzögerungen zu vermeiden, sollten Projektträger frühzeitig prüfen, ob und in welchem Umfang sie bzw. das geplante Energieprojekt dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen und die Beauftragung Dritter ausschreibungspflichtig ist.

Es empfiehlt sich eine sorgfältige Dokumentation der rechtlichen Beurteilung sowie der internen Entscheidfindung. Dies schafft Transparenz, erhöht die Rechtssicherheit und erleichtert die Nachvollziehbarkeit gegenüber Gerichten im Falle einer späteren Beschwerde.

Vergabe News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2026

18 Vgl. Art. 2 BöB/IVöB.

19 Vgl. Art. 16 Abs. 4 BöB/Art. 16 Abs. 3 IVöB.