Kondensat Rechtsgutachten Dr. Brigitta Kratz zu beschaffungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Realisierung von Photovoltaik-Anlagen ("Solar-Express")

1. **Baurechtsverträge** von Gemeinden mit Projektanten solcher Anlagen, welche die Nutzung öffentlichen Grundes für deren Erstellung und Betrieb regeln, stellen **Veräusserungsgeschäfte** dar und sind als solche **nicht ausschreibungspflichtig**, **es sei denn**, es werden damit **im Einzelfall auch öffentliche Aufgaben** verfolgt, wie z.B. die Stromversorgung der Gemeinde. Wird stattdessen eine Konzession vergeben (was im Ermessen der Gemeinde liegt), dürfte es sich um eine Sondernutzungskonzession handeln, die nach herrschender Ansicht nicht ausschreibungspflichtig ist.
2. **Öffentliche Auftraggeber** (Gemeinden, Verwaltungseinheiten, Einrichtungen öff. Rechts) sind – im Gegensatz zu rein privaten Auftraggebern – **für Leistungsaufträge (Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen gemäss Art. 8 Abs. 2 IVöB),** die sie im Rahmen des "Solar-Expresses" erteilen, **ab Erreichen der Schwellenwerte grundsätzlich dem Vergaberecht (IVöB bzw. kantonales Recht) unterstellt**.
3. Eine Ausnahme gilt, soweit es sich um einen Markt oder Wettbewerbsbereich handelt, wie dies in der Projektierungsphase nach Einschätzung der Gutachterin offenbar der Fall ist.
4. **Verteilnetzbetreiber/EVUs** sind als Sektorenauftraggeber dem Vergaberecht im Kernbereich ihrer Sektorentätigkeit unterstellt. Die **Stromproduktion aus neuen erneuerbaren Energien wie namentlich Photovoltaik** erfolgt nach herrschender Ansicht **ausserhalb des Sektorenkernbereichs,** mit der Folge, dass eine **Ausschreibungspflicht** für diejenigen (privaten) Sektorenauftraggeber **entfällt**, die **nicht als öffentliche Auftraggeber bereits anderweitig dem Vergaberecht unterstellt sind.** Sobald jedoch diese Stromproduktion auch der Sektorentätigkeit dient, wäre die Ausschreibungspflicht ab Erreichen der Schwellenwerte gegeben. Es gilt also namentlich im entsprechenden Investitionsentscheid des Unternehmens eine klare Zuordnung und Abgrenzung vorzunehmen.
5. Die Frage der Unterstellung unter das Vergaberecht **hängt stets von den konkreten Gegebenheiten im Einzelfall ab** und **kann von Phase zu Phase ändern**, so dass sie **phasenweise stets wieder von Neuem zu beurteilen** ist.
6. **Tendenziell** dürfte **im Rahmen des "Solar-Expresses"** die **Dringlichkeitsklausel** (Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB) angerufen werden können. Es liegt jedoch **keine generelle Befreiung** vor, sondern die **Dringlichkeit muss im konkreten Einzelfall situativ geprüft, begründet und dokumentiert werden** (Art. 21 Abs. 3 IVöB). Es dürfen keine Versäumnisse vorliegen.
7. Eine Berufung auf übergeordnete öffentliche Interessen im Sinne von Art. 10 Abs. 3 IVöB (Stromversorgungssicherheit) wäre höchstens ausnahmsweise situativ begründet möglich.
8. Die Einmalvergütung gemäss Art. 71a Abs. 4 EnG als Bundessubvention dürfte bei einer Lebenszyklusbetrachtung der Gesamtkosten i.S. des Gesetzeszwecks von Art. 71a EnG keine Teilunterstellung ausserhalb des Staatsvertragsbereich gemäss Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB für (private) Subventionsempfänger nach sich ziehen.
9. **Im Zweifelsfall wird empfohlen auszuschreiben**.

Bei Fragen zum konkreten Einzelfall können neben kantonalen Fachstellen für das Beschaffungswesen auch die Geschäftsstelle der FöB/BPUK (031 320 16 90,info@bpuk.ch), das Sekretariat der Wettbewerbskommission (058 462 20 40; https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/kontakt/kontakt.html) und das Bundesamt für Energie (058 462 56 11; contact@bfe.admin.ch) kontaktiert werden.