

Postfach 769, CH-8024 Zürich

Vorstand der Fachkonferenz  
für öffentliches Beschaffungswesen FöB  
Haus der Kantone  
Speichergasse 1 / Postfach  
3001 Bern

Dr. iur. Brigitta Kratz, LL.M.  
Rechtsanwältin  
kratz@b-legal.ch

Zürich, 25. August 2023  
KBK/BJU

## Rechtsgutachten

### zu beschaffungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Realisierung von Photovoltaik-Anlagen ("Solar-Express")

**Badertscher Rechtsanwälte AG | Legal Tax Notaries**

Mühlebachstrasse 32  
Postfach 769  
CH-8024 Zürich

T +41 44 266 20 66  
F +41 44 266 20 70

Grafenauweg 6  
Postfach 7243  
CH-6302 Zug

T +41 41 726 60 60  
F +41 41 726 60 66

[www.b-legal.ch](http://www.b-legal.ch)  
[info@b-legal.ch](mailto:info@b-legal.ch)

Die Rechtsanwälte sind in den Anwaltsregistern  
des Kantons Zürich und Zug eingetragen.

## Inhaltsverzeichnis

|            |  |           |
|------------|--|-----------|
| <b>I</b>   | <b>EINLEITUNG</b> .....  | <b>6</b>  |
| <b>II</b>  | <b>FRAGESTELLUNGEN</b> .....   | <b>6</b>  |
| <b>III</b> | <b>AUSGANGSLAGE</b> .....  | <b>7</b>  |
| <b>IV</b>  | <b>BESCHAFFUNGSRECHTLICHE AUSLEGEORDNUNG</b> .....   | <b>9</b>  |
|            | <b>A. Beitritt zur IVöB 2019 als Voraussetzung der Anwendbarkeit derselben</b>                                   | <b>9</b>  |
|            | <b>B. Subjektiver Geltungsbereich der IVöB</b> .....   | <b>10</b> |
|            | <b>1. Zentrale und subzentrale Regierungsstellen gemäss Anhang I, Annexe 1 und 2 zum GPA 2012</b> .....          | <b>10</b> |
|            | <b>2. Staatliche Auftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 1 IVöB</b> .....  | <b>10</b> |
|            | <b>3. Sektorenauftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. b IVöB</b> .....  | <b>11</b> |
|            | <b>4. Weitere Auftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 4 IVöB</b> .....   | <b>14</b> |
|            | <b>5. Vergabe durch beauftragte Drittpersonen gemäss Art. 4 Abs. 5 IVöB</b> .....                                | <b>16</b> |
|            | <b>6. Public-Private Partnerships</b> .....  | <b>16</b> |
|            | <b>7. Allfällige Befreiungsmöglichkeit von der Unterstellung gemäss Art. 7 IVöB</b> .....                        | <b>16</b> |
|            | <b>8. Zum Verhältnis IVöB – Binnenmarktrecht</b> .....   | <b>17</b> |
|            | <b>C. Objektiver Geltungsbereich der IVöB</b> .....  | <b>18</b> |
|            | <b>1. Begriff des öffentlichen Auftrags gemäss Art. II Abs. 2 GPA 2012</b>                                       | <b>18</b> |
|            | <b>2. Schwellenwerte</b> .....   | <b>19</b> |
|            | <b>3. Öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 8 IVöB</b> .....  | <b>20</b> |
|            | <b>4. Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder Verleihung einer Konzession im Sinne von Art. 9 IVöB</b> ..... | <b>21</b> |
|            | <b>5. Spezialgesetzliche Regelungen</b> .....  | <b>23</b> |

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| 6.        | <i>Dringlichkeit als Voraussetzung für ein freihändiges Verfahren</i> .....   | 23        |
| 7.        | <i>Ausnahme aufgrund übergeordneter öffentlicher Interessen im Sinne von Art. 10 Abs. 3 IVöB</i> .....  | 24        |
| <b>V</b>  | <b>KONKRETE EINSCHÄTZUNG UND ANTWORTEN</b> .....  | <b>25</b> |
| <b>A.</b> | <b>Frage 1: Unter welchen Voraussetzungen ist die Projektierung, Erstellung und der Betrieb von Photovoltaik-Grossanlagen vom subjektiven bzw. objektiven Geltungsbereich der IVöB erfasst? Unterliegen die Beschaffungen im Falle einer Unterstellung dem Staatsvertragsbereich? Ist eine Befreiung von der Unterstellung gestützt auf die Auslinkklausel von Art. 7 IVöB denkbar?</b> ..... | <b>25</b> |
| 1.        | <i>Grundsätzliche Unterstellung von öffentlichen Auftraggebern mit Ausnahme des ausschliesslich gewerblichen Tätigkeitsbereichs</i> .....   | 25        |
| 2.        | <i>Fehlende Unterstellung von Privaten und von Tätigkeiten im Wettbewerbsbereich</i> .....  | 26        |
| 3.        | <i>Nichtunterstellung der Sektorenauftraggeber für Tätigkeiten ausserhalb des Kernbereichs</i> .....  | 27        |
| 4.        | <i>Allfällige Befreiung gestützt auf die Auslinkklausel von Art. 7 IVöB</i> .....   | 28        |
| 5.        | <i>Antwort zu Frage 1</i> .....   | 28        |
| <b>B.</b> | <b>Frage 2: Können im Falle einer grundsätzlichen Unterstellung dieser Leistungen die Beschaffungen gestützt auf Art. 10 Abs. 3 IVöB aufgrund übergeordneter öffentlicher Interessen ausserhalb des Beschaffungsrechts getätigt werden?</b> .....   | <b>29</b> |
| 1.        | <i>Antwort zu Frage 2</i> .....   | 29        |
| <b>C.</b> | <b>Frage 3: Falls nein: Können die Beschaffungen aufgrund der sehr knappen Zeitverhältnisse aus Gründen der Dringlichkeit gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB im Rahmen eines freihändigen Verfahrens getätigt werden?</b> .....  | <b>30</b> |
| 1.        | <i>Zur Dringlichkeit</i> .....  | 30        |
| 2.        | <i>Handhabung</i> .....   | 31        |
| 3.        | <i>Antwort zu Frage 3</i> .....   | 32        |

- D. Frage 4: Stellt die erforderliche Zustimmung der Standortgemeinde nach Art. 71a Abs. 3 EnG zur geplanten Photovoltaik-Grossanlage in rechtlicher Hinsicht eine Konzessionsverleihung nach Art. 9 IVöB bzw. Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM; SR 943.02) dar? Sind spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts in diesem Zusammenhang zu beachten? Falls eine Unterstellung der Konzessionsvergabe unter das Beschaffungsrecht bejaht wird, sind Art. 10 Abs. 3 IVöB oder Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB anwendbar (siehe Frage 2 und 3)?.....32**
- 1. Konzessionen als öffentliche Aufträge im weiteren Sinne .....32**
  - 2. Zustimmungserfordernis der Standortgemeinde.....33**
  - 3. Allfällige kantonale oder kommunale spezialgesetzliche Regelungen.....34**
  - 4. Antwort zu Frage 4 .....34**
- E. Frage 5: Welche beschaffungsrechtlichen Mindestanforderungen sieht das Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1) infolge der substanziellen Einmalvergütung durch den Bund vor? Erfolgt die Auswahl der Subventionsempfänger nach den Bestimmungen von Art. 10 Abs. 1 Bst. e SuG oder gestützt auf Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB nach der IVöB? .....35**
- 1. Ad hoc-Unterstellung von Subventionsempfängern gemäss Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB .....35**
  - 2. Beschaffungsrechtliche Mindestanforderungen gemäss Subventionsgesetz.....35**
  - 3. Auswahl der Subventionsempfänger nach den Bestimmungen von Art. 10 Abs. 1 Bst. e SuG oder gestützt auf Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB nach der IVöB? .....35**
  - 4. Antwort zu Frage 5 .....39**
- F. Frage 6: Welche Vorgehensweise wird von der Gutachterin auf der beschaffungsrechtlichen Ebene empfohlen, damit die gesetzten Produktionsziele von zusätzlicher Elektrizität aus Photovoltaik-Grossanlagen kurzfristig erreicht und die Stromversorgungssicherheit im Winter dadurch erhöht werden kann?.....40**
- 1. Auf Ebene Kantone .....40**

|           |  |           |
|-----------|--|-----------|
| <b>2.</b> | <b><i>Auf Ebene Gemeinden</i></b> .....  | <b>40</b> |
| <b>3.</b> | <b><i>Auf Ebene Projektanten</i></b> .....   | <b>41</b> |
| <b>4.</b> | <b><i>Auf Ebene Bund</i></b> .....   | <b>42</b> |
| <b>5.</b> | <b><i>Antwort zu Frage 6</i></b> .....   | <b>42</b> |
| <b>G.</b> | <b>Frage 7: Welche gesetzestechnischen (Nachfolge-)Regelungen werden mit Blick auf den Ablauf der Übergangsbestimmungen am 31. Dezember 2025 zur beschaffungsrechtlichen Klärung seitens der Gutachterin angeregt? .....</b> | <b>43</b> |
| <b>1.</b> | <b><i>Auf Ebene Bund</i></b> .....   | <b>43</b> |
| <b>2.</b> | <b><i>Auf Ebene Kantone</i></b> .....  | <b>44</b> |
| <b>3.</b> | <b><i>Antwort zu Frage 7</i></b> .....   | <b>44</b> |
| <b>H.</b> | <b>Frage 8: Gibt es weitere Bemerkungen seitens der Gutachterin?.....</b>  | <b>44</b> |

## **I EINLEITUNG**

1. Mitte Mai 2023 kam der Vorstand der Fachkonferenz für öffentliches Beschaffungswesen (FöB) mit einer ersten Anfrage auf die Verfasserin zu. Am 19. Mai 2023 wurde der Fragenkatalog mit den untenstehenden Fragestellungen zugestellt.
2. Eine erste Besprechung fand am 23. Mai 2023 statt, mit anschliessender Auftragsbestätigung. Ein weiterer Austausch erfolgte am 13. Juni, mit punktueller Erweiterung der Fragestellungen, am 5. und 13. Juli sowie am 22. August 2023.

## **II FRAGESTELLUNGEN**

3. Der Bund hat mit der Revision des Energiegesetzes (EnG; SR 730) im Herbst 2022 als dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter beschlossen, dass gewisse Photovoltaik-Grossanlagen realisiert werden können und dass dafür innert einer begrenzten Zeit Fördergelder zur Verfügung stehen sollen. Grossanlagen, die bis zum 31. Dezember 2025 mindestens teilweise Elektrizität ins Stromnetz einspeisen, erhalten vom Bund eine Einmalvergütung in der Höhe von maximal 60 Prozent der Investitionskosten (Art. 71a Abs. 4 EnG). Nebst verschiedenen offenen Punkten zum Baubewilligungsverfahren stellen sich in diesem Zusammenhang insbesondere die folgenden beschaffungsrechtlichen Fragen:
  1. Unter welchen Voraussetzungen ist die Projektierung, Erstellung und der Betrieb von Photovoltaik-Grossanlagen vom subjektiven bzw. objektiven Geltungsbereich der IVöB erfasst? Unterliegen die Beschaffungen im Falle einer Unterstellung dem Staatsvertragsbereich? Ist eine Befreiung von der Unterstellung gestützt auf die Ausklinkklausel von Art. 7 IVöB denkbar?
  2. Können im Falle einer grundsätzlichen Unterstellung dieser Leistungen die Beschaffungen gestützt auf Art. 10 Abs. 3 IVöB aufgrund übergeordneter öffentlicher Interessen ausserhalb des Beschaffungsrechts getätigt werden?
  3. Falls nein: Können die Beschaffungen aufgrund der sehr knappen Zeitverhältnisse aus Gründen der Dringlichkeit gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB im Rahmen eines freihändigen Verfahrens getätigt werden?
  4. Stellt die erforderliche Zustimmung der Standortgemeinde nach Art. 71a Abs. 3 EnG zur geplanten Photovoltaik-Grossanlage in rechtlicher Hinsicht eine Konzessionsverleihung nach Art. 9 IVöB bzw. Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM; SR 943.02) dar? Sind spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts in diesem Zusammenhang zu beachten? Falls eine Unterstellung der Konzessionsvergabe unter das Beschaffungsrecht bejaht wird, sind Art. 10 Abs. 3 IVöB oder Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB anwendbar (siehe Frage 2 und 3)?

5. Welche beschaffungsrechtlichen Mindestanforderungen sieht das Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1) infolge der substanziellen Einmalvergütung durch den Bund vor? Erfolgt die Auswahl der Subventionsempfänger nach den Bestimmungen von Art. 10 Abs. 1 Bst. e SuG oder gestützt auf Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB nach der IVöB?
  6. Welche Vorgehensweise wird von der Gutachterin auf der beschaffungsrechtlichen Ebene empfohlen, damit die gesetzten Produktionsziele von zusätzlicher Elektrizität aus Photovoltaik-Grossanlagen kurzfristig erreicht und die Stromversorgungssicherheit im Winter dadurch erhöht werden kann?
  7. Welche gesetzestechischen (Nachfolge-)Regelungen werden mit Blick auf den Ablauf der Übergangsbestimmungen am 31. Dezember 2025 zur beschaffungsrechtlichen Klärung seitens der Gutachterin angeregt?
  8. Gibt es weitere Bemerkungen seitens der Gutachterin?
4. An der Besprechung vom 13. Juni 2023 wurde der Auftrag insofern ergänzt, als nicht nur der eigentliche "Solar-Express", sondern auch die "normale" Fortsetzung des Ausbaus der alpinen Solarstromproduktion mit grossen Anlagen auf der Basis des Mantelerlasses (BG über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien; 21.047) in die Beurteilung miteinbezogen werden soll. Sodann wurde der Wunsch geäussert, auf Unterschiede hinzuweisen, die sich in der rechtlichen Beurteilung in Bezug auf Kantone ergeben mögen, die der revidierten IVöB 2019 noch nicht beigetreten sind (worunter eine Reihe von Gebirgskantonen).

### **III AUSGANGSLAGE**

5. Die Nutzung alpiner Standorte für die Photovoltaik ist erst seit kurzem möglich: Im Juni 2022 hatte der Bundesrat mit einer Revision der Raumplanungsverordnung (Art. 32c RPV) den Weg frei gemacht für standortgebundene Solaranlagen ausserhalb der Bauzonen, namentlich auf bestehenden Infrastrukturen wie Staumauern und Stauseen.
6. Das Parlament hat sodann am 30. September 2022 "Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter" beschlossen und namentlich den bis 31. Dezember 2025 befristeten Art. 71a EnG per 1. Oktober 2022 gleich in Kraft gesetzt (BG vom 30. Sept. 2022 "Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter", in Kraft vom 1. Okt. 2022 bis zum 31. Dez. 2025; AS 2022 543; BBl 2022 1536, 1540). Dieser neue Artikel sieht Erleichterungen bei den Bewilligungsvoraussetzungen für Photovoltaik-Grossanlagen sowie deren Förderung mit einer Einmalvergütung von bis zu 60 Prozent der Investitionskosten vor. Der Anwendungsbereich der Bestimmung ist jedoch zeitlich befristet und gilt nur so lange, bis mit den erstellten PV-Grossanlagen schweizweit eine jährliche

Gesamtproduktion von total 2 TWh erzielt werden kann. Die Regelung von Art. 71a EnG ist nach Abs. 6 lediglich für Gesuche anwendbar, die bis zum 31. Dezember 2025 öffentlich aufgelegt werden. Von Bewilligungen, die gestützt auf diese Bestimmung erteilt wurden, kann nach Art. 9e EnV nur Gebrauch gemacht werden, wenn zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Bewilligung die erwartete jährliche Gesamtproduktion von 2 TWh durch die schweizweit rechtskräftig bewilligten Anlagen noch nicht erreicht ist. Um in den Genuss der höheren Einmalvergütung gemäss Art. 71a Abs. 4 EnG gelangen zu können, ist eine mindestens teilweise Inbetriebnahme der Anlagen bis zum 31. Dezember 2025 erforderlich.

7. *In tatsächlicher Hinsicht ist die Ausgangslage bei der alpinen Photovoltaik aktuell vergleichbar mit derjenigen, als vor ca. 125 Jahren die Nutzung der Wasserkraft für die Stromerzeugung begann: Seit dem Erlass des "Solar-Expresses" durch das Parlament im Herbst 2022 (Art. 71a EnG) mit entsprechenden Anreizen insbesondere finanzieller Natur (Höhe Einmalvergütung) herrscht "Goldgräberstimmung". Ingenieurbüros und private Investoren gehen auf die Gemeinden zu, um sich die geeigneten Standorte und weitere Rechte für die Errichtung solcher Anlagen zu sichern. Aktiv in diesem Bereich sind sodann auch etliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU). Nur in vereinzelten Fällen sind es Alpenossenschaften oder Gemeinden selbst, die ihrerseits solche Projekte anstossen.*
8. Ein Teil der Projekte läuft über die IG Solalpine. Bei der IG Solalpine handelt es sich um eine Interessengemeinschaft, die an geeigneten Standorten Projektprospektionen vornimmt. Im positiven Fall wird eine Entwicklungsphase angeschlossen, d.h. es werden Lösungsvarianten geprüft, Vorabklärungen zur Bewilligung durchgeführt und die Risiken zur Bewilligungsfähigkeit abgeschätzt. Zur Ausführungsplanung und Realisierung werden die Projekte darauf an die Partner-EVUs übergeben (so die Umschreibung der Tätigkeit der IG Solalpine auf ihrer Website, [www.solalpine.ch](http://www.solalpine.ch)).
9. Einen gewissen Einblick in Konstellationen aus der Praxis vermittelten Ende Januar 2023 die Energieforschungsgespräche in Disentis (<https://www.alpenforce.com/events/energieforschungsgespraech-disentis-2023>).
10. Nach einer öffentlichen Konsultation im Dezember 2022 wurden die Verordnungsbestimmungen zu "Solar-Express" namentlich in der Energieverordnung (EnV; SR 730.01) und in der Energieförderungsverordnung (EnFV; SR 730.03) mit einer gewissen Verzögerung am 17. März 2023 erlassen und per 1. April 2023 in Kraft gesetzt (<https://www.ad-min.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-93760.html>). Erst der Erlass dieser Bestimmungen ermöglicht die Umsetzung der vom Parlament beschlossenen Änderungen des Energiegesetzes, die seit dem 1. Oktober 2022 in Kraft sind.
11. Der Grosse Rat des Kantons VS seinerseits hatte bereits am 10. Februar 2023 ein Dekret erlassen (<https://parlament.vs.ch/app/de/search/document/187576>), gegen welches jedoch in der Folge das Referendum ergriffen wurde, sodass darüber im September 2023

abgestimmt werden muss. Der Kanton Graubünden hat im Juli 2023 einen Leitfaden zum Bewilligungsverfahren für Photovoltaik-Grossanlagen nach Art. 71a EnG erlassen.

12. In der Regel befinden sich die Projekte, Stand Mitte 2023, noch in der Prospektions- oder Machbarkeitsphase und sollen in der 2. Jahreshälfte 2023 dem Stimmvolk der betreffenden Gemeinden zur Zustimmung vorgelegt werden. Einzelne Projekte, worunter namentlich solche im Kanton VS, sind schon weiter fortgeschritten.
13. In verschiedenen Fällen kommt es in der Phase nach der Prospektion zur Zusammenarbeit zwischen der Gemeinde, Privaten (Unternehmen/Investoren/Grundeigentümer) und EVUs, sei es auf vertraglicher oder aber auf Beteiligungsbasis. In einzelnen Fällen werden Projekte in dieser Phase auch an EVUs verkauft.
14. Der aktuelle Stand der Bundesgesetzgebung ist der, dass mit einer vorgezogenen Teilrevision des EnG im Oktober 2021 zunächst die Förderlücke geschlossen wurde, indem die Fördermassnahmen für die erneuerbaren Energien verlängert wurden. Der sog. "Mantelerlass über die sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien", der vom Bundesrat mit Botschaft vom 18. Juni 2021 ans Parlament übergeben worden war, befindet sich aktuell in der Differenzbereinigung (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20210047>), welche in der Herbstsession 2023 abgeschlossen werden soll. Im Juni 2023 veröffentlichte das Bundesamt für Energie BFE Wegleitungen und Vorlagen zur Einmalvergütung für PV-Grossanlagen. Am 21. Juni 2023 hat der Bundesrat sodann den sog. "Beschleunigungserlass" mit einer Botschaft zuhanden des Parlaments verabschiedet, mit welchem er die Verfahren für den Bau von Solar-, Wind- und Wasserkraftwerken allgemein straffen und vereinfachen will (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-95916.html>).

#### **IV BESCHAFFUNGSRECHTLICHE AUSLEGEORDNUNG**

##### **A. Beitritt zur IVöB 2019 als Voraussetzung der Anwendbarkeit derselben**

15. Am 15. November 2019 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (im Nachfolgenden: "InöB") die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (im Nachfolgenden "IVöB") verabschiedet. Sie ist 2020 in Kraft getreten.
16. Die IVöB gilt jeweils mit dessen Beitritt für den betreffenden Kanton (vgl. zum Stand die Website der BPUK, [www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019/](http://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019/)).
17. Für Kantone, die der revidierten IVöB, Stand 30. Juni 2023, bisher noch nicht beigetreten sind (worunter eine Reihe von Gebirgskantonen), gilt weiterhin die Interkantonale Vereinbarung vom 15. März 2001 (Art. 65 Abs. 2 IVöB). Im Nachfolgenden wird auf

allfällige Unterschiede hingewiesen, die sich in der rechtlichen Beurteilung in Bezug auf solche Kantone ergeben, die der revidierten IVöB von 2019 noch nicht beigetreten sind (vgl. zu den Unterschieden die Übersicht in der Musterbotschaft IVöB, S. 14 f.).

**B. Subjektiver Geltungsbereich der IVöB**

**1. Zentrale und subzentrale Regierungsstellen gemäss Anhang I, Annexe 1 und 2 zum GPA 2012**

18. Im Rahmen des von der Schweiz unterzeichneten internationalen GPA 2012, Annexe 1 und 2 zum Anhang I, erfolgt die Unterstellung der kantonalen Beschaffungsbehörden sowie der Behörden auf Bezirks- und Gemeindeebene in generell-abstrakter Weise (vgl. dazu Musterbotschaft IVöB, S. 28).

**2. Staatliche Auftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 1 IVöB**

*a) Kantone, Gemeinden, Bezirke inkl. zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten*

19. Gemäss Art. 4 IVöB unterstehen im Geltungsbereich der internationalen Verpflichtungen der Schweiz über das öffentliche Beschaffungswesen (vgl. zu den entsprechenden Schwellenwerten hinten Lit. C Ziff. 2) *staatliche Behörden* (i.S. von Art. 3 Bst. g IVöB) sowie *zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten*, einschliesslich der *Einrichtungen des öffentlichen Rechts* (i.S. von Art. 3 Bst. f IVöB; vgl. dazu i.Ü. nachfolgende Rz. 20) *auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene* im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, *mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten* (Abs. 1; vgl. dazu hinten, Rz. 24 ff.), dem Vergaberecht.

*b) Verselbständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts*

20. Neben Kantonen, Gemeinden, Bezirken sowie nicht ausgelagerten Kantons- und Gemeindewerken unterstehen auch verselbständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts dem öffentlichen Beschaffungsrecht, soweit sie (1) zum besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht industrieller oder kommerzieller Art zu erfüllen, und (2) Rechtspersönlichkeit besitzen und (3) 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 (vgl. Art. 3 Bst. f IVöB sowie dazu Musterbotschaft IVöB, S. 28).
21. Ob eine solche Einheit formal dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuzuweisen ist, ist irrelevant (vgl. DANIEL ZIMMERLI, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum

Schweizerischen Beschaffungsrecht [nachfolgend: Handkommentar], Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 4 Rz. 17).

22. Der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten ist sodann weit zu verstehen und *geht weiter als der Begriff eigentlicher Staatsaufgaben* (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 18).
  23. Ausgenommen von der Unterstellung unter das Vergaberecht sind ebenfalls die *gewerblichen Tätigkeiten* staatsgebundener Einrichtungen des öffentlichen Rechts, weil dort Wettbewerbsdruck herrscht.
- c) *Gewerbliche Tätigkeiten als Ausnahme von der Unterstellung unter das Vergaberecht*
24. Vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen sind gewerbliche Tätigkeiten von öffentlichen Auftraggebern, die ansonsten unter den subjektiven Geltungsbereich der IVöB gemäss Art. 4 Abs. 1, Abs. 4 Bst. a sowie Abs. 5 fallen.
  25. Solche gewerblichen Tätigkeiten sind – im Unterschied zu staatlichen bzw. im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, welche vom Geltungsbereich umfasst werden – entweder kommerzieller oder industrieller Natur und finden *in einem wettbewerblichen Umfeld* statt (vgl. zu den Kriterien gewerblicher Tätigkeit BGE 147 II 264 E. 4.2.3 f.).
  26. Im Elektrizitätsbereich ist jeweils zu prüfen, ob die Produktion oder Beschaffung einer Tätigkeit dient, die gewerblich erfolgt (Marktkunden), d.h. für den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf bestimmt ist (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. a IVöB), oder aber der Grundversorgung der festen Endverbraucherinnen und Endverbraucher gemäss Art. 6 StromVG dient. Erfolgt die Beschaffung für beide Bereiche bzw. für beide Kundengruppen, ist nach den Regeln für gemischte Verträge bzw. der sog. "Präponderanztheorie" (vgl. Art. 8 Abs. 3 IVöB) vorzugehen (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 48, 58 ff.; GALLI/MOSER/STEINER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts: Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013 [nachfolgend: Beschaffungsrecht], Rz. 240, je m.w.H. sowie zur Präponderanztheorie BVGE 2008/48 E. 4.3, 4.9; Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27.07.2010 E. 4.2). Soll mit der Solaranlage Strom für den Eigenbedarf der betreffenden Gemeinde erzeugt werden, besteht für den betreffenden kommunalen öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht. (Es kann dazu auf ein im März 2022 für die EnDK, die BPUK, den SGV und den SSV erstelltes Gutachten verwiesen werden, welches sich auf der Website der FöB veröffentlicht findet, [https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/oeffentliches-beschaffungswesen/D\\_Gutachten\\_Beteiligung\\_an\\_Energieversorgungsunternehmen.pdf](https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/oeffentliches-beschaffungswesen/D_Gutachten_Beteiligung_an_Energieversorgungsunternehmen.pdf)).

### **3. *Sektorenauftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. b IVöB***

27. Ferner unterstehen der IVöB staatliche Behörden (gemäss Art. 3 Bst. g IVöB) sowie öffentliche (i.S. von Art. 3 Bst. b IVöB) und private Unternehmen, die *öffentliche*

*Dienstleistungen* erbringen und die *mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet* sind, soweit sie *feste Netze* zur Versorgung der Öffentlichkeit, namentlich im Zusammenhang mit der Produktion, der Fortleitung oder der Verteilung von elektrischer Energie bereitstellen oder betreiben oder diese Netze mit elektrischer Energie versorgen, dem öffentlichen Beschaffungsrecht (Art. 4 Abs. 2 Bst. b; sog. "Sektorenauftraggeber").

28. Solche Sektorenauftraggeber im Sinne von Art. 4 Abs. 2 IVöB unterstehen allerdings *nur in Bezug auf ihre Sektoren- oder Kerntätigkeiten* der IVöB (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 29; ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 58 ff.; ETIENNE POLTIER, Droit suisse de l'énergie, Bern 2020, Rz. 814; GALLI/MOSER/STEINER/LANG, Beschaffungsrecht, Rz. 255; vgl. zum Begriff der Sektorentätigkeit BVGer Zwischenentscheid B-5333/2017 vom 24. Januar 2018 E. 2.4; B-587/2019 vom 3. April 2019 E. 2.3 [Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnbetrieb] sowie ferner EuGH C-521/18 vom 28. Oktober 2020, insb. Ziff. 41 ff.), nicht dagegen für ihre übrigen Tätigkeiten (Art. 4 Abs. 3 IVöB). Allerdings gilt dies nur für Sektorenauftraggeber, die nicht bereits nach Abs. 1 und somit für alle ihre öffentlichen Aufträge der Ausschreibungspflicht unterstellt sind (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 29).
29. Die *Stromproduktion* stellt gemäss den internationalen Verpflichtungen der Schweiz (GPA 2012, Anhang I Annex 3 sowie bilaterales Beschaffungsabkommen der Schweiz mit der EU, Art. 3 Abs. 1 und 2) eine *nunmehr dem Beschaffungsrecht unterstellte Tätigkeit* der schweizerischen Sektorenauftraggeber dar, und zwar unabhängig davon, ob sie durch ein öffentliches oder aber durch ein privates Unternehmen erfolgt, welches öffentliche Dienstleistungen erbringt und mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet ist (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 28). Grundsätzlich gilt in Kantonen, die der IVöB 2019 nicht beigetreten sind, weiterhin die IVöB 2001 und damit die Regelung in Art. 8 Abs. 1 Bst. c IVöB 2001. In praktischer Hinsicht ist es allerdings kaum vorstellbar, in einem Vergabeverfahren zwei unterschiedliche Regimes anzuwenden (MARTIN BEYELER/STEFAN SCHERLER, Vergaberecht 2022: Neue Themen, neuer Urteile, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2022, Zürich 2022 [nachfolgend: Vergaberecht 2022], Rz. 48).
30. Als ausschliessliche oder besondere Rechte dürften neben dem Netzbetrieb (Art. 8 Stromversorgungsgesetz [StromVG]; SR 734.7) namentlich auch die Anschlusspflichten der Stromverteilnetzbetreiber (Art. 5 StromVG) sowie ihre Grundversorgungspflicht gemäss Art. 6 StromVG zu betrachten sein, die ihnen entsprechende Exklusivpositionen vermitteln (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 48).
31. Die Begriffe der "gewerblichen Tätigkeiten" (vgl. vorn Lit. B Ziff. 2 Bst. c) und des "Nicht-Kernbereichs" der Tätigkeiten von Sektorenauftraggebern sind zwar nicht deckungsgleich. Es geht jedoch in beiden Fällen um Marktbereiche, in welchen das Beschaffungsrecht nicht zur Anwendung gelangt.

32. Konkret erfasst der *Sektorenbereich* gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. b IVöB nach Ansicht massgebender Exponenten der Lehre und der kantonalen Rechtsprechung *nur die Stromerzeugung aus Wasser- und Kernkraft*, welche ihrerseits einer Konzession bedarf. *Nicht* so hingegen die *Stromerzeugung aus "neuen" erneuerbaren Quellen*, die in der Regel konzessionsfrei erfolgen kann (vgl. dazu hinten Lit. C Ziff. 4) und grundsätzlich allen offensteht. Die Stromerzeugung aus neuen erneuerbaren Quellen, wie namentlich die Photovoltaik, stellt vielmehr einen *Wettbewerbs- oder Marktbereich* dar, d.h. sie befindet sich damit ausserhalb des Kernbereichs der Tätigkeit der Sektorenauftraggeber (so insb. MARTIN BEYELER, Vergaberecht und Strommarkt, in: BR/DC 2012, S. 209 ff., 209; GALLI/MOSER/STEINER/LANG, Beschaffungsrecht, Rz. 168; HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, Vergaberecht 2014: neue Themen, neue Urteile, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés Publics 2014, Zürich 2014, S. 29 f.; ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 48; vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts GE ATA/836/2012 vom 18.12.2012, E. 5-13; insb. E. 13 zur Einordnung der Photovoltaik als wettbewerbliche Tätigkeit; vgl. demgegenüber betreffend den Betrieb eines Fernwärmenetzes, wo kein echter Wettbewerb stattfindet, Urteil des Kantonsgerichts Waadt MPU.2019.0026 vom 4. Mai 2020, in: MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, Zürich/Genf 2022, Rz. 7). Für Aufträge wie namentlich solche zur Erstellung von der Stromerzeugung dienenden Solarstromanlagen, die nicht als im Sektorenkernbereich liegend betrachtet werden oder aber nicht im Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit stehen (Grundversorgung), unterstehen die kantonalen und kommunalen Sektorenauftraggeber somit nicht dem Vergaberecht, es sei denn es handle sich bei ihnen um bereits anderweitig unterstellte öffentliche Auftraggeber im Sinne von Art. 4 Abs 1 IVöB (wie etwa eine städtische Dienstabteilung; vgl. GALLI/MOSER/STEINER/LANG, Beschaffungsrecht, Rz. 168).
33. Es stellt sich die Frage, inwiefern hier allenfalls das EU-Vergaberecht für die Auslegung herangezogen werden könnte. Mit den im Jahr 2014 verabschiedeten Richtlinien 2014/24/EU (VRL) und 2014/25/EU (SRL) hat die EU einen Referenzrahmen für ihre Mitgliedstaaten gesetzt. Diese EU-Richtlinien werden seit einigen Jahren in den Mitgliedstaaten umgesetzt; ausserdem besteht dazu eine wegweisende Rechtsprechung des EuGH. Gemäss EuGH "[genügt es, u]m feststellen zu können, dass zwischen [einem] Auftrag und der Tätigkeit im Sektor ein Zusammenhang im Sinn der Richtlinie besteht, [...] nicht, dass die Dienstleistungen, die Gegenstand dieses Auftrags sind, einen positiven Beitrag zu den Tätigkeiten des Auftraggebers leisten und deren Rentabilität erhöhen. Die Auftragstätigkeiten müssen der Ausübung der Tätigkeit im Sektor tatsächlich dienen, indem sie es ermöglichen, diese Tätigkeit im Hinblick auf ihre üblichen Ausübungsbedingungen angemessen zu bewerkstelligen [EuGH, Urteil vom 28. Oktober 2020, C-521/18, NZBau 2021, 53 Rn. 43 – Pegaso]". *Auch vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung kann die alpine Solarstromanlagenproduktion, die nicht unmittelbar der Sektorentätigkeit der entsprechenden (nicht anderweitig unterstellten) Auftraggeber dient, als vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen betrachtet werden.* Im Übrigen verhält es sich im Elektrizitätssektor so, dass es in der Schweiz im Gegensatz zu EU, wo der Strommarkt vollumfänglich liberalisiert ist, noch einen Grundversorgungsbereich im Sinne gebundener Endverbraucher gibt.

34. Grundsätzlich dürfte für die Beurteilung im konkreten Einzelfall, ob die Produktion aus der PV-Grossanlage der Sektorentätigkeit, sprich: unmittelbar auch der Grundversorgung von festen Endverbrauchern dient oder nicht, der entsprechende Investitionsentscheid des betreffenden Unternehmens sowie daneben aber auch technische (Netzanschluss) und weitere Gegebenheiten im konkreten Einzelfall eine Rolle spielen. Mit anderen Worten: Mit Blick auf die Abgrenzung einer Nichtsektorentätigkeit vom Kernbereich muss es grundsätzlich möglich sein festzulegen, dass eine alpine PV-Anlage als Handelskraftwerk betrieben wird. (Dass gemäss Art. 6 Abs. 5 StromVG Preisvorteile aus dem freien Markt bei der Kalkulation der Tarife im Rahmen eines Gesamtportfolios in rechnerischer Hinsicht auch an die grundversorgten Kunden weitergeben müssen [Art. 6 Abs. 5 StromVG] und somit gemäss bundesgerichtlicher Bestätigung sämtliche inländischen Kraftwerke zur Berechnung des Durchschnittspreises herangezogen werden können [BGer-Urteil 2C\_488/2020 vom 29. März 2023, E. 7.5 sowie zur sog. Durchschnittspreismethode der ElCom i.Ü. [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Themen > Strompreise > Wegleitung KoRe], ändert m.E. daran nichts.)

#### **4. Weitere Auftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 4 IVöB**

##### *a) Andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben (Bst. a)*

35. Der IVöB unterstehen auch andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten (Bst. a). Dies verlangt bereits das BGBM, gemäss welchem die Kantone die Disziplinen des GPA (Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Fassung gemäss Ziff. 1 des Prot. vom 20. März 2012; SR 0.632.231.422) auf weitere Auftraggeber und Leistungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ausdehnen mussten (so die Musterbotschaft IVöB, S. 29 f.; zum Verhältnis zwischen den Bestimmungen des BGBM und denjenigen der IVöB vgl. hinten Ziff. 8).
36. Erfasst werden somit in erster Linie privat gehaltene Einheiten, die nicht staatsgebunden sind, jedoch öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Darunter werden in diesem Kontext nur eigentliche Staatsaufgaben verstanden (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 28). Dies bedingt eine entsprechende gesetzliche Grundlage, gemäss welcher der Staat entweder die Erfüllungs- oder aber die Gewährleistungsverantwortung trägt. Wie die Übertragung erfolgt, ist beschaffungsrechtlich nicht entscheidend.

##### *b) Subventionierte Leistungen und Objekte (Bst. b)*

37. Schliesslich unterstehen gemäss Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB auch "Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden", dem Beschaffungsrecht. *Dies führt zu einer Teilunterstellung der entsprechenden handelnden Einheiten, die im Normalfall subjektiv nicht bereits anderweitig vom Geltungsbereich erfasst sind.* Dementsprechend bedarf es einer Analyse im Einzelfall, ob die konkrete Beschaffung einer mehrheitlich subventionierten Leistung oder

einem mehrheitlich staatlich finanzierten Objekt dient (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 31).

38. Als öffentliche Gelder gelten Finanzhilfen und Abgeltungen, die von der öffentlichen Hand aller Staatsebenen bzw. von irgendwelchen Organisationen aus der öffentlichen Sphäre ausgerichtet werden (so ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 32 unter Verweis auf MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts: Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht [nachfolgend: Geltungsanspruch], Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 335 ff.). Entscheidend für die Unterstellung des Empfängers unter das Vergaberechts ist der *Finanzierungsgrad* des spezifischen Auftrags (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 33 unter Verweis auf BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 346 ff.).
39. Die Unterstellung des mehrheitlich subventionierten Geschäfts unter das Beschaffungsrecht gilt allerdings *nur, wenn es sich dabei um einen öffentlichen Auftrag handelt*. Die Unterstellung beschränkt sich sodann auf den *subventionierten Teilbereich* (vgl. BEYELER, Geltungsbereich des Vergaberechts, Rz. 327 ff.).
40. Die Rechtslage entspricht derjenigen gemäss alter IVöB, Art. 8 Abs. 2 Bst. b.
41. Der entsprechende Art. 17 Abs. 4 SuG, welcher nunmehr die subjektive Unterstellung von Finanzhilfeempfängern aus Geldern des Bundes (bei den Einmalvergütungen, die basierend auf dem EnG ausgerichtet werden, handelt es sich um Subventionen; vgl. Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, Ziff. 8.5; in diesem Sinne auch BGer-Urteil 2C\_409/2020 vom 24. März 2021, E. 6.4.3 bzw. BVGer-Urteil A-897/2019 vom 27. März 2020) regelt, sieht ebenfalls eine Finanzierungsschwelle von 50 Prozent der Gesamtkosten mit Finanzhilfen des Bundes vor und räumt den Behörden die Möglichkeit ein, solche Finanzhilfeempfänger zu verpflichten, einen angemessenen Wettbewerb sicherzustellen. Dies bedeutet in der Regel, dass mindestens drei Offerten einzuholen sind (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 2 Fn. 4; JULIA BHEND, Ausgewählte Aspekte zum Geltungsbereich des neuen Beschaffungsrechts, in: BR 2020, S. 16 ff., 16).
42. Was die 50 Prozent-Schwelle betrifft, kann das kantonale Recht noch darüberhinausgehend eine betragsmässig fixierte Schwelle vorsehen.
43. Ob die Subvention 50 Prozent der Gesamtkosten übersteigt, kann in der Regel nur einzelfallweise beurteilt werden. Ob sich aufgrund von Art. 71a Abs. 4 EnG, der "eine Einmalvergütung in der Höhe von maximal 60 Prozent der Investitionskosten" vorsieht, bereits eine generelle Aussage machen lässt, sowie auf die Frage, ob gegebenenfalls die Bestimmungen der IVöB oder des SuG des Bundes zur Anwendung gelangen, ist im Nachfolgenden, Ziff. V Lit. E einzugehen.

**5. Vergabe durch beauftragte Drittpersonen gemäss Art. 4 Abs. 5 IVöB**

44. Ebenso dem Beschaffungsrecht untersteht die Vergabe durch Drittpersonen im Auftrag der oben genannten Auftraggeber, d.h. durch eine zentrale Beschaffungsstelle oder durch Auslagerung dieser Arbeiten an Dritte.

**6. Public-Private Partnerships**

45. Wo wie bei grossen Solaranlagen grössere Investitionen anstehen, kommt es, wie eingangs erwähnt, mitunter zu einer langfristigen, partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Investoren, sog. "Public-Private Partnerships" ("PPP"). Dabei können vertragliche und gesellschaftliche, d.h. institutionalisierte PPP unterschieden werden.
46. Die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf PPP-Projekte, in welchen die öffentliche Hand mit privaten Investoren kooperiert, um öffentliche Aufgaben zu erbringen, ist *einzelfallweise zu beurteilen*. Hierbei besteht ein gewisser Ermessensspielraum, welcher bewusst so beibehalten wurde, indem auf eine gesetzliche Regel betreffend PPP verzichtet wurde (so die Musterbotschaft IVöB, S. 31).
47. Die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf PPP-Projekte ist im Einzelfall anhand der charakteristischen Leistungen zu beurteilen, ob Gehalt und Struktur des PPP eine Subsumtion unter den Begriff des öffentlichen Auftrags erlauben (so ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 5 Rz. 32 unter Verweis auf GALLI/MOSER/STEINER/LANG, Beschaffungsrecht, Rz. 270 sowie BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 926; vgl. eingehend CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI/FELIX JOST, Public Private Partnership - wenn Staat und Private kooperieren, in: BR [Baurecht] 2006 [Sonderheft], S. 27 ff.). Es kommt die Präponderanztheorie (vgl. Art. 8 Abs. 3 IVöB) zur Anwendung. "In der Regel" dürften gemäss Einschätzung von BEYELER (Geltungsanspruch, Rz. 925) "gewöhnliche öffentliche Aufträge" vorliegen. Infolge des Prinzips der Einmaligkeit der Ausschreibung müssen allfällige Aufträge eines PPP-Partners an Subunternehmer nicht mehr ausgeschrieben werden.
48. *Fehlt es jedoch an einer (überwiegend) öffentlichen Aufgabe, die mittels eines PPP erfüllt werden soll, wird dies in aller Regel von der Anwendbarkeit des Vergaberechts entbinden.*

**7. Allfällige Befreiungsmöglichkeit von der Unterstellung gemäss Art. 7 IVöB**

49. Die Frage einer Befreiung von der Unterstellung *stellte sich nur dann, wenn die Projektierung, Erstellung und der Betrieb von Solaranlagen potenziell als im Kernbereich der Sektorenauftraggeber liegend betrachtet würde* (vgl. dazu vorn Ziff. 3, Rz. 32).
50. Das Parlament hat die volle Strommarktöffnung im Rahmen der Beratung des sog. "Mantelerlasses" über die sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien abermals zurückgewiesen (vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia->

[vista/geschaefft?AffairId=20210047](#)). Das öffentliche Beschaffungsrecht bleibt somit bis auf weiteres auf die entsprechenden Sektorenauftraggeber im Kernbereich ihrer Tätigkeit, welche auch die Grundversorgung umfasst, anwendbar.

51. Die sog. "Auslinkklausel" gemäss Art. 7 IVöB würde es ermöglichen, Sektorenauftraggeberinnen für gewisse ihrer Sektorentätigkeiten von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht auf Vorschlag des InöB formell zu befreien, soweit de facto wirksamer Wettbewerb nachgewiesen werden kann (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 7 Rz. 13). Der entsprechende Weg führte via das InöB über die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO an das UVEK bzw. an den Bundesrat und fällt daher auch aus diesem Grund als *kurzfristige Massnahme ausser Betracht*.

#### **8. Zum Verhältnis IVöB – Binnenmarktrecht**

52. Für den Bereich ausserhalb der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen (vgl. Art. 4 Abs. 4 Bst. a IVöB sowie dazu vorn, Rz. 32) verlangt ja – wie gesagt – bereits Art. 5 BGBM, dass die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben die Vorgaben des kantonalen oder interkantonalen Beschaffungsrechts einhalten. Sie haben dafür zu sorgen, dass die Vorgaben des BGBM, wie insb. die amtliche Publikationspflicht gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM, eingehalten werden (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 27 f.).
53. Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB stellt klar, dass bei Bejahung einer Vergabepflicht die Vorgaben der IVöB eingehalten werden müssen.
54. Sodann stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Art. 9 IVöB und Art. 2 Abs. 7 BGBM, welcher bereits bisher verlangte, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat.
55. Obschon es sich noch um einen altrechtlichen Fall handelte, nutzte das Bundesgericht in seinem Urteil 2C\_959/2021 / 2C\_961/2021 vom 30. November 2022, teilweise veröffentlicht als BGE 148 II 564, E. 2.2 und 7.1, die Gelegenheit, sich am Rande zum Verhältnis dieser beiden Artikel zu äussern. Konkret ging es um die Vergabe eines kommunalen Monopols zum Plakataushang auf dem Gemeindegebiet nach Art. 2 Abs. 7 BGBM:
56. Wie das Bundesgericht in E. 2.2 darlegt, müsse diese Vergabe zwar ausgeschrieben werden, inhaltlich handle es sich jedoch nicht um eine Beschaffung. So führe die Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht dazu, dass die Vergabe von Monopolkonzessionen in ihrer Gesamtheit der im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens geltenden Vorschriften zuzuordnen sei; vielmehr bestehe inhaltlich eine grössere Freiheit bei der Wahl der Auswahlkriterien sowie auch Bedingungen, die dem Konzessionär auferlegt werden (Urteil 2C\_959/2021 / 2C\_961/2021 vom 30. November 2022, E. 2.2 u. E. 7.5 unter Verweis auf BGE 143 II 120; vgl. dazu CHRISTOPH SCHÄRLI, Nichtigkeit einer Konzessionsvereinbarung bei Verletzung der Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, auf

[www.submissionsrecht.ch](http://www.submissionsrecht.ch) , 26. Mai 2023). In E. 2.2 hat das Bundesgericht sodann im Rahmen eines obiter dictums unter Verweis auf zahlreiche Stimmen in der Literatur festgestellt, dass das revidierte Beschaffungsrecht an dieser Analyse wohl nichts ändere.

### **C. Objektiver Geltungsbereich der IVöB**

57. Wenn die subjektive Unterstellung je nachdem gegeben ist, wenn nämlich Gemeinden, deren Elektrizitätswerke oder Netzbetreiber oder aber Drittpersonen in deren Auftrag alpine Solaranlagen projektieren, planen oder betreiben wollen, richtet sich der Fokus auf die weitere Frage, ob es sich dabei um einen öffentlichen Auftrag im Sinne der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt, zu welchem Zweck die entsprechenden Verträge abgeschlossen werden (oder aber um eine gewerbliche Tätigkeit; vgl. dazu vorn Lit. B Ziff. 2 Bst. c).

#### **1. Begriff des öffentlichen Auftrags gemäss Art. II Abs. 2 GPA 2012**

58. Das GPA ist anwendbar auf öffentliche Beschaffungen (i) von Waren, Dienstleistungen (inklusive Bauleistungen) oder einer Kombination von beiden; (ii) die nicht im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf erworben werden; (iii) durch vertragliche Mittel (d.h. nicht auf dem Weg der Verstaatlichung oder Enteignung); (iv) soweit diese Leistungen nicht nach den jeweiligen Länderanhängen vom Geltungsbereich ausgeschlossen sind und (v) soweit ihr Wert den Schwellenwert nach den Länderanhängen erreicht.
59. Gemäss Art. 8 Abs. 2 IVöB werden folgende Leistungen unterschieden:
- a) Bauleistungen (Bauhaupt- und Baunebengewerbe);
  - b) Lieferungen;
  - c) Dienstleistungen.
60. Gemischte Aufträge setzen sich aus unterschiedlichen Leistungen nach Absatz 2 zusammen und bilden ein Gesamtgeschäft. Die Qualifikation des Gesamtgeschäfts folgt der finanziell überwiegenden Leistung. Leistungen dürfen nicht mit der Absicht oder Wirkung gemischt oder gebündelt werden, die Bestimmungen dieser Vereinbarung zu umgehen (Art. 8 Abs. 3 IVöB; sog. Schwergewichts- oder Präponderanztheorie).
61. "Vom schweizerischen Binnenrecht werden auch Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs erfasst. Der Vereinbarung unterstellt sind damit beispielsweise auch Dienstleistungen und Bauleistungen, die nicht in den für die Schweiz massgeblichen Positivlisten im GPA 2012 aufgeführt sind, sowie sämtliche Beschaffungen (Lieferungen, Dienstleistungen, Bauleistungen) mit einem Auftragswert unterhalb der international festgelegten Schwellenwerte. [...]" (so Musterbotschaft IVöB, S. 33).

## **2. Schwellenwerte**

### *a) Staatsvertragsbereich*

62. Im Staatsvertragsbereich betragen die Schwellenwerte gemäss GPA 2012 für Behörden und öffentliche Unternehmen CHF 8'700'000 für Bauleistungen sowie je CHF 700'000 für Lieferungen und Dienstleistungen.
63. Gemäss dem Bilateralen Abkommen mit der EU (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, abgeschlossen am 21. Juni 1999; SR 0.172.052.68) sind auch weitere Auftraggeber dem Staatsvertragsbereich mit folgenden Schwellenwerten unterstellt:
- Gemeinden mit CHF 8'700'000 für Bauleistungen sowie je CHF 350'000 für Lieferungen und Dienstleistungen;
  - Sektorenauftraggeber mit CHF 8'700'000 für Bauleistungen sowie je CHF 700'000 für Lieferungen und Dienstleistungen.
64. In der alten IVöB sind die entsprechenden Schwellenwerte noch höher bei CHF 9'575'000 sowie bei CHF 383'000 bzw. CHF 766'000.

### *b) Nicht-Staatsvertragsbereich*

65. Die Schwellenwerte für die gemäss Art. 4 Abs. 4 Bst. a und b IVöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs der IVöB unterstellten anderen Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben sowie subventionierten Objekte und Leistungen betragen CHF 150'000 (unterhalb: freihändiges Verfahren) bis CHF 250'000 für ein Einladungsverfahren. Für Beträge ab CHF 250'000 muss ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden. Einzig bei Bauleistungen / Bauhauptgewerbe sind die entsprechenden Schwellenwerte höher und betragen CHF 300'000 und 500'000.
66. Hier ist im Vergleich zur alten IVöB einzig der untere Schwellenwert für die Durchführung eines Einladungsverfahrens anstelle einer freihändigen Vergabe erhöht worden, welcher bisher CHF 100'000 betrug.
67. Im Anwendungsbereich der IVöB richtet sich die Verfahrenswahl in der Regel nach den Schwellenwerten für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs.

### *c) Analoge Schwellenwerte bei Übertragung öffentlicher Aufgaben und Konzessionen*

68. "Die Schwellenwerte gemäss den Anhängen 1 und 2 IVöB gelten bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben und bei der Verleihung von Konzessionen [gemäss Art. 9 IVöB] analog. Wie bei anderen öffentlichen Aufträgen ist anhand der charakteristischen

Leistung des Anbieters die jeweilige Auftragsart (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) zu bestimmen. Gemischte Aufträge sind anhand des Schwergewichts zu unterstellen" (so die Musterbotschaft IVöB, S. 37; vgl. zur Konzession i.Ü. hinten Ziff. 4).

### **3. Öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 8 IVöB**

69. Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Art. 4 IVöB und einem Anbieter abgeschlossen wird und welcher der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient (Art. 8 Abs. 1 IVöB).
70. Das wesentliche Unterscheidungskriterium zwischen einer nicht beschaffungspflichtigen und einer beschaffungspflichtigen Tätigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, "dass der Auftraggeber nicht nur eine private Tätigkeit reguliert, sondern den Partner beauftragt, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, die sonst der Staat erfüllen würde" (so das BGer im Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.2.1). *Öffentliche Aufgaben* sind demnach all jene Aufgaben, die der Staat *auf der Grundlage eines entsprechenden Rechtssatzes* wahrzunehmen hat. Demgegenüber fallen Tätigkeiten, die der Regulierung privater Interessen dienen, nicht in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts (Musterbotschaft IVöB, S. 33; vgl. auch MARTIN BEYELER, Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen, in: Boillet/Favre/Martenet [Hrsg.], *Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genf/Zürich/Basel 2020, S. 470-504 [nachfolgend: BEYELER, Wettbewerbsneutralität], S. 479 ff.).
71. Wie das Bundesgericht im Urteil 2C\_1014/2015 vom 21. Juli 2016 bestätigte, umfasst der Begriff der öffentlichen Aufgabe gemäss IVöB beschaffungsrechtlich (es ging um eine Beschaffung unter alter IVöB) allerdings *nicht nur die staatlichen Kernaufgaben* (E. 2.2.3), sondern in jenem Entscheid bspw. auch den Aufbau und Vertrieb eines Veloverleihsystems. Eine Einschränkung in Bezug auf gewisse Kategorien von Dienstleistungen sehe die IVöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nicht vor (E. 2.2.2); vgl. zum Begriff des öffentlichen Auftrags und der öffentlichen Aufgabe auch eingehend das Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2019.331 vom 12. März 2020, AGVE 2020, S. 313 ff., insb. 316 ff. und 319 ff. [Bejahung eines öffentlichen Auftrags bei der Aufstellung von Sammelcontainern für Kleider]).
72. Weitere Elemente des öffentlichen Auftrags sind die Entgeltlichkeit und das Vorliegen eines Austauschverhältnisses, welches auch dann zu bejahen sein kann, wenn Dritte Empfänger der Leistung sind oder aber umgekehrt das Entgelt für die Leistung von Dritten bezahlt wird. Dementsprechend ist auch zwischen (nicht ausschreibungspflichtigen) Veräusserungsgeschäften und (ausschreibungspflichtigen) Erwerbsgeschäften zu unterscheiden (vgl. BEYELER, Wettbewerbsneutralität, S. 479 ff.).
73. *Man kann sich mit Fug auf den Standpunkt stellen, dass es sich bei der Projektierung, Erstellung und dem Betrieb von alpinen Solaranlagen um eine gewerbliche Tätigkeit in einem Wettbewerbsbereich handelt* (vgl. vorn Lit. B Ziff. 2 Bst. c sowie auch Ziff. 3).

Dennoch kann es im konkreten Einzelfall so sein, dass es sich auf der Grundlage einer entsprechenden gesetzlichen Regelung (bspw. kommunales Recht) um eine öffentliche Aufgabe handeln könnte. Sodann handelt es sich unbestreitbar um eine Tätigkeit im Allgemeininteresse, was aber eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht allein aus diesem Grund noch nicht rechtfertigen dürfte. Entscheidend ist bei Sektorenauftraggebern vielmehr, ob die Stromproduktion aus alpinen PV-Grossanlagen in den Kernbereich ihrer Tätigkeit fällt, was in der Regel zu verneinen ist (vgl. dazu vorn Lit. B Ziff. 3).

#### **4. Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder Verleihung einer Konzession im Sinne von Art. 9 IVöB**

74. Mit der Revision 2019 wurde mit Art. 9 IVöB neu klargestellt, dass die Aufgabenübertragung und die Verleihung einer Konzession ebenfalls vom objektiven Geltungsbereich der IVöB umfasst sind, und zwar in dem Sinne, dass sie wie ein öffentlicher Auftrag ausgeschrieben werden müssen (vgl. zum Verhältnis zum BGBM vorn Lit. B Ziff. 8).
75. In den noch vor Inkrafttreten der Revision 2019 ergangenen Entscheiden BGE 144 II 177 und BGE 144 II 184 hatte sich das Bundesgericht mit der Abgrenzung zwischen öffentlicher Beschaffung und Sondernutzungskonzessionen zu befassen. Konkret ging es in beiden Entscheiden um eine Konzession zur Nutzung öffentlichen Grundes für den Betrieb eines Veloverleihsystems: Allein die Tatsache, dass ein Gemeinwesen es einem privaten Unternehmen gestattet, eine bestimmte Tätigkeit auf dem öffentlichen Grund auszuüben, führt noch nicht zur Unterstellung unter das Vergaberecht, solange das Gemeinwesen dem Privaten nicht die Ausübung einer Aufgabe überträgt (E. 2.2). Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung nur, wenn mit der Erteilung der Konzession untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden sind, die normalerweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden (vgl. BGE 135 II 49 E. 4.4; Urteil des BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.3). Mit anderen Worten, wie in der betreffenden Regeste des Leitentscheids BGE 144 II 184 festgehalten wird: *"Wenn eine private Unternehmung durch den Staat beauftragt wird, eine Aufgabe von öffentlichem Interesse zu erfüllen, so [und nur dann, bleibt zu ergänzen] ist diese grundsätzlich als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren, selbst wenn der Nutzer den öffentlichen Grund für seine Aktivitäten benutzen darf* (E. 2.4). Die Zurverfügungstellung des öffentlichen Grundes durch den Staat bildet in dieser Konstellation die vom Staat eingeräumte Gegenleistung" (E. 2.5; vgl. auch BGE 144 II 177)".
76. Es stellt sich die Frage, wie es sich mit dieser Abgrenzung nach dem Inkrafttreten der IVöB 2019 verhält. In der Musterbotschaft zu IVöB 2019, S. 35 wird dazu festgehalten, dass Baukonzessionen vom GPA erfasst sind, wohingegen dies bei Dienstleistungskonzessionen nicht der Fall sei. Einstweilen gebe es in der Schweiz keine Baukonzessionen. Ansonsten seien die schweizerischen Konzessionen des Verwaltungsrechts vielgestaltig. Die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts kam auch in aktuellen kantonalen Entscheiden zur Anwendung (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2019.331 vom 12. März 2020, AGVE 2020, S. 313 ff. [Bejahung eines öffentlichen Auftrags und nicht einer Sondernutzungskonzession bei der Aufstellung von Sammelcontainern für

Kleider], Urteil des Kantonsgerichts Waadt MPU.2021.0019 vom 6. Oktober 2021 [Verneinung eines öffentlichen Auftrags betreffend Plakatkonzession]; vgl. ferner Urteil des BVer B-1231/2019 vom 24. März 2021 E. 4.1.3 [Vorliegen einer Sondernutzungskonzession betreffend Verpachtung von Restaurants in Bahnhofsnähe verneint] sowie Urteil des BGer 2C\_228/2020 vom 21. Juli 2020 insb. E. 5.3.3 [Verpachtung von Buvetten-Standplätzen als Sondernutzungskonzession].

77. In den Kantonen, die der IVöB 2019 noch nicht beigetreten sind, dürfte die bundesgerichtliche Rechtsprechung ebenfalls weitergelten, sodass sich die Rechtslage nicht unterscheidet.
78. BEYELER (MARTIN BEYELER, Die Aufgabenübertragungskonzession, in: BR/DC 1/2022, S. 24 ff., 26) will die Unterstellung von Dienstleistungskonzessionen von der Positivliste betreffend Dienstleistungen (Annex 5 Anhang I GPA) abhängig machen, in dem Sinne, dass unabhängig davon, ob nach einzelstaatlichem Verständnis eine Aufgabenübertragung oder Konzession vorliegt, solche Verträge der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 9 IVöB unterstellt sind. Demzufolge ist die Übertragung von öffentlichen Aufgaben, auf welche Weise diese auch erfolgt, dem GPA unterstellt.
79. Gemäss Musterbotschaft IVöB soll eine *Unterstellung von Konzessionen unter das Beschaffungsrecht nur dann* bestehen, wenn die *Übertragung einer öffentlichen Aufgabe* (vgl. dazu vorn, Rz. 69 ff.) in Frage steht. Konzessionen dagegen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen, wie z.B. Sondernutzungskonzessionen oder solche, die dem Bewerber kein Alleinstellungsmerkmal im Sinne von Rechten, die ihm vorher nicht zustanden, vermitteln, werden gemäss Musterbotschaft nicht erfasst (vgl. dazu auch ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics [nachfolgend: Droit des marchés publics], 2. Aufl Bern 2023, Rz. 321 ff.). Mit dem Verweis auf öffentliche Aufgaben werden gemäss Musterbotschaft "alle Bereiche [erfasst], in denen den Staat eine *Erfüllungsverantwortung* trifft" (S. 36).
80. Es kommt also auch bei einer Konzessionserteilung letztlich darauf an, ob öffentliche Aufgaben mitübertragen werden. *Dass den Staat – wie namentlich bei der Stromproduktion (vgl. Art. 6 Abs. 2 EnG) – eine Gewährleistungsverantwortung trifft, genügt nicht, um eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht zu begründen.*
81. Die besonderen Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts, welche die Vergabe nach Art. 2 Abs. 7 BGBM regeln, gingen vor der Revision nach bundesgerichtlicher Ansicht dem allgemeinen Vergaberecht vor. So z.B., wo das kantonale Recht die Nutzung des Untergrunds regelt. *Wo es nicht durch übergeordnetes Recht verlangt wird, kann der Kanton laut Bundesgericht wählen, ob er ein Bewilligungsverfahren, den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages oder aber eine Konzession vorsehen will.* So gilt dies gemäss Bundesgericht im Fall der Tiefengeothermie (BGE 145 II 32 E. 3.1), wo sich der betreffende Kanton mit einem Bewilligungsregime begnügen konnte, mit der Folge, dass eine Ausschreibung im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht erforderlich war (E. 4). Ob diese Rechtsprechung unter dem revidierten Beschaffungsrecht noch gilt, ist

offen. In der Frage der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht m.E. entscheidend bleiben dürfte letztlich, ob öffentliche Aufgaben übertragen werden. Der Wortlaut und auch der Gesetzeszweck von Art. 9 IVöB würden es nicht zulassen, eine ausdehnende Auslegung auf im öffentlichen oder im Allgemeininteresse liegende Aufgaben vorzunehmen, um eine Unterstellung zu begründen.

82. Denkbar ist schliesslich auch, dass das kantonale oder kommunale Recht Regelungen zur Form der Rechtseinräumung im Hinblick auf die Erstellung von alpinen Solaranlagen enthält. Stand Anfang Juni 2023 sind der Verfasserin keine solchen Regelungen bekannt. (Das vorn in Rz. 11 genannte Dekret des Kantons VS regelt nur das Baubewilligungsverfahren; ebenso der geplante Leitfaden des Kantons GR).

##### **5. *Spezialgesetzliche Regelungen***

83. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts sowie auch des kantonalen Rechts zur Frage der Anwendbarkeit des allgemeinen Beschaffungsrechts, namentlich auf Konzessionserteilungen, gehen letzterem vor (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 30 f.).
84. Solche Bestimmungen, welche die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts ausschliessen, enthalten etwa Art. 3a und 5 Abs. 1 StromVG für die Konzessionsvergabe für Übertragungs- und Verteilnetze sowie Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> und 62 Abs. 2<sup>bis</sup> WRG für Wasserrechtskonzessionen.
85. Im vorliegenden Kontext stellt sich die Frage, ob Art. 71a EnG betreffend die alpinen Solaranlagen im Sinne von spezialgesetzlichen Sonderregelungen bzw. beschaffungsrechtlichen Vereinfachungen ergänzt werden soll (vgl. dazu hinten Ziff. V Lit. G).

##### **6. *Dringlichkeit als Voraussetzung für ein freihändiges Verfahren***

86. Die Berufung auf Art. 21 Abs. 1 Bst. d IVöB erfordert eine *situative Dringlichkeit*, die es ausschliesst, dass der Auftraggeber ein offenes oder selektives Verfahren oder ein Einladungsverfahren durchführt, weil er sonst seinen Pflichten nicht nachkommen kann (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 56 sowie ferner zur Dringlichkeit von Beschaffungen vor dem Hintergrund des SARS-CoV-2-Virus BEYELER/SCHERLER, Vergaberecht 2022, Rz. 3).
87. In BGE 141 II 113 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der Dringlichkeit als Voraussetzung eines freihändigen Verfahrens unter der alten IVöB zu befassen. In jenem Entscheid verneinte das Bundesgericht das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anwendung der Dringlichkeitsklausel, weil die Zeit, die der Auftraggeberin effektiv zur Verfügung gestanden hätte, mehr als 6 Monate betrug und somit ausgereicht hätte, um ein offenes Verfahren mit einer verkürzten Frist durchzuführen (E. 5.6). Es gibt also einerseits ein zeitliches Kriterium, nach welchem es sich einschätzen lässt, ob ein offenes Verfahren überhaupt noch möglich wäre (vgl. etwa auch das Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 21. Oktober 2022 Nr. A1 22 100 insb. E. 4, wo die Berufung auf die

Dringlichkeit bei der Beschaffung von Presscontainern angesichts eines Zeitraums von 7 Monaten in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verneint wurde).

88. Andererseits erfordert die Berufung auf die Dringlichkeitsklausel stets eine entsprechende Analyse und Begründung im Einzelfall. Dabei gilt es im Auge zu behalten, dass mit freihändigen Vergaben unter Berufung auf die Dringlichkeitsklausel in einer ersten Phase der Beschaffungen Fakten auch in Bezug auf nachgelagerte Beschaffungen begründet werden können, indem beispielsweise Unternehmen beigezogen werden, die mehrere Leistungen anbieten können. *Die Dringlichkeit muss deshalb nicht nur phasen-, sondern einzelfallweise jeweils begründet werden können.*
89. Auf die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Berufung auf die Dringlichkeitsklausel gemäss Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB im Rahmen des "Solar-Expresses" gegeben sein können, ist im Einzelnen hinten unter Ziff. V Lit. C einzugehen.

**7. Ausnahme aufgrund übergeordneter öffentlicher Interessen im Sinne von Art. 10 Abs. 3 IVöB**

90. Der Gesetzeszweck von Art. 10 Abs. 3 IVöB besteht darin, dass der Wettbewerbsgedanke vor übergeordneten öffentlichen Interessen, wie dem Schutz des Lebens oder der öffentlichen Sicherheit, die bei gewissen Vergaben vorliegen, zurücktreten soll (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 40).
91. Die Berufung auf solche übergeordneten öffentlichen Interessen, die von der Vergabepflicht überhaupt entbinden, rechtfertigt sich *nur ausnahmsweise* und nicht in genereller Weise (vgl. POLTIER, Droit des marchés publics, Rz. 469). Sie muss den Ausnahmefall darstellen, wenn keine weniger weitgehende Alternative in Frage kommt (Verhältnismässigkeitsprinzip).
92. Grundsätzlich geht es bei der öffentlichen Sicherheit im Sinne von Art. 10 Abs. 3 IVöB um die nationale Sicherheit und Landesverteidigung oder auch um Beschaffungen von bestimmter sicherheitskritischer Ausrüstung für ein Polizeikorps und Ähnliches (vgl. dazu FELIX TUCHSCHMID, Handkommentar, Art. 10 Rz. 48 ff.).
93. Gemäss Art. 71a Abs. 1 Bst. B EnG gilt für alpine PV-Grossanlagen, deren rasche Erstellung mit dieser Übergangsregelung ermöglicht werden soll, dass "sie von nationalem Interesse sind". Dies bezieht sich jedoch primär auf die Raumplanung.
94. Die *Stromversorgung ist Teil der kritischen Infrastrukturen der Schweiz* (vgl. Art. 7 Abs. 1 EnG): "Der Schutz kritischer Infrastrukturen (SKI) hat zum Ziel, die Verfügbarkeit von wichtigen Gütern und Dienstleistungen zu gewährleisten. Dazu gehören etwa Energie, Verkehr und die medizinische Versorgung. Als kritische Infrastrukturen bezeichnet werden nicht nur Bauten und Anlagen, sondern Versorgungssysteme und Dienstleistungen im weitesten Sinne. Schwerwiegende Ausfälle, beispielsweise ein landesweiter Strom-Blackout, können gravierende volkswirtschaftliche Schäden verursachen und die Bevölkerung

massiv belasten. Der Schutz kritischer Infrastrukturen umfasst unter anderem bauliche, technische, organisatorische oder rechtliche Massnahmen, die zum Ziel haben, solche Ausfälle nach Möglichkeit zu verhindern oder im Ereignisfall die Funktionsfähigkeit rasch wieder zu erlangen" (so die Website des Bundesamts für Bevölkerungsschutz BABS, <https://www.babs.admin.ch/de/aufgabenbabs/ski.html>).

95. Ob unter Berufung auf Art. 10 Abs. 3 IVöB auch Aufträge von einer Ausschreibungspflicht ausgenommen werden können, die angesichts einer drohenden Energiemangellage mit Risiken für die Sicherheit und Ordnung im Land sowie auch für die Gesundheit und das Leben von Menschen und Tieren im Hinblick auf die weitere Gewährleistung der Stromversorgungssicherheit mittels eines raschen Zubaus von PV-Grossanlagen erteilt werden müssen, *scheint mir aufgrund des gravierenden volkswirtschaftlichen Schadenspotenzials von Stromausfällen nicht ausgeschlossen*. Ob solche übergeordneten öffentlichen Interessen es rechtfertigen, sich auf eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrecht zu berufen, oder ob nicht eine freihändige Vergabe unter Berufung auf Dringlichkeit nicht doch möglich wäre, gilt es *stets situativ zu beurteilen*.

## V KONKRETE EINSCHÄTZUNG UND ANTWORTEN

### A. Frage 1: Unter welchen Voraussetzungen ist die Projektierung, Erstellung und der Betrieb von Photovoltaik-Grossanlagen vom subjektiven bzw. objektiven Geltungsbereich der IVöB erfasst? Unterliegen die Beschaffungen im Falle einer Unterstellung dem Staatsvertragsbereich? Ist eine Befreiung von der Unterstellung gestützt auf die Ausklinkklausel von Art. 7 IVöB denkbar?

#### 1. Grundsätzliche Unterstellung von öffentlichen Auftraggebern mit Ausnahme des ausschliesslich gewerblichen Tätigkeitsbereichs

96. Soweit **Gemeinden, Gemeindewerke in der Form von Verwaltungsabteilungen einschliesslich selbständige Einrichtungen des öffentlichen Rechts** die Planung alpiner PV-Grossanlagen (= Dienstleistung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. c IVöB) und die entsprechenden Bauleistungen und Lieferungen (= Leistungen i.S.v. Art. 8 Abs. 2 Bst. a und b IVöB) in Auftrag geben und ihre Anlagen anschliessend von Dritten betreiben lassen (= je nachdem Dienstleistung und/oder Stromlieferungen), besteht ab Erreichen der Schwellenwerte **grundsätzlich eine subjektive Unterstellung** unter das Beschaffungsrecht / IVöB. *Public-Private Partnerships* sind in Bezug auf ihre Unterstellung *einzelfallweise* zu beurteilen.
97. Eine *Ausnahme* gilt nun aber *für ausschliesslich gewerbliche Tätigkeiten* im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. a IVöB, wenn es also um die Beschaffung von Leistungen geht, welche die betreffende öffentliche Auftraggeberin zur Verfolgung einer Wettbewerbstätigkeit benötigt, sodass sie für diese kommerziellen Tätigkeiten dem Vergaberecht objektiv nicht unterstellt ist. Bei der Planung, Erstellung und dem Betrieb einer alpinen

Solaranlage kann es sich je nachdem um eine solche kommerzielle Tätigkeit eines ansonsten dem Beschaffungsrecht unterstellten öffentlichen Auftraggebers handeln, welche ausschliesslich Handelszwecken bzw. der Beschaffung von Strom für Marktkunden dient. Dies wäre im Einzelfall zu prüfen. *Zudem scheint es im Bereich des "Solar-Express" in der gegenwärtigen Prospektions- und Projektierungsphase wirksamen Wettbewerb zu geben* (vgl. dazu hinten Ziff. 2). *Dies würde für die Einordnung als kommerzielle Tätigkeit sprechen.*

98. *Keine rein gewerbliche Tätigkeit läge aber jedenfalls dann vor, wenn die Anlage zu lokalen Stromversorgungszwecken (Eigenbedarf der Gemeinde und/oder Grundversorgung von Endverbrauchern) oder auch zu solchen Zwecken errichtet würde, die dem Netzbetrieb zuzurechnen wären.* Hier wäre nach der Präponderanztheorie zu entscheiden, welche Art von Tätigkeit überwiegt.
99. Die Tatsache, dass der Bau von grossen alpinen Solaranlagen nicht allein wirtschaftlichen Eigeninteressen dient, sondern stets auch im Allgemeininteresse liegt (Erhöhung der inländischen Winterstromproduktion im Hinblick auf die Gewährleistung der Versorgungssicherheit), begründet m.E. allein noch keine Unterstellung unter das Vergaberecht, da diese Tätigkeit den Kantonen und Gemeinden nicht vorgeschrieben ist (abweichende kantonale oder kommunale Regelungen bleiben vorbehalten). Bund und Kantonen kommt in Bezug auf die Stromproduktion grundsätzlich eine Gewährleistungsfunktion zu (Art. 6 Abs. 2 EnG).

## **2. Fehlende Unterstellung von Privaten und von Tätigkeiten im Wettbewerbsbereich**

100. Die eingangs geschilderte *Ausgangslage in tatsächlicher Hinsicht spricht dafür, dass es sich beim "Solar-Express" zumindest in einer ersten Phase um einen Wettbewerbsbereich handelt*, in welchem *private Projektanten* alpine Solaranlagenprojekte an geeigneten Standorten im Alpenraum vorantreiben, um in den Genuss höherer Einmalvergütungen sowie Verfahrenserleichterungen zu kommen, wenn sie die Vorgaben gemäss Art. 71a EnG erfüllen können. *Diese Ausgangslage spricht m.E. tendenziell gegen eine Unterstellung der Projektierungsphase unter das Vergaberecht.*
101. **Daran ändert sich jedoch in beschaffungsrechtlicher Hinsicht etwas, wenn und sobald öffentliche Auftraggeberinnen und/oder Sektorenauftraggeber im Kernbereich** (vgl. dazu hinten Ziff. 3) **tätig oder involviert** sind, sei es von Beginn weg oder auch erst in einem späteren Stadium des Projekts, insbesondere im Rahmen einer Public-Private Partnership.
102. Eine genauere Einschätzung erfordert mithin eine **Analyse der konkreten Konstellation im Einzelfall unter Miteinbezug der Entwicklungen Phase für Phase.** *Die Frage der Ausschreibungspflicht der Aufträge ist also je nach Gegebenheiten im konkreten Einzelfall Phase für Phase jeweils wieder neu zu beurteilen*, sodass die Beurteilung von derjenigen der vorangegangenen Phase auch abweichen kann.

103. Solange die Gemeinden mit den privaten Projektanten über die Nutzung von öffentlichem Grund für die Zwecke einer alpinen PV-Grossanlage **Baurechtsverträge** abschliessen, führt dies noch **nicht** zur Unterstellung unter das **Vergaberecht**. Am Charakter eines *Veräusserungsgeschäfts* der öffentlichen Hand *ändert sich dann etwas*, wenn die Gemeinde in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt, *dem Baurechtsberechtigten entsprechende Aufgaben überträgt und ihn dafür entschädigt, und es damit zum Beschaffungsgeschäft wird*. So etwa, wenn der Vertrag zugleich eine Stromlieferungspflicht für die lokale Grundversorgung o.Ä. beinhaltet oder wenn damit ein anderes spezifisches Interesse der Gemeinde verfolgt wird (vgl. BEYELER, Wettbewerbsneutralität, S. 494 ff.).

**3. Nichtunterstellung der Sektorenauftraggeber für Tätigkeiten ausserhalb des Kernbereichs**

104. Ebenfalls im Staatsvertragsbereich dem Beschaffungsrecht unterstellt sind sodann öffentliche und namentlich auch private *Sektorenauftraggeber*, die feste Elektrizitätsnetze bereitstellen oder betreiben zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, der Fortleitung oder der Verteilung von elektrischer Energie oder die Versorgung dieser Netze mit elektrischer Energie (Art. 4 Abs. 2 IVöB). *Die Unterstellung der privatrechtlichen EVUs* (bei den öffentlichen Sektorenauftraggebern dürfte es sich in der Regel um Auftraggeber im Sinne von Abs. 1 handeln) *betrifft nur den Kernbereich der Sektorentätigkeit, nicht hingegen Nicht-Sektorentätigkeiten, die per se dem Vergaberecht nicht unterstellt* sind (vgl. Art. 4 Abs. 3 IVöB).
105. Bei der **Stromproduktion aus "neuen" erneuerbaren Energien, wie namentlich Photovoltaik**, handelt es sich nach Ansicht massgebender Exponenten der Lehre (insb. BEYELER, GALLI/MOSER/STEINER/LANG, ZIMMERLI; vgl. vorn, Rz. 32) um eine Tätigkeit **ausserhalb des Kernbereichs** der ansonsten dem Beschaffungsrecht unterstellten Sektorenauftraggeber. **Sektorenauftraggeber, welche dem Vergaberecht allerdings bereits als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVöB oder anderweitig unterstellt sind, müssen dennoch ausschreiben**. Diese *Nichtunterstellung einer Tätigkeit ausserhalb des Kernbereichs* kann deshalb *nur privatrechtliche Sektorenauftraggeber*, welche die Planung, Erstellung und den Betrieb einer alpinen Solaranlage in Auftrag geben, betreffen.
106. Sobald allerdings eine solche Anlage *auch der Sektorentätigkeit des betreffenden Auftraggebers dient*, ist die Situation *vergaberechtlich anders zu beurteilen*. Dies dürfte sich nicht nur anhand des konkreten Investitionsentscheids des Unternehmens (Stromverkauf am Markt, HKN etc.) beurteilen, sondern ebenso aufgrund der technischen und sonstigen faktischen Gegebenheiten im konkreten Einzelfall.
107. Im Bereich des "Solar-Expresses" scheint es in der gegenwärtigen Prospektions- und Projektierungsphase sodann *wirksamen Wettbewerb* zu geben.

108. Wie es in der Erstellungsphase aussehen wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls kommt es nach der prospektiven Phase mitunter zu Verkäufen von Projekten durch private Initianten bzw. von Investoren an EVUs oder aber zu Beteiligungen, sei es von öffentlichen EVUs und/oder Gemeinden. *Dies verändert die beschaffungsrechtliche Ausgangslage in Bezug auf die Vergabe der Vorbereitungs- und Erstellungsarbeiten für die Anlagen, die frühestens nach erfolgter Zustimmung durch die Standortgemeinde, tendenziell aber wegen der teilweise grossen Auftragssummen erst nach Erhalt der Baubewilligung des Kantons erfolgen wird.*

#### **4. Allfällige Befreiung gestützt auf die Auslinkklausel von Art. 7 IVöB**

109. Die Frage einer Befreiung von der Unterstellung *stellte sich nur dann, wenn die Projektierung, Erstellung und der Betrieb von Solaranlagen potenziell als im Kernbereich der Sektorenauftraggeber liegend betrachtet würde* (vgl. dazu vorn Ziff. 3, Rz. 105).
110. Das Parlament hat die volle Strommarktöffnung im Rahmen der Beratung des sog. "Mantelerlasses" über die sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien abermals zurückgewiesen (vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210047>). Das öffentliche Beschaffungsrecht bleibt somit bis auf weiteres auf die entsprechenden Sektorenauftraggeber im Kernbereich ihrer Tätigkeit anwendbar.
111. Die sog. "Auslinkklausel" gemäss Art. 7 IVöB würde es ermöglichen, Sektorenauftraggeberinnen für gewisse ihrer Sektorentätigkeiten von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht auf Vorschlag des InöB formell zu befreien, soweit de facto wirksamer Wettbewerb nachgewiesen werden kann (vgl. ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 7 Rz. 13). Der entsprechende Weg führte via das InöB über die WEKO an das UVEK bzw. an den Bundesrat und fällt daher auch aus diesem Grund als *kurzfristige Massnahme ausser Betracht*.

#### **5. Antwort zu Frage 1**

112. **Öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen** gemäss GPA 2012 bzw. Art. 4 Abs. 1 IVöB **müssen Aufträge**, welche die Projektierung, Erstellung und den Betrieb von PV-Grossanlagen betreffen, **grundsätzlich ausschreiben**. Es gelten die Schwellenwerte gemäss GPA.
113. Eine *Ausnahme* gilt für Projekte, die *ausschliesslich in einem kommerziellen Tätigkeitsbereich* solcher öffentlichen Auftraggeber und Unternehmen angesiedelt sind.
114. Was **Sektorenauftraggeber** wie insbesondere die Stromverteilnetzbetreiber (VNB) anbelangt, fällt die Erstellung von Photovoltaikanlagen nach herrschender Ansicht **nicht in den Kernbereich ihrer Sektorentätigkeit** gemäss dem bilateralen Abkommen mit der EU bzw. Art. 4 Abs. 2 IVöB. Dieser Tätigkeitsbereich ist somit **dem Vergaberecht nicht unterstellt, es sei denn, die Stromerzeugung aus den PV-Anlagen diene**

**auch der Sektorentätigkeit**, indem diese Energie namentlich für die Grundversorgung der Gemeinde und ihrer Endverbraucher verwendet wird. Grundsätzlich dürfte für die Beurteilung im konkreten Einzelfall, ob die Produktion aus der PV-Grossanlage der Sektorentätigkeit, sprich: auch der Grundversorgung von festen Endverbrauchern dient, der entsprechende Investitionsentscheid des betreffenden Unternehmens sowie daneben aber auch technische (Netzanschluss) und weitere Gegebenheiten im konkreten Einzelfall eine Rolle spielen.

115. **Tendenziell** handelt es sich in der **gegenwärtigen Projektierungsphase** des "Solar-Expresses", in welcher die Gemeinden von Privaten angegangen werden, überdies um einen **Wettbewerbsbereich**, in welchem das **Vergaberecht per se nicht zur Anwendung kommt**. *Dies kann sich aber mit der zunehmenden Beteiligung von Gemeinden und Energieversorgungsunternehmen, die grossmehrheitlich im Besitz von Kantonen und Gemeinden sind, ändern* und muss deshalb **im konkreten Einzelfall in jeder Phase neu beurteilt** werden.
116. Die Notwendigkeit eines Rückgriffs auf die sog. Auslinkklausel gemäss Art. 7 IVöB besteht aktuell nicht bzw. fällt für den "Solar-Express" aus zeitlichen Gründen ausser Betracht.

**B. Frage 2: Können im Falle einer grundsätzlichen Unterstellung dieser Leistungen die Beschaffungen gestützt auf Art. 10 Abs. 3 IVöB aufgrund übergeordneter öffentlicher Interessen ausserhalb des Beschaffungsrechts getätigt werden?**

**1. Antwort zu Frage 2**

117. Wegen des gravierenden Schadenspotenzials einer Strommangellage lässt es sich zwar argumentieren, dass die Planung, Erstellung und der Betrieb von alpinen PV-Grossanlagen dem Schutz und der Aufrechterhaltung der Stromversorgungssicherheit und damit übergeordneten öffentlichen Interessen im Sinne von Art. 10 Abs. 3 IVöB dient.
118. Es wäre jedoch m.E. zu weitgehend bzw. unverhältnismässig, angesichts mittelfristig (oder bei einer weiteren Verschärfung der Situation infolge des Ukrainekriegs auch bereits kurzfristig) drohender Energiemangellagen im Winterhalbjahr gestützt auf Art. 10 Abs. 3 IVöB sämtliche grösseren Kraftwerksprojekte – dies müsste entsprechend wohl auch für die 15 Kraftwerksprojekte des Rundes Tisches gelten, die nun im Anhang 1 zum revidierten EnG verankert werden sollen – aufgrund des übergeordneten öffentlichen Interesses der Gewährleistung der Stromversorgungssicherheit als vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen zu betrachten. Dies könnte *höchstens situativ* der Fall sein.
119. Eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf die Vergabe der grosse alpine PV-Anlagen betreffenden öffentlichen Aufträge wegen übergeordneter

öffentlicher Interessen lässt sich somit **nicht in genereller Art und Weise**, sondern liesse sich **nur ausnahmsweise situativ** begründen.

120. Im Zweifelsfall sind die entsprechenden Aufträge – bei ansonsten gegebenen Voraussetzungen für eine Unterstellung der Auftragsvergabe unter das Beschaffungsrecht – auszusprechen oder aber als weniger weitgehende Alternative wäre eine freihändige Vergabe wegen Dringlichkeit in Betracht zu ziehen.

**C. Frage 3: Falls nein: Können die Beschaffungen aufgrund der sehr knappen Zeitverhältnisse aus Gründen der Dringlichkeit gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB im Rahmen eines freihändigen Verfahrens getätigt werden?**

**1. Zur Dringlichkeit**

121. Soweit eine Ausschreibungspflicht aufgrund subjektiver und objektiver Unterstellung zu bejahen ist, dürfte im Rahmen des "Solar-Expresses" eine freihändige Vergabe gestützt auf die Dringlichkeitsklausel von Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB **tendenziell zulässig** sein, wenn die entsprechenden Leistungen von den Auftraggeberinnen sonst nicht rechtzeitig beschafft werden können, sodass die kurz bemessene Inbetriebnahmefrist bis Ende 2025 eingehalten werden kann. Ob die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, muss jedoch **im konkreten Einzelfall bei jeder Vergabe neu geprüft und begründet** werden. Dies setzt zudem auch voraus, dass die betreffende Beschaffung *nicht nur aus unvorhersehbaren, sondern auch aus nicht selbst verschuldeten Gründen (keine Versäumnisse) dringlich* ist.
122. Das Parlament hat die Dringlichkeit eines "Solar-Expresses" infolge unvorhersehbarer kriegerischer Ereignisse in der Ukraine mit überwiegender Mehrheit für gegeben erachtet, wie dies in den Protokollen der Debatten festgehalten ist (AB 2022 S 718, 738, 740 f., 947 ff; AB N 1700, 1702, 1703 f., 1704 sowie die Beschlüsse über die Dringlichkeitsklausel des NR vom 28.9.2022 sowie des SR vom 29.9.2022). Der "Solar-Express" wurde somit in derselben Session am 30. September 2022 verabschiedet und per 1. Oktober 2022 in Kraft gesetzt. In der Übergangsregelung von Art. 71a EnG wurde eine dementsprechend *knappe und damit schon an sich schwer einzuhaltende Frist* vorgesehen, indem Anlagen, die für den "Solar-Express" bzw. die entsprechende Förderung qualifizieren, bis Ende 2025 wenigstens teilweise in Betrieb gehen müssen.
123. Dies hat dazu geführt, dass in kürzester Zeit sehr viel mehr Projekte solcher alpiner PV-Grossanlagen als bisher evaluiert wurden.
124. Erst der *verzögerte Erlass der Verordnungsbestimmungen Mitte März 2023 hat mehr Klarheit in verschiedenen wichtigen Punkten betreffend die Umsetzung von Art. 71a EnG* gebracht, sodass einige Projektanten bis zum Erlass der Verordnungsbestimmungen noch mit angezogener Handbremse unterwegs gewesen sein dürften, was die zur Verfügung stehende Zeit für die termingerechte Erstellung solcher Anlagen auch noch einmal

um ein halbes Jahr verringert hat. Namentlich hat erst der Erlass der Verordnungsbestimmungen Klarheit darüber gebracht, dass in der Regel in der Standortgemeinde noch eine Volksabstimmung wird stattfinden müssen, bevor die kantonale Baubewilligung erteilt werden kann, sowie dass auch noch eine Plangenehmigung des ESTI bzw. BFE erforderlich ist.

## **2. Handhabung**

125. In Bezug auf die Dringlichkeit der Beschaffungen kann wohl **zwischen den verschiedenen Phasen**, in welchen die entsprechenden Auftragsvergaben anfallen, **unterschieden** werden:
126. (1) Die Dringlichkeit als Voraussetzung für eine **freihändige Vergabe von Projektierungsarbeiten** wäre m.E. als gegeben zu betrachten, zumal diese Arbeiten in der Regel von privaten Unternehmen initiiert wurden und im heutigen Zeitpunkt bereits weit fortgeschritten sein dürften. Für spezifische Arbeiten wie offenbar für Umweltverträglichkeitsprüfungen herrscht dem Vernehmen nach ein Fachkräftemangel, der sich dahingehend auswirkt, dass die entsprechenden Aufträge teilweise gar nicht erst erteilt werden können.
127. Falls nun das Parlament, wie im Nationalrat offenbar angedacht, die Übergangsregelung von Art. 71a EnG im Rahmen der Beratung des Mantelerlasses noch verlängern sollte, käme dieser Verlängerung keine Rückwirkung in dem Sinne zu, dass bereits (auf der Basis der im Herbst 2022 erlassenen Regelung mit ihren sehr knappen Fristen) erfolgte freihändige Vergaben nachträglich noch einmal ausgeschrieben werden müssten. Dies verstiesse gegen das Rückwirkungsverbot bzw. gegen das Vertrauensprinzip (Art. 9 BV).
128. (2) Die verbindlichen Offerten für die **Vorbereitungsarbeiten** (insb. Erstellung der Zufahrtswege), **Lieferung der Anlagenteile** (insb. je nachdem speziell angefertigte Solarpanels) und für die eigentlichen **Bauarbeiten** können frühestens nach Erteilung der Baubewilligung durch den Kanton eingeholt werden, d.h. in der Regel frühestens im 1. Quartal 2024. In Anbetracht der nicht einmal mehr zwei Jahre, die dann für die Erstellung und Inbetriebnahme der Anlagen noch zur Verfügung stehen, dürfte sich bei diesen Auftragserteilungen die **Frage der Dringlichkeit erneut stellen**. Die entsprechenden Aufträge müssen nach Erhalt der Baubewilligung tendenziell sehr rasch erteilt werden können.
129. Was die Offerten für die spezifisch geeigneten Solarpanels und für weitere Anlagenteile betrifft, dürften allfällige Lieferengpässe auf den globalen Märkten deren Verfügbarkeit, Preise sowie auch Lieferfristen beeinflussen. Diesbezüglich wird man nach Erhalt der Baubewilligung situativ im konkreten Einzelfall beurteilen und begründen müssen, ob die rechtzeitige Beschaffung nur mittels freihändiger Vergabe realisiert werden kann oder ob die Einholung mehrerer Offerten noch möglich ist.

130. Was die für die **Betriebsphase** zu vergebenden Aufträge (Betrieb, Wartungs- und Unterhaltsarbeiten) anbelangt, dürfte eine *Ausschreibung* hingegen *tendenziell möglich* sein.
131. Wie bereits eingangs festgehalten, beinhaltet die Dringlichkeitsklausel **keine generelle Freistellung** von der Ausschreibungspflicht für Auftragsvergaben im Rahmen des "Solar-Expresses". Ob die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, **bedarf vielmehr der Prüfung und Begründung im konkreten Einzelfall (vgl. Art. 21 Abs. 3 IVöB), und zwar bei jeder Vergabe aufs Neue.**
132. Gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren kann gemäss Art. 56 Abs. 5 IVöB *Beschwerde* geführt werden.

**3. Antwort zu Frage 3**

133. Soweit eine Ausschreibungspflicht aufgrund subjektiver und objektiver Unterstellung zu bejahen ist, dürfte im Rahmen des "Solar-Expresses" eine freihändige Vergabe gestützt auf die Dringlichkeitsklausel von Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB **tendenziell zulässig** sein, wenn die entsprechenden Leistungen von den Auftraggeberinnen sonst nicht rechtzeitig beschafft werden können, sodass die kurz bemessene Inbetriebnahmefrist bis Ende 2025 eingehalten werden kann. Ob die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, muss jedoch **im konkreten Einzelfall bei jeder Vergabe neu geprüft, begründet und dokumentiert** werden (vgl. Art. 21 Abs. 3 IVöB).
134. Die Dringlichkeitsklausel beinhaltet **keine generelle Freistellung** von der Ausschreibungspflicht für Auftragsvergaben im Rahmen des "Solar-Expresses".

**D. Frage 4: Stellt die erforderliche Zustimmung der Standortgemeinde nach Art. 71a Abs. 3 EnG zur geplanten Photovoltaik-Grossanlage in rechtlicher Hinsicht eine Konzessionsverleihung nach Art. 9 IVöB bzw. Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM; SR 943.02) dar? Sind spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts in diesem Zusammenhang zu beachten? Falls eine Unterstellung der Konzessionsvergabe unter das Beschaffungsrecht bejaht wird, sind Art. 10 Abs. 3 IVöB oder Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB anwendbar (siehe Frage 2 und 3)?**

**1. Konzessionen als öffentliche Aufträge im weiteren Sinne**

135. Gemäss Musterbotschaft IVöB, S. 35 werden Sondernutzungskonzessionen von Art. 9 IVöB nicht erfasst. Für Kantone und Gemeinden gilt nach Art. 2 Abs. 7 BGBM ebenfalls nur eine Ausschreibepflicht für Monopolkonzessionen (die Ausschreibungspflicht soll die Entstehung eines eigentlichen Binnenmarktes für konzessionierte Tätigkeiten ermöglichen [Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004,

BBI 2005 465, 483, Ziff. 2.5.3]; Sondernutzungskonzessionen können daher schon nur vom Gesetzeszweck her nicht erfasst sein).

136. Was spezifisch den "Solar-Express" betrifft, wurde die **Frage der Konzessionspflicht den Gemeinden überlassen** (dies lässt sich den Voten von SRin Z'GRAGGEN im Rahmen der Beratung der Motion 22.3035 entnehmen; AB SR 15.09.2022 S. 46, AB SR 06.12.2022 S. 2).
137. *Soweit das kantonale oder kommunale Recht dies nicht anders vorsehen, muss die blosser Zuverfügungstellung von Alpweiden als Teil des öffentlichen Grundes einer Gemeinde zugunsten eines Unternehmens, welches auf diesen Parzellen die Erstellung einer alpinen Solaranlage plant, nicht in Form einer Konzessionserteilung erfolgen.* Es handelt sich um eine Sondernutzung, welche aber die weitere herkömmliche Nutzung als Alpweide in der Regel zulassen wird. Vorbehältlich abweichender kantonaler oder kommunaler Vorschriften genügt ein (privatrechtlicher) Baurechtsvertrag, mit welchem sich der Bauberechtigte im Gegenzug zur Leistung eines Entgeltes sowie namentlich auch zum Rückbau i.S.v. Art. 71a Abs. 5 EnG verpflichtet. Der **Baurechtsvertrag** stellt in diesen Fällen ein **normales Veräußerungsgeschäft der Gemeinde** dar und ist als solches **dem Vergaberecht nicht unterstellt**, zumal die Initiative in der Praxis in aller Regel nicht von der Gemeinde ausgeht.

## **2. Zustimmungserfordernis der Standortgemeinde**

138. Es stellt sich in diesem Zusammenhang schliesslich noch die Frage, ob die für die Erteilung der Baubewilligung durch den Kanton notwendige Zustimmung der Standortgemeinde (vgl. Art. 71a Abs. 3 EnG i.V.m. Art. 9f EnV) an dieser Qualifikation etwas ändert, indem die in aller Regel erforderliche kommunale Abstimmung dem Baurechtsvertrag ein notwendiges hoheitliches Element hinzufügt.
139. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Einordnung als öffentliche Aufträge ist der blosser Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, nicht ausschlaggebend für die Qualifikation als Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet (vgl. BGE 145 II 252 E. 4.1 [Vergabe des Auftrags zum Betrieb eines Hotels/Restaurants, das der Stadt Genf gehört] sowie Urteil des BGer 2C\_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.3). Im Planungs- und Baurecht gibt es ebenfalls einige Vorschriften, welche die Zustimmung der Standortgemeinde vorsehen (z.B. Unterschreitung Waldabstand). Dies ändert aber nichts am Charakter als Baubewilligung. Es wird daraus keine Konzession. Entsprechendes muss beim Zustimmungserfordernis gelten: **Die bundesrechtliche Vorschrift gemäss Art. 71a Abs. 3 EnG beinhaltet m.E. keine Vorgabe dahingehend, dass die Einräumung des Nutzungsrechts in Form einer Konzessionsverleihung anstelle eines (zustimmungsbedürftigen) Baurechtsvertrags zu erfolgen hat.** Vielmehr ist mangels einer bundesrechtlich statuierten Konzessionspflicht (wie dies bspw. im Anwendungsbereich des WRG der Fall wäre) in Analogie zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur

Untergrundnutzung für die Tiefengeothermie (BGE 145 II 32 E. 3.1) davon auszugehen, dass es dem Kanton bzw. der Gemeinde freisteht, sich auch mit einem (i.S.v. Art. 71a Abs. 3 EnG) *zustimmungsbedürftigen Vertrag* zu begnügen. Dies wird namentlich auch durch die in Rz. 136 referenzierten Voten von SRin Z'GRAGGEN bestätigt.

### **3. Allfällige kantonale oder kommunale spezialgesetzliche Regelungen**

140. Weder das Bundesrecht, wie soeben dargelegt, noch – soweit mir bekannt – kantonales Recht enthalten spezifische Regelungen, welche für die für die Zurverfügungstellung von öffentlichem Grund für die Erstellung von alpinen PV-Grossanlagen die Erteilung einer Konzession verlangen.
141. Es ist jedoch möglich, dass *Kantone oder Gemeinden* eine *Konzessionspflicht* spezialgesetzlich vorsehen wollen. Dies gilt es im konkreten Einzelfall jeweils abzuklären.
142. Dennoch dürfte es sich um *Sondernutzungskonzessionen* handeln, die nach herrschender Ansicht *nicht in den Anwendungsbereich von Art. 9 IVöB bzw. Art. 2 Abs. 7 BGBM* fallen und somit nicht auszuschreiben wären.

### **4. Antwort zu Frage 4**

143. Von Bundesrechts wegen besteht **keine Konzessionspflicht**. Das Zustimmungserfordernis der Standortgemeinde nach Art. 71a Abs. 3 EnG zur geplanten Photovoltaik-Grossanlage führt in rechtlicher Hinsicht nicht dazu, dass es sich um eine Konzessionsverleihung handelt.
144. Eine *Konzessionspflicht* kann sich jedoch *im Einzelfall aus dem kantonalen oder kommunalen Recht* ergeben, was jeweils zu prüfen ist.
145. Da es sich gegebenenfalls um eine *Sondernutzungskonzession* handelt, fällt diese nach herrschender Ansicht *nicht in den Anwendungsbereich von Art. 9 IVöB bzw. Art. 2 Abs. 7 BGBM*.
146. Die Frage einer Anwendbarkeit der Dringlichkeitsklausel (Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB) bzw. einer Berufung auf die Ausnahme wegen übergeordneter öffentlicher Interessen (Art. 10 Abs. 3 IVöB) stellt sich in diesem Kontext daher nicht.

**E. Frage 5: Welche beschaffungsrechtlichen Mindestanforderungen sieht das Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1) infolge der substanzialen Einmalvergütung durch den Bund vor? Erfolgt die Auswahl der Subventionsempfänger nach den Bestimmungen von Art. 10 Abs. 1 Bst. e SuG oder gestützt auf Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB nach der IVöB?**

**1. Ad hoc-Unterstellung von Subventionsempfängern gemäss Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB**

147. Auch die Einmalvergütung gemäss Art. 71a Abs. 4 EnG, um welche die Betreiber beim Bund ersuchen können, wenn ihre alpinen PV-Grossanlagen im Sinne dieser Übergangsregelung bis zum 31. Dezember 2025 mindestens teilweise Strom ins Netz einspeisen, ist rechtlich als Finanzhilfe (Subvention) im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SuG zu qualifizieren (vgl. vorn, Rz. 41).

148. Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB sieht eine ad hoc-Unterstellung von Empfängern von Subventionen vor, wenn diese ihrerseits Aufträge vergeben. Diese Bestimmung findet nur auf die Kantone Anwendung, da diese die Disziplinen des GPA als Folge des BGBM auf weitere Auftraggeber und Leistungen ausdehnen mussten (sog. *Nicht-Staatsvertragsbereich*; vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 28 f.).

149. Gestellt ist die Frage, ob diese Bestimmung auch bei Bundessubventionen gemäss Art. 71a Abs. 4 EnG zur Anwendung gelangt (vgl. dazu Ziff. 3).

**2. Beschaffungsrechtliche Mindestanforderungen gemäss Subventionsgesetz**

150. Das SuG sieht in Art. 17 Abs. 4 vor, dass die entsprechende Bundesbehörde den Subventionsempfänger verpflichten kann, einen angemessenen Wettbewerb sicherzustellen, indem sie ihn verpflichtet, mindestens drei Offerten einzuholen.

**3. Auswahl der Subventionsempfänger nach den Bestimmungen von Art. 10 Abs. 1 Bst. e SuG oder gestützt auf Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB nach der IVöB?**

151. Dies wirft die Frage auf, nach welchen Bestimmungen die Auswahl der Subventionsempfänger erfolgt.

**a) Auswahl der primären Subventionsempfänger**

152. Das Gesuch um Einmalvergütung für Anlagen nach Art. 71a EnG ist beim *BFE* einzureichen (Art. 46i Abs. 1 EnFV). Es kann erst gestellt werden, wenn eine rechtskräftige Baubewilligung für das Projekt vorliegt (Abs. 2).

153. Es wird somit das BFE sein, welches die Einmalvergütungen gemäss Art. 71a Abs. 4 EnG zuspricht und damit die Auswahl der primären Subventionsempfänger trifft: "Sind die

Anspruchsvoraussetzungen nach Artikel 71a Absatz 2 EnG voraussichtlich erfüllt und stehen genügend Mittel zur Verfügung, so *sichert* das BFE die Einmalvergütung mit einer Verfügung *dem Grundsatz nach zu* und:

- a. berechnet die voraussichtliche Höhe der Einmalvergütung zum Zeitpunkt der Zusage; sie *entspricht den zu erwartenden ungedeckten Kosten*;
- b. setzt den Höchstbetrag, den die Einmalvergütung nicht überschreiten darf fest; er *entspricht 60 Prozent der voraussichtlichen anrechenbaren Investitionskosten*;
- c. setzt gestützt auf die Buchstaben a und b den Zahlungsplan nach Artikel 46q fest" (Art. 46j EnFV).

154. Sind die Anspruchsvoraussetzungen nach Artikel 71a Absatz 2 EnG zum Zeitpunkt der Meldung der Nettoproduktion noch erfüllt, so *setzt* das BFE die Einmalvergütung auf den tiefsten Betrag der folgenden Werte *definitiv fest*:

- a. Höhe der definitiven ungedeckten Kosten (Abs. 2);
- b. 60 Prozent der voraussichtlichen anrechenbaren Investitionskosten (Art. 46j Bst. b);  
oder
- c. 60 Prozent der definitiven anrechenbaren Investitionskosten.

Die definitiven ungedeckten Kosten werden aufgrund der definitiven anrechenbaren Investitionskosten und der gemeldeten durchschnittlichen jährlichen Nettoproduktion gestützt auf den kalkulatorischen Zinssatz und das Preisszenario, die zum Zeitpunkt der Zusage dem Grundsatz nach gegolten haben, berechnet (Art. 46p Abs. 1 und 2 EnFV).

155. *Subsidiär* zur EnFV gelangen die *Grundsätze gemäss Art. 12 ff. SuG* zur Anwendung (vgl. Art. 2 Abs. 2 SuG).

b) *Ad hoc-Unterstellung der Subventionsempfänger für Auftragsvergabe*

156. Obschon sie grundsätzlich nicht vom Geltungsbereich des Beschaffungsrechts im Staatsvertragsbereich erfasst sind, könnten ausserhalb des Staatsvertragsbereichs auch *private Betreiber von alpinen Solaranlagen wegen der Höhe der Einmalvergütung*, die sie vom Bund gestützt auf Art. 71a EnG erhalten (max. 60 Prozent der Investitionskosten gemäss Verordnungsbestimmungen; siehe vorn, Bst. a), *ausnahmsweise vom Geltungsbereich der IVöB gestützt auf Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB erfasst sein* (ad-hoc Teilunterstellung).

157. Dies wäre dann der Fall, wenn mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern finanziert werden. *Demnach müssen mit mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten subventionierte private Ersteller und Betreiber von alpinen PV-Grossanlagen diejenigen Aufträge, die sie vergeben, ebenfalls ausschreiben*, und zwar *gemäss den geltenden Schwellenwerten im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich*, die sich aus Anhang 2

der im Einzelfall jeweils anwendbaren Version der IVöB ergeben (vgl. vorn Ziff. IV Lit. C Ziff. 2).

158. Es stellt sich nun die Frage, ob mit der im Maximum 60 Prozent der Investitionskosten betragenden Einmalvergütung effektiv der gemäss Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB die Vergabepflicht auslösende Gesamtfinanzierungsgrad (vgl. dazu ZIMMERLI, Handkommentar, Art. 4 Rz. 33; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 346 ff.; POLTIER, Droit des marchés publics, Rz. 198) erreicht ist.
159. Unterzieht man die betreffenden Regelungen in der EnFV einer genaueren Betrachtung, ist es nicht so, dass im Maximum effektiv 60 Prozent der Investitionskosten vergütet werden, wie Art. 71a Abs. 4 EnG dies vorsieht. Art. 38b EnFV hält vielmehr fest, dass die Einmalvergütung den *ungedeckten Kosten* entspricht, maximal aber 60 Prozent der anrechenbaren Investitionskosten. Um die ungedeckten Kosten bestimmen zu können, bedarf es einer *Wirtschaftlichkeitsrechnung*. Das Gesuch kann wie gesagt erst gestellt werden, sobald eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt (Art. 46i EnFV). Dadurch, dass die Vorgaben für die Berechnung der Wirtschaftlichkeit durch das BFE im Mai/Juni 2023 publiziert wurden (die entsprechenden Vorlagen für die Ertragsberechnung und für die Wirtschaftlichkeitsbewertung von PV-Grossanlagen (Excel-Tools) mit entsprechenden Wegleitungen finden sich auf der Website des BFE, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/einmalverguetung-fuer-photo-voltaik-grossanlagen.html>), können sich die Projektanten nunmehr auch schon zu einem früheren Zeitpunkt ausrechnen, wie hoch der Förderbeitrag ungefähr ausfallen wird (so der Erläuternde Bericht zu den Verordnungsbestimmungen zu Artikel 71a EnG, S. 5).
160. Um die Frage der Unterstellung der Auftragserteilung für die Vorbereitungs- und Erstellungsarbeiten für die unter dem "Solar-Express" laufenden Projekte sowie die Beschaffung der benötigten Solarmodule etc. (vgl. die Auflistung der Investitionskosten im entsprechenden Excel-Tool des BFE bzw. in der dazugehörigen Wegleitung) unter das Vergaberecht beantworten zu können, ist gemäss Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB wie gesagt eine *Gesamtkostenbetrachtung* erforderlich.
161. Nimmt man nun nur das Objekt, die alpine PV-Grossanlage und ihre Investitionskosten zum Massstab, liesse sich eine mehrheitliche Subventionierung bei solchen Anlagen, die die Vorgaben des "Solar-Expresses" erfüllen, aufgrund der 60 Prozent wohl bejahen. Sobald nun aber auch weitere Kosten in eine *Gesamtkostenbetrachtung* miteinfließen, wie dies bei einer Wirtschaftlichkeitsrechnung der Fall sein dürfte, sehen die Dinge nach informeller Auskunft der entsprechenden Fachexperten des BFE anders aus: Zu beachten sei insbesondere die ratio legis von Art. 71a EnG, dass nämlich mit der höheren Einmalvergütung ein rascher Zubau einer jährlichen Gesamtproduktion von maximal 2 TWh aus alpinen PV-Grossanlagen über eine Dauer von 30 Jahren (= Lebensdauer der Anlagen) bewerkstelligt werden soll. Dies legt eine **Lebenszyklusbetrachtung über die gesamte Lebensdauer dieser Anlagen von 30 Jahren** nahe, mit der Folge, dass sich die maximal 60 Prozent der (anrechenbaren) Investitionskosten im Rahmen einer solchen Gesamtkostenbetrachtung stark relativieren, sodass die Anwendungsgrenze von

Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB bzw. von Art. 17 Abs. 4 SuG beim "Solar-Express" nach (informeller) Einschätzung der Fachexperten des BFE nicht erreicht werden dürfte, ebenso wenig wie sie in anderen Fällen erreicht werde. Die Frage hat sich gemäss Auskunft BFE so in der Praxis bisher auch nie gestellt; es gebe auch andere Fälle von Einmalvergütungen im Umfang von über 50 Prozent der Investitionskosten, die entsprechend zu beurteilen seien.

- c) *Nach welchen Bestimmungen hätte die Vergabe der Aufträge durch die Subventionsempfänger gegebenenfalls zu erfolgen?*
162. Da es sich vorliegend um Bundessubventionen im Sinne des SuG handelt (vgl. hierzu vorn Rz. 41 und 145), stellt sich die Frage, ob auf eine allfällige Vergabe die IVöB bzw. das kantonale Recht oder aber die Bestimmungen des SuG zur Anwendung kommen.
163. Diese Fragestellung weist einerseits einen *zeitlichen Aspekt* auf, der vorliegend zu berücksichtigen ist: Die Auftragsvergabe für Projekte im Rahmen des "Solar-Expresses" wird, um den zeitlichen Rahmen einhalten zu können, unmittelbar nach Erhalt der kantonalen Baubewilligung erfolgen, je nachdem gleichzeitig mit dem Gesuch für die Bundesfördergelder bzw. bevor diese Gelder auch nur im Grundsatz zugesichert sind. *In dieser Phase beurteilt sich die Vergabepflicht nach der IVöB bzw. kantonalem Recht.*
164. Andererseits stellt sich die *Frage, ob kantonales Vergaberecht auch auf Empfänger von Bundessubventionen zur Anwendung gelangt.* Und dies, obschon das Subventionsgesetz des Bundes nunmehr ebenfalls eine entsprechende Bestimmung enthält. Inzwischen sieht Art. 17 Abs. 4 SuG für vom Bund subventionierte Projekte die Möglichkeit vor, den Empfänger einer Finanzhilfe zu verpflichten, bei Beschaffungen, die zu mehr als 50 Prozent mit Finanzhilfen des Bundes finanziert werden, einen angemessenen Wettbewerb sicherzustellen und zu diesem Zweck mindestens drei Offerten einzuholen.
165. Mit dieser Fragestellung hatte sich BEYELER bereits 2012 im Rahmen seiner Abhandlung zum Geltungsbereich des Vergaberechts und dort insbesondere in einer längeren Fussnote befasst (BEYELER, Geltungsbereich, Rz. 336, Fn. 411): Er kommt zum Schluss, dass es grundsätzlich zwar kohärenter wäre, wenn bei Bundessubventionen auf die Vergabe Bundesrecht zur Anwendung käme (welches ja nun zwischenzeitlich erlassen wurde). Es sei aber *nicht anzunehmen, dass eine Bundesvergabestelle Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB im konkreten Fall ausser Kraft setzen würde.* Zumal sich – so bleibt zu ergänzen – die bundesrechtliche und die kantonale Regelung nicht widersprechen (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV).
166. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich die **Frage der Vergabepflicht für die Beschaffungen der Subventionsempfänger nach Erhalt der Baubewilligung – soweit die Schwelle von über 50 Prozent der Gesamtkosten überhaupt überschritten wird – in erster Linie nach der IVöB bzw. kantonalem Recht** beurteilen wird.

167. Aufgrund der Tatsache, dass es sich um Bundessubventionen handelt, die bei Erfüllung der oben genannten Voraussetzungen ausgerichtet werden, wird sich alsdann auch das BFE zur Frage der Verfahrenserfordernisse für die Beschaffung der für die Erstellung der Anlagen benötigten Leistungen äussern *können*, wenn es die Ausrichtung einer Einmalvergütung zusichert (vgl. Art. 17 Abs. 4 SuG: "kann die Behörde"). *Es ist davon auszugehen, dass sich das BFE zurückhalten und Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB nicht ohne Not ausser Kraft setzen und durch einen eigenen Entscheid überlagern würde.*
168. In Anbetracht der knappen Zeit dürften wie gesagt namentlich die Aufträge für die Vorbereitungsarbeiten sowie auch Bestellungen für Anlagenteile unmittelbar nach Erhalt der Baubewilligung des Kantons erteilt werden. Es wird sich zugleich also die Frage der Anwendbarkeit der Dringlichkeitsklausel stellen.
169. Auch aufgrund der kurzen Fristen im Rahmen des "Solar-Expresses" wäre es nur schwer nachvollziehbar, wenn das BFE im Rahmen seiner Ermessensausübung, die sich am Willen des Gesetzgebers zu orientieren hat, dann doch seinerseits noch verfahrensmässige Auflagen für die Beschaffungen in der Erstellungsphase machen würde. Ausserhalb des "Solar-Expresses" hingegen dürfte die Frage der Unterstellung unter beschaffungsrechtliche Auflagen für die Beschaffung der benötigten Leistungen anders zu beurteilen sein.
170. Der Vollständigkeit halber zu erwähnen bleibt, dass als *Sanktion* für Verstösse gegen eine allfällige Ausschreibungspflicht sowohl Art. 45 Abs. 5 IVöB als auch Art. 30 Abs. 2<sup>bis</sup> SuG vorsehen, dass für einen öffentlichen Auftrag gesprochene finanzielle Beiträge ganz oder teilweise entzogen oder zurückgefordert werden können.

#### **4. Antwort zu Frage 5**

171. Da mit der höheren Einmalvergütung gemäss Art. 71a Abs. 4 EnG der Zubau einer jährlichen Gesamtproduktion von maximal 2 TWh aus alpinen PV-Grossanlagen bezweckt wird, erscheint eine **einzelfallweise Gesamtkostenbetrachtung über die gesamte Lebensdauer von solchen Anlagen über 30 Jahre angemessen.**
172. Diese Betrachtungsweise führt dazu, dass die **Schwelle von Art. 4 Abs. 4 Bst. b IVöB nicht überschritten sein dürfte** und damit allein keine ad hoc-Unterstellung von Subventionsempfängern ausgelöst wird, die nicht aus anderen Gründen bereits einer Vergabepflicht unterstehen.
173. Im Übrigen wird es *in erster Linie Sache der Kantone sein, sich mit dieser Frage zu befassen*, zumal die Auftragsvergabe durch die Projektanten nach Erhalt der Baubewilligung durch den Kanton aus zeitlichen Gründen je nachdem vor Erhalt der Zusicherung der Einmalvergütung durch das BFE erfolgen wird. Es darf davon ausgegangen werden, dass sich das BFE seinerseits zurückhalten wird, den Empfängern von Einmalvergütungen vergaberechtliche Auflagen zu machen.

**F. Frage 6: Welche Vorgehensweise wird von der Gutachterin auf der beschaffungsrechtlichen Ebene empfohlen, damit die gesetzten Produktionsziele von zusätzlicher Elektrizität aus Photovoltaik-Grossanlagen kurzfristig erreicht und die Stromversorgungssicherheit im Winter dadurch erhöht werden kann?**

**1. Auf Ebene Kantone**

174. Die betreffenden Kantone sind ihrerseits bereits aktiv geworden, um die Bewilligungsverfahren möglichst klar zu regeln, mit dem Ziel, rasch über entsprechende Baugesuche entscheiden zu können. Der Kanton VS hatte bereits im Februar 2023 ein Dekret erlassen, gegen welches jedoch das Referendum ergriffen wurde; die entsprechende Volksabstimmung findet im September 2023 statt. Die zuständigen Ämter des Kantons GR haben im Juli 2023 einen entsprechenden Leitfaden publiziert, an welchem sich Projektanten, aber auch die Gemeinden orientieren können. Damit soll das **kantonale Bewilligungsverfahren im Rahmen des Zulässigen beschleunigt** werden.
175. Die vergaberechtlichen Fragen stellen sich ausserhalb des Kontextes des Baubewilligungsverfahrens, wenn auch zweifellos im Hinblick auf die Erstellung solcher Anlagen. Eine Vorgehensmöglichkeit ist es deshalb, dass sich *die Kantone bzw. ihre interkantonalen Organe zu den vergaberechtlichen Fragen äussern*. Damit ist bereits ein gewisses **einheitliches Verständnis** erreicht und kundgetan, was der Sache sicher zuträglich ist.
176. Es empfiehlt sich sodann in einem nächsten Schritt eine *Information sowie ein gegenseitiger Austausch einerseits mit der WEKO* als Hüterin des Binnenmarkts *sowie andererseits mit dem für die Zusprechung der Einmalvergütungen zuständigen BFE*, welcher der zeitnahen Klärung allfälliger Fragen dienen soll.
177. Um die sich stellenden vergaberechtlichen Fragen zeitnah und *klar* zu beantworten, ist aber auch der *gesetzgeberische Weg* in Betracht zu ziehen. Darauf wird unter nachfolgender Lit. G näher eingegangen.

**2. Auf Ebene Gemeinden**

178. Die Gemeinden ihrerseits, die von Projektanten in Bezug auf Projekte auf ihrem Gemeindegebiet angegangen werden, sollten sich im Hinblick auf die in den meisten Fällen erforderliche Volksabstimmung in der Gemeinde (vgl. Art. 71a Abs. 3 EnG i.V.m. Art. 9f EnV) rasch ein **Bild** darüber verschaffen können, **ob konkrete Projekte auf dem Gebiet ihrer Gemeinde Chancen haben** verwirklicht werden zu können. Wenn ja, gilt es die entsprechenden **Baurechtsverträge** auszuarbeiten, mit allfälligen betroffenen Dritten wie insbesondere Weidberechtigten den **Konsens zu suchen und die Volksabstimmung vorzubereiten**.

179. Für die Gemeinden ist es wichtig zu wissen, dass sie die **Baurechtsverträge mit den Projektanten als Veräusserungsgeschäfte nicht ausschreiben** müssen, solange sie nicht selber aktiv werden und eigene bzw. öffentliche Interessen damit verfolgen.
180. Wenn sie jedoch **selber solche Projekte aktiv verfolgen oder sich an solchen Projekten beteiligen** (Public-Private Partnerships), muss den Gemeinden, ihren Dienstabteilungen und Gemeindewerken bewusst sein, dass sie sich damit **in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts begeben und einzelfallweise beurteilen** müssen, welche Leistungen ausgeschrieben werden müssen. Eine generelle Freistellung lässt sich mit der Dringlichkeit nicht begründen; *es bedarf vielmehr einer einzelfallweisen Analyse und Begründung.*
181. Der öffentliche Auftraggeber hat gegebenenfalls **für jeden nach Massgabe von Art. 21 Abs. 2 IVöB freihändig vergebenen Auftrag eine Dokumentation** mit folgendem Inhalt gemäss Absatz 3 dieser Bestimmung zu erstellen:
- a) Name des Auftraggebers und des berücksichtigten Anbieters;
  - b) Art und Wert der beschafften Leistung;
  - c) *Erklärung der Umstände und Bedingungen, welche die Anwendung des freihändigen Verfahrens rechtfertigen.*
182. Eine Berufung auf übergeordnete öffentliche Interessen im Sinne von Art. 10 Abs. 3 IVöB, um die Nichtanwendbarkeit des Beschaffungsrechts zu begründen, dürfte *nur ausnahmsweise situativ* in Frage kommen. Sich in allgemeiner Weise darauf zu berufen und nicht auszuschreiben, beinhaltet doch ein erhebliches Risiko.
183. Verstösse gegen beschaffungsrechtliche Vorschriften und namentlich ungerechtfertigte freihändige Vergaben (vgl. Art. 56 Abs. 5 IVöB) können *Beschwerden* nach sich ziehen. Sodann kann die Verletzung einer Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM gemäss BGE 148 II 564 Nichtigkeitsfolgen haben.

### **3. Auf Ebene Projektanten**

184. Sektorenauftraggeber wie namentlich private Verteilnetzbetreiber, die im Gegensatz zu den öffentlichen Sektorenauftraggeber nicht bereits anderweitig dem Vergaberecht unterstehen, ihren Investitionsentscheid für die **Erstellung einer alpinen PV-Grossanlage ausserhalb des Kernbereichs ihrer Sektorentätigkeit (Netz und Grundversorgung) zu dokumentieren und zu begründen**, um auf diese Weise Klarheit zu schaffen, dass sie sich damit auch ausserhalb der Ausschreibungspflicht bewegen dürfen. Im Zweifelsfall ist die Möglichkeit einer Ausschreibung zu prüfen.
185. Auch auf Ebene der potenziell unterstellten Sektorenauftraggeber empfiehlt es sich sodann, die **Ausschreibungspflicht** nicht nur in allgemeiner Weise, sondern **für sämtliche Beschaffungen wiederum auf Neue zu prüfen**, um *auf der Basis einer entsprechenden Analyse einzelfallweise* insbesondere entscheiden zu können, ob die

*erforderliche Dringlichkeit für eine freihändige Vergabe gegeben* ist. Eine generelle Freistellung lässt sich mit der Dringlichkeit nicht begründen; es bedarf vielmehr einer einzel-fallweisen Analyse. Im Übrigen kann auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer 2 verwiesen werden.

186. Rein private Projektanten unterliegen keiner Ausschreibungspflicht.

#### **4. Auf Ebene Bund**

187. Der Bund seinerseits will ganz allgemein die Verfahren für die Planung und den Bau grosser Kraftwerke für erneuerbare Energien beschleunigen und hat zu diesem Zweck den entsprechenden "Beschleunigungserlass" mit Botschaft vom 21. Juni 2023 (als Download auf <https://www.are.admin.ch/are/de/home/raumentwicklung-und-raumplanung/raumplanungsrecht/erneuerbare-energien/beschleunigungsvorlage.html>) ans Parlament übergeben.
188. Allerdings dürfte dieser Erlass für den "Solar-Express", der seinerseits Verfahrensvereinfachungen vorsieht (wenn auch nicht in vergaberechtlicher Hinsicht), nicht relevant sein. Wohl aber für die Erstellung von Anlagen, welche die Vorgaben für den "Solar-Express" nicht erfüllen oder aus anderen Gründen nicht unter dieser übergangsweisen Sonderregelung erstellt werden können.
189. Auf Ebene Bund wäre somit allenfalls die *Möglichkeit vergaberechtlicher Vereinfachungen für den "Solar-Express" zu prüfen* (vgl. dazu nachfolgende Lit. G) .

#### **5. Antwort zu Frage 6**

190. Den **Kantonen sowie auch den betroffenen Gemeinden** kommt im Hinblick auf die Umsetzung der Ziele des "Solar-Expresses" eine **entscheidende Rolle** zu.
191. Auf der beschaffungsrechtlichen Ebene ist zu empfehlen, dass sich die Gemeinden, ihre Abteilungen und Unternehmen auch rasch ein möglichst zutreffendes Bild davon machen müssen, wann sie **reine Veräusserungsgeschäfte** tätigen, die **nicht ausschreibungspflichtig** (Baurechtsverträge) **oder aber wann sie Leistungen beschaffen, die einer Ausschreibungspflicht unterliegen**. Die Kantone können dabei wertvolle Unterstützung leisten, indem sie ein möglichst breit akzeptiertes Verständnis erzielen und kommunizieren. Die einzelfallweise richtige Einschätzung und Umsetzung liegt in der Verantwortung der öffentlichen Auftraggeber bzw. Sektorenauftraggeber (soweit die alpine PV-Anlage ihrer Sektorentätigkeit dient). **Im Zweifelsfall und, soweit im konkreten Einzelfall in zeitlicher Hinsicht möglich, ist es besser auszusprechen statt darauf zu vertrauen, dass die Dringlichkeit des "Solar-Expresses" davon entbindet.** Letzteres **bedarf stets genauer Analyse, Begründung und Dokumentation im konkreten Einzelfall.**

192. Weiter wird empfohlen, dass die Kantone den *Informationsaustausch mit den Bundesbehörden*, d.h. einerseits mit der *WEKO* sowie andererseits auch mit dem *BFE* suchen.
193. Auf Ebene *Bund* wäre sodann allenfalls die *Möglichkeit vergaberechtlicher Vereinfachungen für den "Solar-Express" zu prüfen* (vgl. dazu nachfolgende Lit. G).

**G. Frage 7: Welche gesetzestechnischen (Nachfolge-)Regelungen werden mit Blick auf den Ablauf der Übergangsbestimmungen am 31. Dezember 2025 zur beschaffungsrechtlichen Klärung seitens der Gutachterin angeregt?**

194. Will man in vergaberechtlicher Hinsicht *Rechtssicherheit* schaffen, ist dies *wohl nur auf gesetzgeberischem Weg möglich*.

**1. Auf Ebene Bund**

195. So kann namentlich in Betracht gezogen werden, **beim Bundesparlament**, welches den "Solar-Express" im Herbst 2022 aufgegleist hat und sich in der Herbstsession 2023 mit der weiteren Differenzbereinigung des sog. Mantelerlasses (21.047) befassen wird, auf geeignete Weise eine **Ergänzung der gesetzlichen Übergangsregelung einzuspeisen, welche die Fragen der Anwendbarkeit des Vergaberechts bzw. der anwendbaren Verfahren spezialgesetzlich klärt**, etwa indem Art. 71a Abs. 4 EnG explizit dahingehend ergänzt würde. Der Bundesrat hat ja nun zwar Ende Juni 2023 auch noch den sog. Beschleunigungserlass ans Parlament übergeben (23.051). Speziell vergaberechtliche Regelungen in jenem Erlass kämen für den "Solar-Express" aber wohl zu spät, es sei denn, solche spezifischen Regelungen würden vorgezogen verabschiedet und in Kraft gesetzt.
196. Denkbar wären im Rahmen einer Ergänzung der bundesgesetzlichen Regelung auf geeignetem Weg insbesondere Bestimmungen, welche **vergaberechtliche Vereinfachungen spezifisch für den "Solar-Express"** beinhalten, etwa in der Art und Weise, wie man dies in Deutschland 2022 mit einer befristeten Regelung im Rahmen des LNG-Beschleunigungsgesetzes (LNGG) für den Bau von LNG-Terminals gemacht hat. Dort hat man im Oberschwellenbereich namentlich eine *gesetzliche Vermutung* vorgesehen, *dass der Ausnahmetatbestand für Dringlichkeitsvergaben vorliegt*. Dies hat zur Folge, dass die Auftraggeber aufgrund dieser Bestimmung zwar nicht davon befreit sind, *im Einzelfall zu prüfen und zu dokumentieren, ob die entsprechenden Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe erfüllt sind*. Die *Begründungsnotwendigkeit* ist unter solchen umgekehrten Vorzeichen jedoch eine *wesentlich erleichterte*.
197. Zu prüfen wäre je nachdem, ob allenfalls auch eine entsprechende *Regelung auf Verordnungsstufe* – namentlich in Art. 9a ff. EnV – genügen würde, die als solche den Vorteil hätte, dass sie durch den Bundesrat und damit *einfacher und je nachdem auch rascher* erlassen werden könnte.

198. Solche bundesrechtlichen Regelungen, die vergaberechtliche Vereinfachungen vorsehen, wären in der Schweiz eine *Neuheit* und sind bereits aus diesem Grund gut zu überlegen. Solche Regelungen hätten zweifellos die *Vorteile erhöhter Rechtssicherheit und schweizweiten Einheitlichkeit* für sich, nehmen auf der anderen Seite aber den Kantonen, die in erster Linie mit den vergaberechtlichen Fragen befasst sind, auch die Möglichkeit, dies nach ihrem Ermessen handhaben zu wollen. Schliesslich ist zu beachten, dass eine Beweislastumkehr die einzelfallweise Begründung zwar erleichtern, nicht jedoch gänzlich davon entbinden würde. Eine komplette Freistellung des "Solar-Expresses" vom Vergaberecht auf gesetzgeberischem Weg dürfte sich indes kaum rechtfertigen lassen.

## 2. **Auf Ebene Kantone**

199. Denkbar wäre es wohl auch, dass die **Kantone** ihrerseits, wenn nicht **spezialgesetzliche Bestimmungen** im Sinne von vergaberechtlichen Erleichterungen vorsehen (mit welchen jedoch die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM bei gegebenen Voraussetzungen nicht wegbedungen werden könnte), so aber **Leitlinien zur Handhabung** veröffentlichen, die dann entweder nur im betreffenden Kanton zur Anwendung kämen oder aber – besser – auf der Basis einer entsprechenden Koordination der Kantone untereinander ebenfalls zu einer einheitlichen Handhabung beitragen könnten.

## 3. **Antwort zu Frage 7**

200. Will man **für den "Solar-Express" in vergaberechtlicher Hinsicht vorab mehr Klarheit und damit Rechtssicherheit schaffen, die auch dem beabsichtigten Tempo zugute kommt**, wäre in Betracht zu ziehen, dies auf die Weise zu tun, dass in einem geeigneten Erlass **mit einer gesetzlichen Vermutung der Dringlichkeit eine verfahrensmässige Erleichterung vorgesehen** wird, die von der Begründung im konkreten Einzelfall zwar nicht entbindet, diese jedoch vereinfacht. Falls dies ins Auge gefasst würde, dann hätte dies idealerweise dies im Rahmen einer entsprechenden Ergänzung von Art. 71a EnG in der Herbstsession 2023, allenfalls im Rahmen einer entsprechenden Verordnungsbestimmung zu erfolgen.

## H. **Frage 8: Gibt es weitere Bemerkungen seitens der Gutachterin?**

201. Keine bzw. es kann dazu auf das Kondensat des Gutachtens verwiesen werden.

\*\*\*

Zürich, 25. August 2023

