



Referenz/Aktenzeichen: 221-00052 (alt: 941-13-043)

Bern, 14. August 2014

---

---

# VERFÜGUNG

## der Eidgenössischen Elektrizitätskommission ElCom

Zusammensetzung: Carlo Schmid-Sutter (Präsident), Brigitta Kratz (Vizepräsidentin),  
Antonio Taormina (Vizepräsident), Anne Christine d'Arcy,  
Christian Brunner, Matthias Finger

in Sachen: **Onlog (Schweiz) AG**, Via Sta. Maria 68, 6596 Gordola

**(Gesuchstellerin)**

**CimArk SA**, Geschäftsstelle ProKilowatt, Rte du Rawyl 47, 1950 Sion

**(Verfahrensbeteiligte 1)**

**Bundesamt für Energie**, Geräte und Wettbewerbliche Ausschreibungen, 3003  
Bern

**(Verfahrensbeteiligter 2)**

betreffend Wettbewerbliche Ausschreibungen 2013 – Effiziente Strassenbeleuchtung für  
Gemeinden

# Inhaltsverzeichnis

<b>I</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>6</b>
1	Zuständigkeit .....	6
2	Rechtsnatur des Bescheids .....	6
3	Parteien und beteiligte Stellen.....	8
4	Verfahrensfragen .....	8
4.1	Gegenstand des Verfahrens .....	8
4.2	Rechtliches Gehör .....	9
4.3	Novenrecht .....	9
5	Überblick über die Standpunkte der Beteiligten .....	9
5.1	Begründung des Bescheids .....	9
5.2	Einwände der Gesuchstellerin.....	9
5.3	Stellungnahmen des BFE .....	11
6	Beurteilung der umstrittenen Zulassungsvoraussetzungen .....	13
6.1	Allgemeines.....	13
6.2	Productplacement.....	13
6.3	Unvollständigkeit des Gesuchs .....	17
6.4	Beeinflussung der Marktstrukturen.....	18
6.5	Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Projekten und Programmen.....	18
7	Unabhängigkeit des Experten .....	19
8	Gebühren .....	20
<b>III</b>	<b>Entscheid</b> .....	<b>21</b>
<b>IV</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung</b> .....	<b>22</b>

# I Sachverhalt

## A.

- 1 Mit Datum vom 30. November 2012 veröffentlichte ProKilowatt die wettbewerblichen Ausschreibungen 2013 für Effizienzmassnahmen im Elektrizitätsbereich (im Folgenden: Ausschreibungsunterlagen; abrufbar unter <http://www.bfe.admin.ch> > Dokumentation > Publikationen > Datenbank allgemeine Publikationen). Unterstützt werden damit Projekte und Programme, die möglichst kostengünstig zum sparsameren Stromverbrauch im Industrie- und Dienstleistungsbereich und in den Haushalten beitragen.
- 2 Am 7. Februar 2013 reichte die Gesuchstellerin zur Teilnahme an den wettbewerblichen Ausschreibungen 2013 bei ProKilowatt ein Antragsformular für das Programm OnluxStreet, Effiziente LED-Strassenbeleuchtung für Gemeinden ein. Mit diesem Programm soll durch die schweizweite Umrüstung von insgesamt 105'000 Strassenleuchten auf LED der Energieverbrauch der betroffenen Leuchten um durchschnittlich mindestens 50% gesenkt werden.
- 3 Mit Bescheid vom 17. Juni 2013 teilte die CimArk SA, Geschäftsstelle ProKilowatt, der Gesuchstellerin mit, dass der Antrag für einen Förderbeitrag im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen abgewiesen werde (act. 6, Beilage; act. 26).

## B.

- 4 Mit Schreiben vom 5. Juli 2013 erhob die Gesuchstellerin „Einsprache“ bei der Eidgenössischen Elektrizitätskommission EICom (act. 1).
- 5 Mit E-Mail vom 16. Juli 2013 wies das Fachsekretariat der EICom (Fachsekretariat) die Gesuchstellerin darauf hin, dass es zur Überprüfung des Entscheides von ProKilowatt eine ausführliche Begründung benötigt, warum ihr Programm zu den Ausschreibungen hätte zugelassen werden sollen, sowie den angefochtenen Entscheid und die bei ProKilowatt eingereichten Unterlagen. Es setzte der Gesuchstellerin eine Frist zur Einreichung der Unterlagen und der ausführlichen Begründung (act. 3).
- 6 Mit Schreiben vom 16. August 2013 reichte die Gesuchstellerin eine ergänzende Begründung zu ihrer Einsprache als Text-Dokument zur Gesuchseingabe, einen Ausdruck der Excel-Tabelle zur Gesuchseingabe sowie den Ausdruck einer Power-Point-Präsentation zur Gesuchseingabe ein (act. 4). Auf Nachfrage des Fachsekretariats reichte die Gesuchstellerin mit E-Mail vom 27. August 2013 den Bescheid vom 17. Juni 2013 über ihr Gesuch ein (act. 5 und 6).

## C.

- 7 Das Fachsekretariat eröffnete mit Schreiben vom 4. September 2013 ein Verfahren und forderte ProKilowatt und das Bundesamt für Energie (BFE) auf, zu den Schreiben der Gesuchstellerin vom 5. Juli 2013 sowie vom 16. August 2013 Stellung zu nehmen (act. 8 und 9). Es teilte der Gesuchstellerin zudem mit, dass das Verfahren schriftlich geführt werde (act. 7).

## D.

- 8 Mit Schreiben vom 4. November 2013 nahm das BFE Stellung und beantragte die Abweisung des Gesuchs (act. 12).

## E.

- 9 Mit Schreiben vom 4. November 2013 beantragte ProKilowatt, das Gesuch der Onlog (Schweiz) AG abzuweisen. Für die Begründung verwies ProKilowatt auf das Schreiben des BFE vom 4. November 2013 (act. 13).

## F.

- 10 Das Fachsekretariat stellte der Gesuchstellerin die Stellungnahmen des BFE und von ProKilowatt mit Schreiben vom 7. November 2013 zu (act. 14).

## G.

- 11 Mit Eingabe vom 5. Dezember 2013 liess sich die Gesuchstellerin zu den Stellungnahmen des BFE und von CimArk vernehmen (act. 17). Sie beantragte:

- „a) *Das Gesuch der Onlog (Schweiz) AG (onlog) ist gutzuheissen.*
- b) *Es sei Gerechtigkeit zu schaffen bezüglich aller Gemeinden, die nicht die Möglichkeit erhielten, im Rahmen von ProKilowatt Fördergeldern zu profitieren (die grosse Mehrheit der Gemeinden in der Schweiz).*
- c) *Für künftige Ausschreibungen sei die intransparente Unterscheidung zwischen Projekten und Programmen aufzuheben.“*

- 12 Sie machte im Wesentlichen geltend, dass gemäss dem vom BFE zitierten Punkt in Ziffer 4.2.3 der Vollzugsweisung auch ausgeführt werde, dass in der Trägerschaft vertretene Organisationen sich an der Umsetzung der Massnahmen beteiligen dürfen (z.B. Durchführung von Analysen und Vermarktung von Produkten), sofern sich auch andere Unternehmen an der Umsetzung beteiligen können und obige Bedingung eingehalten ist.

## H.

- 13 Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 5. Dezember 2013 wurde ProKilowatt und dem BFE mit Schreiben vom 11. Dezember 2013 zugestellt (act. 18). Je mit Schreiben vom 21. Januar 2014 reichten das BFE und ProKilowatt eine weitere Stellungnahme ein (act. 19 und 20).

## I.

- 14 Nach Zustellung der Stellungnahmen von ProKilowatt und des BFE äusserte sich die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 3. März 2014 nochmals zur Sache und hielt an ihren Anträgen fest (act. 21 und 22).

- 15 Das BFE und ProKilowatt erhielten die Eingabe der Gesuchstellerin vom 3. März 2014 mit Schreiben des Fachsekretariates vom 5. März 2014 zur Kenntnis zugestellt (act. 23).

## J.

- 16 Mit Schreiben vom 23. Mai 2014 bat das Fachsekretariat ProKilowatt, die vollständigen Akten der Geschäftsstelle ProKilowatt mit Bezug auf das vorliegende Verfahren einzureichen (act. 25).

- 17 Am 5. Juni 2014 übermittelte ProKilowatt dem Fachsekretariat auf elektronischem Weg die Vorakten, welche vom Fachsekretariat ausgedruckt und als act. 26 zu den Verfahrensakten genommen wurden.

**K.**

- 18 Mit Schreiben vom 11. Juni 2014 stellte das Fachsekretariat der Gesuchstellerin die von ProKilowatt einverlangten Unterlagen zu (act. 27).
- 19 Mit Schreiben vom 24. Juni 2014 nahm die Gesuchstellerin zu diesen Unterlagen Stellung (act. 28).

**L.**

- 20 Mit Schreiben vom 30. Juni 2014 stellte das Fachsekretariat die Stellungnahme der Gesuchstellerin dem BFE und ProKilowatt zu (act. 29).

**M.**

- 21 Auf Einzelheiten des Sachverhaltes sowie die erwähnten Eingaben und Schreiben ist im Übrigen, soweit notwendig, in den nachstehenden Erwägungen zurückzukommen.

## **II Erwägungen**

### **1 Zuständigkeit**

22 Vorliegend ist die Ausrichtung eines Förderbeitrags für das Programm der Gesuchstellerin im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen des Jahres 2013 streitig. Gemäss Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> des Energiegesetzes (EnG; SR 730.0) beurteilt die ECom Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Zuschlägen auf die Übertragungskosten (Art. 7, 7a, 15b und 28a). Die wettbewerblichen Ausschreibungen haben ihre gesetzliche Grundlage in Artikel 7a Absatz 3 und 4 sowie in Artikel 15b Absatz 1 Buchstabe b EnG und ihre Kosten werden über Zuschläge auf die Übertragungskosten des Hochspannungsnetzes finanziert (Art. 7a Abs. 3 EnG i.V.m. Art. 15b Abs. 1 Bst. b EnG). Die ECom ist folglich für die Überprüfung von negativen Bescheiden betreffend wettbewerbliche Ausschreibungen zuständig (Verfügungen der ECom vom 15. April 2014, 221-00006 Rz. 24 sowie 221-00007 Rz. 14, beide abrufbar unter [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Verfügungen; vgl. zur analog geregelten Zuständigkeit der ECom bei kostendeckenden Einspeisevergütungen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1989/2009 vom 11. Januar 2011). Dementsprechend beurteilt die ECom bei Streitigkeiten auch den Bescheid der Geschäftsstelle ProKilowatt. Es stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine erstinstanzliche Beurteilung oder um ein Beschwerdeverfahren handelt.

### **2 Rechtsnatur des Bescheids**

23 Gemäss Artikel 7 EnG kann der Bundesrat wettbewerbliche Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen regeln, insbesondere für den rationellen und sparsamen Umgang mit Elektrizität in Gebäuden und Unternehmen (Art. 7a Abs. 3 EnG). Gestützt auf diese Bestimmungen hat der Bundesrat in Artikel 4 bis 5 der Energieverordnung (EnV; SR 730.01) Ausführungsbestimmungen erlassen. Demgemäss führt das Bundesamt für Energie (BFE) jährlich wettbewerbliche Ausschreibungen für befristete verbrauchsseitige Effizienzmassnahmen durch (Art. 4 Abs. 1 EnV). Es legt zudem jährlich die Förderschwerpunkte und die Bedingungen für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren fest (Art. 4<sup>bis</sup> Abs. 1 EnV).

24 Gemäss Artikel 4<sup>bis</sup> Absatz 3 EnV kommt auf das Bescheidverfahren sinngemäss Artikel 3g Absatz 3 EnV zur Anwendung. Diese Bestimmung bezieht sich auf die kostendeckende Einspeisevergütung und regelt dafür das Verfahren zur Prüfung der Anmeldungen von Neuanlagen, welche Elektrizität aus erneuerbaren Energien gewinnen. Die Bestimmung sieht namentlich vor, dass die nationale Netzgesellschaft prüft, ob das Projekt in der Zubaumenge nach Artikel 7a Absatz 2 Buchstabe d EnG oder in der maximalen Summe der Zuschläge nach Artikel 7a Absatz 4 EnG Platz findet. Das Resultat dieser Prüfung teilt die nationale Netzgesellschaft dem Antragsteller in einem sogenannten Bescheid mit. Die Energieverordnung klärt somit die Rechtsnatur der Mitteilung des Resultats der Prüfung nicht, vermeidet aber (in der deutschsprachigen Fassung) den Begriff der Verfügung und spricht stattdessen von einem „Bescheid“.

25 Das BFE kann die Kantone und private Stellen zum Vollzug beziehen (Art. 4<sup>bis</sup> Abs. 2 EnV). Von dieser Möglichkeit hat es Gebrauch gemacht, indem es unter Beibehaltung seiner Verantwortung für die strategische Steuerung die zur Durchführung der wettbewerblichen Ausschreibungen erforderlichen ausführenden Tätigkeiten in der Geschäftsstelle ProKilowatt zusammengefasst und an die CimArk SA übertragen hat (vgl. die vorerwähnten Verfügungen der ECom vom 15. April 2014, 221-00006 Rz. 27 sowie 221-00007 Rz. 17; Medienmitteilung von ProKilowatt zur Eröffnung der vierten Runde der wettbewerblichen Ausschreibungen vom 30. Novem-

ber 2012 (<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=46908>; besucht am 17. Juli 2014).

- 26 Die Aufgaben der Geschäftsstelle umfassen gemäss der „Vollzugsweisung zur Durchführung von Ausschreibungen und Umsetzung von Projekten und Programmen (Stand November 2012)“ des BFE (nachfolgend Vollzugsweisung, act. 24, Ziff. 3.3.2):
- Vorbereitungsarbeiten für Ausschreibungen (Aufbau der Infrastruktur, Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen, Beurteilungshilfsmittel und Vertragsvorlagen),
  - Betrieb der Geschäftsstelle (Basisleistungen wie Kommunikation, Zusammenarbeit mit dem BFE bzw. der strategischen Steuerung, periodisches Aktualisieren der Ausschreibungsunterlagen, Vorlagen und der Hilfsmittel),
  - Durchführung der Ausschreibungen (Veröffentlichung der Ausschreibungen, Beurteilung der Gesuche, Empfehlung zuhanden BFE, allfälliger Beizug von ExpertInnen),
  - Begleitung der Projekte und Programme,
  - Ausserordentliche Aufgaben: nicht planbare Arbeiten bzw. weitere Unterstützung des BFE im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen (z.B. Erstellen von Marktanalysen bei sektoriellen Programmausschreibungen).
- 27 Die CimArk SA als Betreiberin der Geschäftsstelle ProKilowatt führt die wettbewerblichen Ausschreibungen durch, beurteilt die eingehenden Angebote auf die Einhaltung der formellen Anforderungen und Zulassungskriterien in formaler und inhaltlicher Hinsicht, überwacht bzw. begleitet die Ausführung der Projekte und Programme und führt, sowohl in finanzieller Sicht als auch bezüglich der erzielten Wirkung, ein Monitoring sowie ein Controlling durch. Die Geschäftsstelle gibt dem BFE eine Empfehlung als Grundlage für die Zuschlagsfreigabe ab. Die Zuschlagsfreigabe erfolgt durch das BFE. Die entsprechenden Bescheide teilt in der Folge wiederum die CimArk SA als Geschäftsstelle ProKilowatt den Gesuchstellern („Trägerschaften“) mit (Vollzugsweisung, act. 24, Ziff. 4.2.8). Die Verfügungskompetenz wurde der Geschäftsstelle nicht übertragen. Der Bescheid Geschäftsstelle ProKilowatt stellt somit keine Verfügung dar (vorerwähnte Verfügungen der EICom vom 15. April 2014, 221-00006 Rz. 29 sowie 221-00007 Rz. 19).
- 28 Artikel 25 Absatz 1<sup>bis</sup> EnG regelt unter dem Titel Rechtspflege, dass die EICom Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Anschlussbedingungen für Energieerzeugungsanlagen beurteilt. Während der Titel Rechtspflege auf eine Zuständigkeit der EICom als Beschwerdeinstanz hindeutet, spricht die Verwendung des Begriffs Streitigkeiten – der Begriff Streitfall wird auch in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a StromVG erwähnt, wonach die EICom unbestrittenermassen als erste Instanz verfügt – für eine erstinstanzliche Zuständigkeit der EICom (vorerwähnte Verfügungen der EICom vom 15. April 2014, 221-00006 Rz. 30 sowie 221-00007 Rz. 20; Verfügung der EICom vom 9. Juni 2011, 941-09-008, E. 1.2; Verfügung der EICom vom 12. Mai 2011, 941-09-037, E. 1.2; Verfügung der EICom vom 18. August 2011, 941-10-013 E. 1.2, alle abrufbar unter [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Verfügungen; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2013 Nr. 13 E. 5 sowie A-1989/2009 vom 11. Januar 2011). Somit ist die EICom zuständig, über die Ausrichtung von Förderbeiträgen im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen von Effizienzmassnahmen erstinstanzlich mittels Verfügung zu entscheiden. Erstinstanzliche und verfügende Behörde ist die EICom.

### **3 Parteien und beteiligte Stellen**

- 29 Als Parteien gelten nach Artikel 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.
- 30 Die vorliegende Verfügung wird auf Antrag der Gesuchstellerin erlassen und berührt in Bezug auf die sich stellenden Fragen deren Rechte und Pflichten. Der Gesuchstellerin kommt daher Parteistellung zu.
- 31 Die CimArk SA, Geschäftsstelle ProKilowatt, sowie das BFE sind mit der Abwicklung der wettbewerblichen Ausschreibung betraut (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 4<sup>bis</sup> Abs. 2 EnV) und damit je in ihrer Rechtsstellung berührt. Zudem waren sie bereits in der streitigen Angelegenheit involviert. Sie werden daher als Verfahrensbeteiligte in das vorliegende Verfahren einbezogen.

### **4 Verfahrensfragen**

#### **4.1 Gegenstand des Verfahrens**

- 32 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Zusprechung eines Förderbeitrags im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen im Elektrizitätsbereich 2013 gemäss dem Antrag der Gesuchstellerin vom 7. Februar 2013 (act. 4 und 26). Hierauf bezieht sich denn auch die „Einsprache“ der Gesuchstellerin vom 5. Juli 2013. Auch in der ausführlichen Begründung ihrer Einsprache vom 16. August 2013 (act. 4) verlangte die Gesuchstellerin nichts anderes.
- 33 Nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind demgegenüber die von der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 5. Dezember 2013 (act. 17) neu gestellten zusätzlichen Anträge, soweit es sich dabei tatsächlich um weitere Anträge und nicht bloss um Begründungen des Antrags auf Gutheissung ihres Gesuchs um Zusprechung von Förderbeiträgen handelt. Mit diesen neu gestellten Anträgen verlangt die Gesuchstellerin einerseits, „es sei Gerechtigkeit zu schaffen bezüglich aller Gemeinden, die nicht die Möglichkeit erhielten, im Rahmen von ProKilowatt von Fördergeldern zu profitieren (die grosse Mehrheit der Gemeinden in der Schweiz)“ sowie „für künftige Ausschreibungen sei die intransparente Unterscheidung zwischen Projekte und Programmen aufzuheben.“
- 34 Soweit die Gesuchstellerin mit dem erstgenannten Zusatzantrag ihre Argumentation zugunsten ihres Antrags auf Zusprechung von Fördergeldern stützen wollte, ist darauf im Rahmen der Begründung einzugehen. Soweit sie damit jedoch allenfalls die Anordnung anderer Massnahmen beantragen möchte, ist nicht klar, welche Massnahmen dies sein könnten. Fest steht jedoch, dass nur die Zusprechung eines Förderbeitrages Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein kann, weshalb auf das allfällig gestellte Begehren auf Anordnung weiterer Massnahmen im Sinne dieses Antrags nicht einzutreten ist.
- 35 Auch auf den zweiten Zusatzantrag kann vorliegend nicht eingetreten werden, da er sich nicht auf die Frage des hier zu behandelnden Gesuchs um Zusprechung von Förderbeiträgen bezieht. Künftige wettbewerbliche Ausschreibungen bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Schliesslich kann es auch nicht angehen, dass ein einzelner bloss potenzieller künftiger Gesuchsteller auf eine künftige Ausschreibung bereits im Vorfeld Einfluss nehmen und

diese in einem Verfügungsverfahren verbindlich vorbestimmen lassen will. Auf diesen Antrag ist ebenfalls nicht einzutreten.

## **4.2 Rechtliches Gehör**

36 Den Parteien und Verfahrensbeteiligten wurde im vorliegenden Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Eingaben der Gesuchstellerin und der Verfahrensbeteiligten wurden jeweils gegenseitig zur Stellungnahme unterbreitet. Die von den Parteien vorgebrachten Anträge und die diesen zugrunde liegenden Argumente werden bei der materiellen Beurteilung behandelt. Damit wird das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt (Art. 29 VwVG).

## **4.3 Novenrecht**

37 Die Gesuchstellerin macht in ihrer Stellungnahme vom 5. Dezember 2013 (act. 17, S. 6) geltend, im ablehnenden Bescheid fehlten Hinweise auf den in Ziffer 5 der Stellungnahme des BFE vom 4. November 2013 (act. 12) erhobenen Vorwurf ungenügend klar ausgeführter und begründeter Angaben bzw. fehlender Daten und/oder Analysen. Es trifft zu, dass dieser Einwand im Bescheid der Geschäftsstelle ProKilowatt vom 17. Juni 2013 (act. 26) nicht erwähnt wird. Da es sich jedoch vorliegend um ein erstinstanzliches Verfügungsverfahren handelt, ist dies zulässig (vorerwähnte Verfügung der EICom vom 15. April 2014, 221-00007 Rz. 27). Die Stellungnahme des BFE wurde der Gesuchstellerin am 7. November 2013 zur Kenntnis zugestellt (act. 14), womit diese die Möglichkeit hatte, sich dazu zu äussern und davon auch Gebrauch gemacht hat.

# **5 Überblick über die Standpunkte der Beteiligten**

## **5.1 Begründung des Bescheids**

38 Die Abweisung des Antrags für einen Förderbeitrag im Rahmen der wettbewerblichen Ausschreibungen wird im Bescheid vom 17. Juni 2013 (act. 6) damit begründet, dass das Programm die Grundanforderungen und Zulassungskriterien gemäss Vollzugsweisung nicht erfülle. Das eingereichte Programm entspreche einem gemäss dem Zulassungskriterium 10 der Vollzugsweisung (S. 23 der Vollzugsweisung) ausgeschlossenen Productplacement, weil die Stromeinsparung durch eine standardisierte LED-Leuchte der Gesuchstellerin erreicht werde.

## **5.2 Einwände der Gesuchstellerin**

39 Im Beurteilungsgesuch vom 5. Juli 2013 (act. 1) macht die Gesuchstellerin geltend, das von ihr vorgeschlagene Produkt könne durch „beliebige“ qualifizierte Leuchten (auch von anderen Herstellern) ersetzt werden. Das „onlux Street“-Programm habe vor allem die Intention, die kartellistischen Strukturen in diesem Marktsegment zu durchbrechen; es fokussiere auf Organisationen und Prozesse, nicht auf Leuchten. Ihr Programm bestehe vor allem aus Dienstleistungen und Netzwerken, die neu zu bilden seien. Von „einfachem Productplacement“ könne nicht die Rede sein. Weiter führte sie aus, die Unabhängigkeit der im Entscheid nicht näher bezeichneten Experten („vermutlich SLG“) müsse stark angezweifelt werden.

40 In der ergänzenden Begründung vom 16. August 2013 (act. 4) machte die Gesuchstellerin zudem geltend, der Kostenanteil der Leuchte mache nur einen marginalen Anteil der Kosten eines Strassenbeleuchtungsprojektes aus. Sie wolle nicht mit den Leuchten Geld verdienen. Die im

Programm enthaltene eigene Strassenleuchte der Gesuchstellerin könne – unter Anrechnung der Mehrkosten – durch qualifizierende Leuchten anderer Anbieter ersetzt werden.

- 41 In ihrer Stellungnahme vom 5. Dezember 2013 führte die Gesuchstellerin weiter aus, die Stellungnahme des BFE lasse ausser Acht, dass strukturschwache Gemeinden im Fokus des Programms stünden, deren fachliche Unterstützung zur Abwicklung von Strassenlicht-Projekten wenig ausgeprägt sei (act. 17 S. 2). Sie habe sich mit einer kostendeckenden Veranschlagung begnügt, welche zudem minimale Risiken abdecke. Auch bei Berücksichtigung fremder Leuchten sei ein Standard festzulegen, wobei die Kosten von CHF [...] pro Leuchte bei weitem übertraffen würden. Da bereits für die Effizienzmassnahmen ein Wettbewerbsverfahren stattfindet, sei es nicht zweckdienlich, für die Beschaffung der Leuchten erneut ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Entgegen der Annahme des BFE werde die Stromeinsparung nicht in erster Linie durch die Leuchten erreicht, sondern als Folge der erfolgreich umgesetzten Modernisierungs-Projekte. Die Leuchten seien dabei nur ein Element neben anderen, das zu den Einsparungen beitrage. Der für die Gesuchstellerin aus dem Programm resultierende Umsatz von über CHF [...] könne bestätigt werden, könne jedoch nicht mit einem „erheblichen finanziellen Vorteil“ gleichgesetzt werden (act. 17 S. 3 f.).
- 42 Ziffer 4.2.3 der Vollzugsweisung lasse eine Beteiligung der Trägerschaft an der Umsetzung der Massnahmen zu, wenn sich auch andere Unternehmen an der Umsetzung beteiligen könnten und die weiteren dafür geltenden Bedingungen eingehalten seien. Die Leistungen gemäss ihrem Programmantrag würden zum grossen Teil von Dritten erbracht, da die Gesuchstellerin sie extern beschaffe. Diese gelte namentlich für die von einem Dritten gefertigten Leuchten und für einen grossen Teil der Dienstleistungen, da letztere outgesourced würden. Der Anteil der von der Gesuchstellerin zu erbringenden Leistungen liege somit bei rund CHF [...]. Diese seien jedoch nicht mit „finanziellem Vorteil (Gewinn)“ gleichzusetzen, da ihr nach Abzug der Kosten nur ein kleiner Gewinn verbleibe. Der Stellungnahme des BFE lasse sich nicht entnehmen, worin die Bereicherung der Gesuchstellerin liegen würde (act. 17 S. 4 f.).
- 43 Auflagen über die Beteiligung Dritter, wie sie das BFE fordere, könnten mit dem BFE vereinbart werden. Doch sei es sinnlos, in einem Administrativverfahren dazu Analysen anzustellen. Aus Sicht der Gesuchstellerin sei es jedoch wünschenswert, dass sich die EICom zur Beteiligung Dritter bzw. zur Zulieferung der in Frage gestellten LED-Leuchten äussere und entweder konkrete Vorgaben mache oder die Auswahl der Leuchten durch die Gesuchstellerin bestätige. Die EICom solle also entscheiden, ob die Beschaffung der Leuchten zusätzlich auszuschreiben sei oder ob die Optimierung des Programmpakets der Gesuchstellerin überlassen werde (act. 17 S. 6).
- 44 Die Gesuchstellerin bestreitet den in der Stellungnahme des BFE (act. 12 Ziff. 5) erhobenen Vorwurf ungenügend klar ausgeführter und begründeter Angaben bzw. fehlender Daten und/oder Analysen. Sie macht geltend, solche Hinweise fehlten im ablehnenden Bescheid. Die vom BFE geforderten Fakten ergäben sich aus den technischen Daten der bestehenden und neuen Lösungen sowie aus dem Projektverlauf. Die Programmstruktur garantiere, dass keinerlei unberechtigten Fördermittel ausbezahlt würden und es sei auch vorgesehen, dass das BFE jederzeit Revisionen und Kontrollmessungen zu den zugesprochenen oder abgeschlossenen Projekten vornehmen könne. Zudem habe das BFE die Möglichkeit, die Kriterien für die Vergabe von Fördermitteln innerhalb der Teilprojekte sehr gezielt zu regeln. Mache das BFE von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, kommen die den ProKilowatt-Projekten und –Programmen zugrunde gelegten Regeln für Strassenbeleuchtung zur Anwendung. Die entsprechenden Prozessschritte seien auf Seite 7 der ergänzenden Präsentation zum Programmantrag dargelegt (act. 17 S. 6 f.).

- 45 Mehrfach weist die Gesuchstellerin darauf hin (z.B. act. 17 S. 7 f.), dass die Marktverhältnisse für Strassenbeleuchtung schwierig und kartellistisch geprägt seien sowie dass der Elektrizitäts- und Lichtmarkt vor Absprachen und wettbewerblichen Beschränkungen „strotze“.
- 46 Im Abschnitt III. ihrer Stellungnahme vom 5. Dezember 2013 macht die Gesuchstellerin geltend, dass die vom BFE bewilligten Projektförderungen für Strassenlampenprojekte in den Gemeinden Losone, Mollens und Randogne einen wesentlich höheren Preis pro eingesparter Kilowattstunde aufweisen würden als ihr eigenes Programm. Energieversorger und Beratungsunternehmen würden bei ProKilowatt-Projekten und –Programmen in ungerechter Weise bevorzugt, während kleine oder weniger gut organisierte Gemeinden, welche sich keine teuren Berater leisten wollen, systematisch das Nachsehen hätten. Diese könnten durch das Programm der Gesuchstellerin erreicht werden. Auch in einem weiteren geförderten Programm, welches sich auf Energie-Rückgewinnungs-Module für Aufzüge beziehe, verschaffe sich die Trägerschaft durch das Programm sehr direkt erhebliche wirtschaftliche Vorteile. Die Wirkung des Programms sei zudem fraglich. Ähnliches macht sie in Bezug auf ein Programm betreffend Induktionsherde geltend (act. 17 S. 8 ff.).
- 47 Weiter stellt die Gesuchstellerin die Unterscheidung von Projekten und Programmen in Frage, namentlich unter Verweis darauf, dass gemäss Ziffer 3.4 der Ausschreibung der reine Leuchtmittlersatz nicht zulässig sei, während bei Programmen dann doch noch LED-Lampenprojekte zugelassen würden. In diesem Zusammenhang sei 2013 das Programm EVULED bewilligt worden, welches auf höchst ineffizienten und ineffektiven Strukturen basiere. Ähnliches macht die Gesuchstellerin mit Bezug auf das Projekt LED CMA TS von Coop geltend (act. 17 S. 11 ff.).
- 48 Nach Einsicht in die von CimArk SA beigezogenen Verfahrensakten verweist die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 24. Juni 2014 (act. 28) ausserdem auf ihren statutarischen Gesellschaftszweck. Sie macht geltend, da es bei den geförderten Projekten und Programmen immer um den Ersatz von Produkten gehe, hätten letztere immer einen kommerziellen Aspekt. Verschiedene geförderte Projekte seien so teuer, dass sie für den gleichen Förderbeitrag die Leuchten gratis hätte abgeben können.
- 49 Im Übrigen ist auf den Inhalt der Eingaben der Gesuchstellerin, soweit notwendig, in den nachstehenden Erwägungen einzugehen.

### **5.3 Stellungnahmen des BFE**

- 50 In seiner Stellungnahme vom 4. November 2013 hält das BFE entsprechend der Begründung des Bescheides fest, dass der Programmantrag gemäss Ziffer 4.2.3 Absatz 10 der Vollzugsweisung auszuschliessen sei. Diese Bestimmung sehe vor, dass Programme, die massgeblich die Vermarktung eines Produktes oder einer Dienstleistung eines Unternehmens bezwecken, bzw. durch dessen/deren Vermarktung die in der Trägerschaft vertretene Organisation erhebliche finanzielle Vorteile erhalte (Productplacement), von den wettbewerblichen Ausschreibungen ausgenommen seien. Die im Programm „OnluxStreet“ vorgesehene Stromeinsparung werde durch eine Leuchte der Gesuchstellerin erreicht, welche gleichzeitig die Programmträgerschaft für die gesamte Abwicklung und Koordination sowie für die Lieferung der LED-Leuchten bilde. Sämtliche Ausführungen im Programmantrag betreffend die Leuchten, namentlich hinsichtlich der Energieeffizienz, der Kosten und der Eigenschaften der LED-Leuchten, bezögen sich ausschliesslich auf die von der Gesuchstellerin entwickelten Leuchten. Das zu beurteilende Programm sei voll und ganz auf die extra für den Schweizer Markt entwickelte standardisierte Leuchte der Gesuchstellerin ausgerichtet. Zudem würde die Gesuchstellerin durch die Umsetzung des Programms, insbesondere durch die Lieferung ihrer Leuchten sowie die Beratung und Vermittlung, einen erheblichen finanziellen Vorteil erfahren. Das Programm der Gesuchstellerin

trage daher massgeblich zur Vermarktung ihres Produktes und ihrer Dienstleistungen bei, weshalb es gemäss den zitierten Bestimmungen der Vollzugsweisung von den wettbewerblichen Ausschreibungen auszunehmen sei. Der Ausschluss könne auch nicht durch die Auflage vermieden werden, das Programm müsse für andere LED-Leuchten geöffnet werden, da dafür die nötigen Angaben im Gesuch fehlten. Weder dem Programmantrag samt Beilagen noch den Eingaben der Gesuchstellerin vom 5. Juli und 16. August 2013 an die ECom sei zu entnehmen, wie sich Dritte an ihrem Programm beteiligen könnten. Es werde auch nicht dargelegt, welche Auswirkungen betreffend Kosten, Energieeffizienz und Umsetzung die allfällige Verwendung von Drittprodukten hätte (act. 12 Ziff. 4).

- 51 Weiter macht das BFE geltend, im Programmantrag würden massgebliche Angaben nicht genügend klar ausgeführt und begründet und es fehlten belegte Daten und/oder Analysen zum angenommenen Energiesparpotenzial von 50%, zur Amortisationsdauer und zu den heute bestehenden Hemmnissen und zur Dauer von 20 Jahren, in welcher gemäss Antrag ohne das Programm noch Quecksilber- und schlechte Natriumdampflampen zum Einsatz kämen. Dem Programmkonzept der Gesuchstellerin fehlten konkrete Zahlen und Berechnungen für die gemachten Angaben und es lägen auch keine Analysen, Studien oder empirische Daten vor, die diese stützen würden. Es folgert daher, das Programmkonzept sei unvollständig und könne in wesentlichen Teilen weder überprüft noch plausibilisiert werden. Deshalb habe es gestützt auf Ziffer 4.2.3 Absatz 6 der Vollzugsweisung in der eingereichten Form auch unabhängig vom Bestehen des Ausschlussgrundes des Productplacements nicht zur Auktion zugelassen werden können, sondern hätte von der Gesuchstellerin erheblich überarbeitet und verbessert werden müssen. Ein eigentlicher Anspruch auf Nachbesserung bestehe jedoch nicht. Seien die Unklarheiten relativ gross und bestünden viele Unsicherheiten in Bezug auf die Annahmen und Berechnungen, werde das Programm gar nicht erst zur Auktion zugelassen (act. 12 Ziff. 5 f.).
- 52 In seiner Stellungnahme vom 21. Januar 2014 wies das BFE darauf hin, dass die Unterscheidung zwischen Projekten und Programmen in Artikel 4 ff. EnV verankert sei. Die Vollzugsweisung konkretisiere den Unterschied und die Anforderungen an Projekte und Programme in transparenter Weise. So bezögen sich Projekte auf Massnahmen bei Geräten, Anlagen, Fahrzeugen und Gebäuden, die im Eigentum des Projekteigners stünden. Im Unterschied dazu würden sich Programme an Dritte richten, also an Organisationen oder Personen, die nicht Teil der Trägerschaft seien. Diese Unterscheidung habe sich bewährt. Nur bei den Programmen, nicht aber bei den Projekten gelte das sogenannte „Productplacement“ als Ausschlusskriterium, was in der Vollzugsweisung gestützt auf Artikel 4<sup>bis</sup> Absatz 1 EnV festgelegt sei. Damit werde ausgeschlossen, dass Anbieter eine Verbilligung für ihre eigenen Produkte sowie gleichzeitig auch Beiträge an die Organisation und Kommunikation des Vertriebs ihres Produkts beantragen könnten. Es liege grundsätzlich an den Programmträgerschaften, aufzuzeigen, wie ihr Programm konkret umgesetzt werde und dass es die Anforderung erfülle. Dies habe die Gesuchstellerin weder in ihrem Förderantrag noch in ihren Stellungnahmen gemacht (act. 19).
- 53 Zu den von der Gesuchstellerin angeführten Vergleichsfällen hält das BFE fest, dass die Gesuchstellerin aus den Entscheiden zu anderen Projekten und Programmen keinen Rechtsanspruch ableiten könne. Verschiedene Projekte und Programme könnten nur mit Einschränkungen verglichen werden. Dies zum einen, weil das BFE die Bedingungen für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren in den letzten Jahren wiederholt angepasst habe. Zudem werde der Zuschlag in einem Auktionsverfahren erteilt, in welchem sich jene Projekte und Programme durchsetzen würden, die im Vergleich zu den anderen Teilnehmenden am besten abschneiden. Da in jeder Auktion andere Projekte und Programme zu bewerten seien, seien Vergleiche zwischen zwei Projekten bzw. Programmen aus verschiedenen Auktionsrunden nicht aussagekräftig, weder für die Frage der Ausrichtung eines Förderbeitrags noch bezüglich dessen Höhe (act. 19).

## **6 Beurteilung der umstrittenen Zulassungsvoraussetzungen**

### **6.1 Allgemeines**

- 54 Die Bedingungen für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren hat das BFE in der Vollzugsweisung festgelegt. Die Ausschreibungsunterlagen verweisen sowohl in allgemeiner Hinsicht als auch spezifisch mit Bezug auf die Ausschreibung von Programmen auf die Vollzugsweisung.

### **6.2 Productplacement**

#### **6.2.1 Massgebende Bestimmung der Vollzugsweisung**

- 55 Nach Ziffer 4.2.3 Absatz 10 Aufzählungspunkt 9 der Vollzugsweisung sind Programme, die massgeblich die Vermarktung eines Produktes (auch Eigenmarken) oder einer Dienstleistung eines Unternehmens bezwecken, bzw. durch dessen/deren Vermarktung in der Trägerschaft vertretene Organisationen erhebliche finanzielle Vorteile erhalten, von den wettbewerblichen Ausschreibungen ausgenommen. In der Trägerschaft vertretene Organisationen dürfen sich an der Umsetzung der Massnahmen beteiligen (z.B. Durchführung von Analysen und Vermarktung von Produkten), sofern sich auch andere Unternehmen an der Umsetzung beteiligen können und „obige“ Bedingung eingehalten ist. Nach dieser Bestimmung ergeben sich folgende Ausschlussgründe:

- Programme, die massgeblich die Vermarktung eines Produkts (auch Eigenmarken) oder einer Dienstleistung einer Programmträgerin bezwecken;
- Programme, die massgeblich die Vermarktung eines Produkts oder einer Dienstleistung bezwecken, durch dessen bzw. deren Vermarktung eine Programmträgerin erhebliche finanzielle Vorteile erhält.

- 56 Jeder dieser Ausschlussgründe führt nach dem Wortlaut und dem Zweck der Regelung für sich allein zum Ausschluss. Die beiden Tatbestände müssen nicht kumulativ erfüllt sein. Die ausnahmsweise Zulässigkeit der Vermarktung von Produkten einer Programmträgerin richtet sich nach Satz 2 der Bestimmung.

#### **6.2.2 Programmantrag der Gesuchstellerin**

- 57 Das Ziel des Programmantrags der Gesuchstellerin liegt darin, rasch und grossflächig die schlechtesten Strassenbeleuchtungen in strukturschwachen Regionen der ganzen Schweiz zu ersetzen. Die angestrebte Verhaltensänderung der Zielgruppe liegt darin, dass diese auf den Weiterbetrieb von ineffizienten Leuchten und das „Leer-fahren“ angelegter Lagerbestände an ineffizienten Leuchtmitteln verzichtet (Programmantrag, act. 26, S. 7/15, Ziff. 2.1.1).

- 58 Zur Erreichung dieses Ziels beinhaltet das Programm folgende Massnahmen: Situationsanalyse, zielgerichtete Beratung sowie die Lieferung und Installation neuer Leuchten (Programmantrag, act. 26, S. 7/15, Ziff. 2.1.3). Als Leuchten sollen standardisierte LED-Leuchten der Gesuchstellerin zum Einsatz kommen (Antragsformular, act. 26, S. 3/9 Ziff. 1.2).

### 6.2.3 Massgeblicher Beitrag des Programms zur Vermarktung eines Produkts der Gesuchstellerin

- 59 Im Bescheid wird grundsätzlich zu Recht festgehalten, dass die Stromeinsparung durch eine standardisierte LED-Leuchte der Gesuchstellerin erreicht wird, jedenfalls was die direkte bzw. physikalische Bewirkung der Einsparung betrifft. Demgegenüber erscheint für die Wirkungslogik des Programms die Betrachtungsweise der Gesuchstellerin als zutreffend, dass die Stromeinsparung nicht allein durch die Leuchten erreicht wird, sondern als Folge von Modernisierungsprojekten, in denen die Leuchten selbst nur ein Element neben anderen sind. Ebenso ist unbestritten, dass die Leuchten nur einen Kostenanteil des Programms von rund 53% ausmachen (CHF [...] von CHF [...] je ersetzter Leuchte), dass das Programm nebst der Leuchte und der Licht-Steuerung zu einem erheblichen Teil Dienstleistungen (Marketing, Beratung & Planung; Logistik & Koordination; Installation) beinhaltet (act. 4 S. 1; vgl. Programmantrag, act. 26, S. 9/15, Präsentation zum Programmantrag, act. 26, S. 6) und dass dabei Know-how der Gesuchstellerin sowie Organisationsfragen und Prozesse wesentlich sind (act. 1). Jedoch sollen nach dem Programm der Gesuchstellerin sämtliche alten Leuchten durch solche ihrer Eigenmarke ersetzt werden. Das ganze Programm ist hierauf ausgerichtet. Somit dienen die übrigen Massnahmen wie Logistik und Koordination, Werbung über Gemeindeverband, Situationsanalyse, Beratung und Installation letztlich der Vermarktung der Leuchte an die Zielgruppe.
- 60 Dabei werden die Leuchten der Gesuchstellerin zusammen mit Beratungs- und Installationsdienstleistungen in einem „Strassenlampenpaket“ gebündelt, womit die Projektabwicklungskosten auf ein Minimum gesenkt sowie wirtschaftliche, technische, organisatorische und marktbezogene Barrieren für den Ersatz der Leuchten faktisch beseitigt werden sollen (act. 17 S. 2, Präsentation zum Programmantrag, act. 26, S. 6). Damit bezweckt das Programm OnluxStreet der Gesuchstellerin *massgeblich* die Vermarktung eines Produktes der Antragstellerin, weshalb es unter den Ausschlussgrund gemäss Ziffer 4.2.3 Absatz 10 Aufzählungspunkt 9 der Vollzugsweisung fällt. Dies setzt nicht zwingend voraus, dass auch die Kosten des betreffenden Produkts den überwiegenden Teil der Programmkosten ausmachen.
- 61 Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass gemäss Ziffer 1.2 ihres Programmantrags strukturschwache Gemeinden im Fokus des Projekts stünden, deren fachliche Unterstützung zur Abwicklung von Strassenlicht-Projekten wenig ausgeprägt sei (act. 17 S. 2). Diese Überlegung kann allenfalls die Bedeutung der Beratungsdienstleistungen im angebotenen Gesamtpaket unterstreichen, ändert aber nichts daran, dass auch mit Bezug auf diese Zielgruppe *massgeblich* der Absatz eines eigenen Produkts gefördert wird.
- 62 Bezweckt ein Programm *massgeblich*, ein Produkt eines Programmträgers zu vermarkten, so hängt der Ausschluss des Programms gemäss Ziffer 4.2.3 Absatz 10 Aufzählungspunkt 9 der Vollzugsweisung weder von einem bestimmten Wertschöpfungsanteil noch von einer Gewinnmarge des Programmträgers am betreffenden Produkt ab. Da die im Programm vorgesehene Leuchte ein eigenes Produkt der Programmträgerin ist (Eigenmarke), spielt es keine entscheidende Rolle, dass die Gesuchstellerin nach ihren eigenen Angaben nicht mit den Leuchten Geld verdienen will (act. 4, act. 17, S. 2 f./13) und sich dafür mit einem kostendeckenden Preis unter Einrechnung einer minimalen Risikoabdeckung begnügt (act. 17 S. 3/13). Auch der Umstand, dass die Leuchten von einem Drittunternehmen für die Gesuchstellerin gefertigt werden (act. 17, S. 4), ändert nichts daran, dass die unter eigener Marke und auf eigene Rechnung vertriebenen Leuchten als eigene Produkte der Gesuchstellerin zu qualifizieren sind.
- 63 Der Ausschluss von Programmen, die *massgeblich* die Vermarktung eines Produkts der Antragstellerin bezwecken, gilt auch dann, wenn die Stromeffizienz physikalisch gerade durch dieses Produkt erreicht wird. Eine Ausnahme davon besteht nur unter den Voraussetzungen von

Ziffer 4.2.3 Absatz 10 Aufzählungspunkt 9 Satz 2 der Vollzugsweisung, auf welche nachfolgend einzugehen ist (vgl. den nachfolgenden Abschnitt 6.2.4).

#### **6.2.4 Ausnahmsweise Zulässigkeit bei Gewährleistung der Beteiligungsmöglichkeit für Dritte**

- 64 Gemäss Ziffer 4.2.3 Absatz 10 Aufzählungspunkt 9 Satz 2 der Vollzugsweisung dürfen sich die in der Trägerschaft vertretenen Organisationen an der Umsetzung der Massnahmen beteiligen (z.B. Durchführung von Analysen und Vermarktung von Produkten), sofern (a) sich auch andere Unternehmen an der Umsetzung beteiligen können und (b) „obige“ Bedingung eingehalten ist. Diese Voraussetzungen gelten kumulativ.
- 65 Die Bedeutung des Verweises auf die „obige“ Bedingung in der Voraussetzung (b) erhellt aus dem Zweck der in Satz 1 des Aufzählungspunktes enthaltenen Regelung. Der dort enthaltene Ausschluss von Programmen, die massgeblich die Vermarktung eines Produktes eines Unternehmens bezwecken, verhindert, dass Anbieter mit den Fördergeldern eine Verbilligung ihrer eigenen Produkte erreichen und zudem Beiträge an die Organisation und Kommunikation des Vertriebs ihrer Produkte erhalten (vgl. Stellungnahme des BFE vom 21. Januar 2014, act. 19 Ziffer 3). Diese Regelung bezweckt zu vermeiden, dass die Förderung von Programmen zu Wettbewerbsverzerrungen führt. In idealer Weise trifft dies zu, wenn entsprechend Satz 1 mit dem Programm keine Produkte oder Dienstleistungen der Programmträger vermarktet werden und diesen aus der Vermarktung anderer Produkte und Dienstleistungen keine erheblichen finanziellen Vorteile zufließen.
- 66 Der Regelungszweck wird aber auch dann erreicht, wenn die Vermarktung eines Produkts (oder einer Dienstleistung) eines Programmträgers unter Bedingungen erfolgt, die zu keiner Wettbewerbsverzerrung führen. Eine solche kann vermieden werden, wenn nicht a priori Produkte einer Programmträgerin verwendet werden, sondern die einzusetzenden Produkte in einem Verfahren bestimmt werden, das auf sachlichen Kriterien beruht und die Gleichbehandlung der Produkte anderer Unternehmen gewährleistet. Für die Evaluation ausschlaggebend muss sein, mit welchen Produkten die Zielsetzungen des Programms am wirksamsten und effizientesten erreicht werden, was insbesondere nach ihrer Qualität, ihrer Verfügbarkeit und ihren Kosten zu beurteilen ist. Zu verwenden sind also die in diesem Sinn sachlich am besten geeigneten Produkte. Nur unter diesen Bedingungen hat der Absatz von Produkten eines Programmträgers in einem geförderten Programm keine Wettbewerbsverzerrung zur Folge, die zu einem Ausschluss nach Ziffer 4.2.3 Absatz 10 Aufzählungspunkt 9 führt. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, denn unbestrittenermassen sieht das Programm der Gesuchstellerin nicht vor, dass sich Drittunternehmen an der Lieferung von Leuchten beteiligen können und enthält es keine Angaben zu einem entsprechenden Auswahlverfahren.

#### **6.2.5 Zur eventualiter beantragten Heilung des Programmantrag mittels Auflagen**

- 67 Die Gesuchstellerin stellt sich im Überprüfungsverfahren auf den Standpunkt, das von ihr vorgeschlagene Produkt könne durch „beliebige“ qualifizierte Leuchten (auch von anderen Herstellern) ersetzt werden (act. 1). Eventualiter seien ihr deshalb Auflagen über die Beteiligung Dritter zu machen. Tatsächlich können kleinere Mängel im Programmantrag durch Auflagen korrigiert werden (Stellungnahme BFE act. 12 Ziffer 5). Bei der Drittbeteiligung für die Lieferung der Leuchten handelt es sich jedoch um einen wesentlichen Programmbestandteil, der zudem über 50 % der Programmkosten ausmacht.

- 68 Dem Programmantrag samt Beilagen sowie den Stellungnahmen der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfügungsverfahren lässt sich nicht entnehmen, wie sich Dritte an ihrem Programm beteiligen könnten. Es kann daher weder die Aufgabe des BFE bzw. der Geschäftsstelle ProKilowatt noch der EICom sein, ein geeignetes, praxistaugliches und effizientes Verfahren für die Beteiligung Dritter auszuarbeiten. Dies umso weniger als die Gesuchstellerin selber geltend macht, dass eine Drittbeteiligung sowohl zu höheren Lieferkosten als auch zu zusätzlichem Aufwand für die Koordination, „Zertifizierung“ und die Margenansprüche führen würde und dass dazu Analysen erforderlich sind, die sinnvollerweise nicht im laufenden Verfügungsverfahren („Administrativverfahren“) vorgenommen werden (act. 17 S. 6). Da sich sämtliche Ausführungen im Programmantrag betreffend die Leuchten, namentlich hinsichtlich der Energieeffizienz, der Kosten und der Eigenschaften der LED-Leuchten, ausschliesslich auf die von der Gesuchstellerin entwickelten Leuchten beziehen, müsste der Programmantrag bei einem Einbezug Dritter auch in diesen Punkten wesentlich überarbeitet werden (vgl. Stellungnahme BFE act. 12 Ziff. 4). Die Ausarbeitung derartiger Verfahren und einer dafür passenden Organisationsstruktur sowie die Veranschlagung der damit zusammenhängenden Kosten gehören zu den Kernaufgaben eines Antragstellers und sind im Programmantrag zu definieren. Eine Korrektur der im Programmantrag fehlenden Drittbeteiligung durch die EICom oder die Verfahrensbeteiligten im Sinne von Auflagen kommt somit vorliegend nicht in Frage.
- 69 Immerhin kann die Gesuchstellerin im Hinblick auf allfällige künftige von ihr einzureichende Programmanträge darauf hingewiesen werden, dass mit Blick auf den Zweck der Bestimmung geeignete organisatorische und prozedurale Vorkehren getroffen werden müssten, die eine strikte Gleichbehandlung der Drittanbieter sicherstellen, was unter anderem im Voraus definierte Kriterien für die Berücksichtigung der Produkte sowie eine Auswahl durch eine unabhängige neutrale Stelle voraussetzt. Hierbei kann eine grundsätzliche Orientierung an den Regeln öffentlicher Beschaffungsverfahren, wie sie die Gesuchstellerin eventuell mit Hinweis auf eine denkbare Beschaffung der Leuchten mittels Ausschreibung andeutet, oder an anderen Verfahren, die auf die Auswahl von Angeboten unter Beachtung auch der Gleichbehandlung ausgerichtet sind, zweckmässig sein.

### **6.2.6 Vermarktung von Produkten oder Dienstleistungen mit erheblichen finanziellen Vorteilen für die Programmträgerin**

- 70 Wie erwähnt sind auch Programme auszuschliessen, die massgeblich die Vermarktung eines Produkts oder einer Dienstleistung bezwecken, durch dessen bzw. deren Vermarktung eine Programmträgerin erhebliche finanzielle Vorteile erhält. Zunächst ist festzuhalten, dass ein Ausschluss von Programmen, die massgeblich die Vermarktung eines Produkts einer Trägerorganisation bezwecken, unabhängig davon erfolgt, ob diese damit einen erheblichen finanziellen Vorteil erzielen. Dass die Gesuchstellerin mit Nachdruck bestreitet, dass sie durch das Programm erhebliche finanzielle Vorteile erfahre – wobei sie sich klar dazu bekennt, den Programmantrag im Rahmen ihrer kommerziellen Tätigkeit eingereicht zu haben –, ändert nichts an der oben stehenden Beurteilung bezüglich des Ausschlusses wegen der Vermarktung eigener Produkte.
- 71 Hingegen verlangt die Bestimmung, dass zusätzlich auch jene Programme auszuschliessen sind, die durch die Vermarktung von Produkten oder Dienstleistungen Dritter zu erheblichen finanziellen Vorteilen für eine Trägerorganisation führen. Ob dieser Ausschlussgrund vorliegend erfüllt ist, muss hier nicht abschliessend geprüft werden, da wie erwähnt bereits ein anderer Ausschlussgrund gegeben ist. Immerhin erscheint es als problematisch, dass der Programmantrag keine Angaben darüber enthält, welche Leistungen durch die Antragstellerin selber und welche durch Drittunternehmen erbracht werden. Zwar hat die Gesuchstellerin diesbezüglich im Laufe des Verfügungsverfahrens gewisse Angaben gemacht, teilweise allerdings ohne sich

verbindlich festzulegen (vgl. act. 17 S. 4 f.). Wäre das Programm nicht bereits wegen der Vermarktung eines eigenen Produkts auszuschliessen, müsste auch bezüglich der übrigen Leistungen geprüft werden, ob diese die Bedingungen nach Ziffer 4.2.3 Absatz 10 Aufzählungspunkt 9 der Vollzugsweisung einhalten.

- 72 Schliesslich ist festzuhalten, dass der in der Vollzugsweisung enthaltene und deshalb in den Stellungnahmen des BFE mehrfach wiedergegebene Ausschlussgrund lediglich auf finanzielle Vorteile abstellt und keine Unrechtmässigkeit der finanziellen Vorteile voraussetzt. Die Befürchtung der Gesuchstellerin, ihr werde solches unterstellt (vgl. act. 17, S. 6), ist somit nicht zutreffend.

### **6.2.7 Zwischenfazit zum Productplacement**

- 73 Nach dem Gesagten ist das Programm auszuschliessen, weil es massgeblich die Vermarktung eines Produktes der Gesuchstellerin bezweckt und weil es kein Konzept enthält, wie unter Wahrung der Gleichbehandlung anderer Unternehmen die für das Programm sachlich am besten geeigneten Leuchten evaluiert und beschafft werden. Dieser Ausschlussgrund kann nicht durch Auflagen korrigiert werden.

### **6.3 Unvollständigkeit des Gesuchs**

- 74 Ebenfalls im Hinblick auf eine allfällige künftige Einreichung eines neuen Programmantrags durch die Gesuchstellerin ist sie darauf hinzuweisen, dass ihr Programmantrag in mehreren Punkten, die hier nicht abschliessend aufzuführen sind, ungenügende bzw. ungenügend belegte Angaben macht, so namentlich in Bezug auf das in Ziffer 1.3.2 sowie 5.2.1 angenommene Energiesparpotenzial von 50%, die in der Beilage zum Programmantrag Ziffer 1.3 vorgesehene Amortisationsdauer von 13.3 Jahren, die Ausführungen zu den heute bestehenden Hemmnissen (Programmantrag Ziff. 4.1.3) und zu der in Ziffer 5.1.1 des Programmantrags angegebenen Dauer von 20 Jahren, in welcher ohne das Programm noch Quecksilber- und schlechte Natriumdampflampen zum Einsatz kämen (vgl. Programmantrag, act. 26; Beurteilungsformular der Geschäftsstelle, act. 26, S. 4, 6; Stellungnahme BFE, act. 12 Ziff. 5).
- 75 Es kann nicht angehen, anstelle der verlangten fundierten und belegten Angaben im Programmantrag auf eine nachträgliche Kontrolle der erzielten Effizienzwirkung zu verweisen, wie dies die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme von 5. Dezember 2013 (act. 17) tut. Ebenso wenig genügt es, wenn die Präsentation als Beilage zum Programmantrag vorsieht, dass im Rahmen des Programms die Projektorganisation den verschiedenen Trägern angepasst und Beziehungsmuster definiert werden sollen (act. 17 S. 6 f.). Dies schon deshalb, weil über den Förderbeitrag gestützt auf die Angaben im Programmantrag zu befinden ist, während die Kontrolle der tatsächlich erzielten Effizienzsteigerung erst im Nachhinein stattfinden kann. Aus diesem Grund ist es entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin (act. 17 S. 6 f.) ebenfalls unzureichend, dass die Programmstruktur angeblich verhindert, dass durch die Projektträgerschaft unberechtigte Fördermittel an einzelne Projekte ausbezahlt werden.
- 76 Im Programmantrag sind insbesondere auch jene Angaben ungenügend, welche für die Beurteilung des Förderprogramms, der angenommenen Kostenwirksamkeit und der Umsetzungsrisiken dienen (zu den Annahmen betr. Energiesparpotenzial, Amortisationsdauer und Referenzentwicklung, Ausführungen zu den heute bestehenden Hemmnissen) und die somit für die Frage der Zulassung zur Auktion und den Zuschlag in der Auktion relevant sind. Diese Angaben müssten im Programmantrag enthalten sein. Damit genügt der eingereichte Programmantrag den in Ziffer 4.2.3 Absatz 6, Ziffer 4.2.4 und Ziffer 4.2.5 der Vollzugsweisung enthaltenen Anforderungen nicht, wonach die Angaben zum Programm vollständig, klar genügend ausführlich,

korrekt und nachvollziehbar sein müssen und das Programmkonzept relevant, kohärent und empirisch abgestützt sein muss. Wie das BFE berechtigterweise geltend macht, erweist sich das Programmkonzept damit als unvollständig und kann in wesentlichen Teilen weder überprüft noch plausibilisiert werden.

- 77 Bei den genannten Anforderungen handelt es sich um Voraussetzungen der Zulassung von Programmanträgen („Zulassungskriterien“; Ziff. 4.2.3 der Vollzugsweisung). Ihre Nichteinhaltung führt deshalb grundsätzlich zum Ausschluss, insbesondere wenn dadurch die inhaltlichen Anforderungen nur ungenügend beurteilt werden können. Vorbehalten bleibt die Bereinigung durch Rückfragen oder Auflagen bei kleineren Mängeln. Der Programmantrag der Gesuchstellerin könnte daher auch aus diesem Grund in der eingereichten Form nicht zur Auktion zugelassen werden (vgl. Stellungnahme des BFE, act. 12 Ziff. 6; vgl. Verfügung der ECom vom 15. April 2014, 221-00006 Rz. 35, abrufbar unter [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Dokumentation > Verfügungen).

#### **6.4 Beeinflussung der Marktstrukturen**

- 78 Die Gesuchstellerin betont mehrfach, dass sie mit dem Programm OnluxStreet die Marktstrukturen aufbrechen will (act. 1; act. 17 S. 7 f.). Ein funktionierender Wettbewerb auf dem Markt für Strassenleuchten und entsprechenden Beratungsdienstleistungen ist auch aus Sicht der Energieeffizienz wünschbar. Dessen Förderung liegt allerdings nicht im Bereich der Zielsetzung der wettbewerblichen Ausschreibungen, soweit nicht die Ausschreibung der Effizienzmassnahmen selbst den Wettbewerb stärkt. Die wettbewerblichen Ausschreibungen dienen aber nicht dazu, zu prüfen, ob die von der Gesuchstellerin behaupteten (act. 1; act. 17 Seite 8) kartellistischen Strukturen vorliegen und diese gegebenenfalls aufzubrechen. Hingegen schliesst die Vollzugsweisung, gerade um Wettbewerbsverzerrungen durch die geförderten Programme zu vermeiden, Programme aus, die massgeblich die Vermarktung eines Produktes eines Unternehmens bezwecken bzw. durch dessen Vermarktung in der Trägerschaft vertretene Organisationen erhebliche finanzielle Vorteile erhalten (vgl. vorne Abschnitt 6.2.4).

#### **6.5 Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Projekten und Programmen**

- 79 In ihrer Eingabe vom 5. Dezember 2013 (act. 17, S. 10) macht die Gesuchstellerin verschiedene Vergleichsfälle geltend, in Bezug auf welche sie eine Ungleichbehandlung behauptet. Insbesondere behauptet sie, Programmgesuche der Firmen SwissElectricity SA und der Firma Earth-effect GmbH seien zugelassen worden, obwohl diese Firmen Energierückgewinnungsmodule für Aufzüge bzw. Induktionsherde und Zubehör verkaufen würden.
- 80 Zwar kann entgegen der Auffassung des BFE (act. 19, Ziff. 4) nicht generell ausgeschlossen werden, dass aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 und Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) unter gegebenen Voraussetzungen ein Anspruch auf Zulassung zur Auktion bzw. auf die Ausrichtung von Fördergeldern folgen kann. Das BFE bzw. die Geschäftsstelle ProKilowatt muss das grosse ihm bei der Beurteilung der Gesuche zustehende Ermessen unter anderem nach dem Grundsatz der Rechtsgleichheit ausüben. Wo die Verfügungskompetenz auf Grund eines Beurteilungsgesuches bei der ECom liegt, gilt dasselbe auch für sie. Dabei ist selbstverständlich den tatsächlichen Unterschieden der Projekte und Programme sowie allfällig zwischen den Ausschreibungsperioden veränderten Ausschreibungsbedingungen Rechnung zu tragen. Sodann liegt keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, wenn auf Grund des Auktionssystems in der hier massgebenden Ausschreibungsperiode eine Gesamtbeurteilung mit einer höheren Punktzahl vorausgesetzt wird als in anderen Ausschreibungsperioden.

Dies entbindet das BFE bzw. die Geschäftsstelle ProKilowatt und die EICom allerdings nicht davon, die verschiedenen Gesuche verfahrensmässig gleich zu behandeln und nach den gleichen Massstäben zu beurteilen, soweit sich eine Abweichung nicht aus Änderungen der Ausschreibung oder der Vollzugsweisung ergibt (vgl. vorerwähnte Verfügung der EICom vom 15. April 2014, 221-0007 Rz. 26, 35, 49, 56). Der Gleichbehandlung der Gesuchsteller dienen vorab die vom BFE erlassenen Vollzugsweisungen, doch gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung auch darüber hinaus.

- 81 Erhöhte Voraussetzungen für einen Anspruch der Gesuchstellerin auf Gleichbehandlung würden für eine sogenannte „Gleichbehandlung im Unrecht“ gelten, also wenn die Gesuchstellerin verlangen würde, sie sei gestützt auf den Grundsatz der Gleichbehandlung abweichend von der durch Gesetz und Verordnung vorgesehenen Regelung zu behandeln. In diesem Fall besteht nur dann ein Anspruch, ebenfalls abweichend von der gesetzlichen Regelung behandelt zu werden, wenn eine eigentliche gesetzwidrige Praxis besteht und die Behörde es ablehnt, diese aufzugeben (HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 518).
- 82 Soweit die Gesuchstellerin auf Seite 10 ihrer Replik allenfalls behaupten will, dass die SwissElectricity SA, deren Programm gefördert wurde, Aufzüge verkaufen würde und dass die Firma Eartheffect GmbH, deren Programm ebenfalls gefördert wurde, Induktionsherde verkaufen würde, sind ihre Ausführungen unsubstantiiert und ohne Beleg. Gemäss jeweiliger Website der Unternehmen handelt es sich um reine Beratungsfirmen. Falls im öffentlichen Recht ein Begehren eines Privaten Ausgangspunkt des Verfahrens bildet, gilt eine eingeschränkte Untersuchungspflicht der Behörde. Auch im öffentlichen Recht hat, falls das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Dezember 2010, A-3284/2009, E. 6.4.1; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 997; vgl. hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Februar 2011, A-6181/2009, E. 7.1., m.w.H.).
- 83 In Bezug auf die vom BFE bewilligten Projektförderungen für Strassenlampenprojekte in den Gemeinden Losone, Mollens und Randogne macht die Gesuchstellerin zwar geltend, jene Projekte würden einen wesentlich höheren Preis pro eingesparter Kilowattstunde aufweisen als ihr eigenes Programm. Ob dies zutrifft, ist jedoch vorliegend nicht ausschlaggebend, denn der Programmantrag der Gesuchstellerin kann mangels Erfüllung der erwähnten Zulassungskriterien nicht zur Auktion zugelassen werden. Dass sie in Bezug auf die Zulassungskriterien des Productplacements oder der Vollständigkeit der Unterlagen rechtsungleich zu den drei von ihr erwähnten Strassenlampenprojekten behandelt worden wäre, behauptet die Gesuchstellerin jedoch nicht. Somit kann sie aus den drei Projekten für ihre Zulassung nichts ableiten. Das Gleiche gilt für das von ihr erwähnte Programm EVULED.

## **7 Unabhängigkeit des Experten**

- 84 Im Beurteilungsgesuch (act. 1) hatte die Gesuchstellerin noch ausgeführt, die Unabhängigkeit der im Bescheid nicht näher bezeichneten Experten („vermutlich SLG“) müsse stark angezweifelt werden, ohne dies allerdings dort oder in einer späteren Eingabe zu begründen. Tatsächlich erwähnt der Bescheid eine Prüfung durch Experten. Eine solche hat jedoch nach Massgabe der von ProKilowatt beigezogenen Verfahrensakten (act. 26) nicht stattgefunden. Im Dokument „Programme Beurteilungsformular intern Geschäftsstelle“ wurde auf Seite 7 angekreuzt, dass auf den Beizug von Experten verzichtet wird, und in den Akten befindet sich dementsprechend auch keine solche Stellungnahme. Damit erweist sich diese Rüge als gegenstandslos.

## 8 Gebühren

- 85 Die EICom erhebt für Verfügungen im Bereich der Stromversorgung Gebühren (Art. 21 Abs. 5 StromVG, Artikel 13a der Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 [GebV-En; SR 730.05]). Die Gebühren werden nach Zeitaufwand berechnet und betragen je nach Funktionsstufe des ausführenden Personals 75 bis 250 CHF pro Stunde (Art. 3 GebV-En).
- 86 Für die vorliegende Verfügung werden folgende Gebühren in Rechnung gestellt: [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 250 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken), [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 200 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken) und [...] anrechenbare Stunden zu einem Gebührenansatz von 180 Franken pro Stunde (ausmachend [...] Franken). Gesamthaft ergibt sich damit eine Gebühr von [...] Franken.
- 87 Die Gebühr hat zu bezahlen, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 1 Abs. 3 GebV-En i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Nachdem die Gesuchstellerin die Beurteilung durch die EICom verlangt hat und mit ihrem Begehren nicht durchdringt, ist sie als Veranlasserin der Verfügung zu betrachten. Die Gebühr wird daher der Gesuchstellerin auferlegt.

### **III      Entscheid**

#### **Gestützt auf diese Erwägungen wird verfügt:**

1. Das von der Onlog (Schweiz) AG eingereichte Programm „OnluxStreet“, Programm-Nr. 4-Pg603, wird nicht zur Auktion zugelassen. Es wird dafür kein Förderbeitrag ausgerichtet. Im Übrigen wird auf das Gesuch der Onlog (Schweiz) AG nicht eingetreten.
2. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt [...] Franken. Sie wird der Onlog (Schweiz) AG auferlegt. Die Rechnung wird nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung zugestellt.
3. Die Verfügung wird der Onlog (Schweiz) AG, der CimArk SA, Geschäftsstelle ProKilowatt, und dem Bundesamt für Energie mit eingeschriebenem Brief eröffnet.

Bern, 14. August 2014

#### **Eidgenössische Elektrizitätskommission ECom**

Carlo Schmid-Sutter  
Präsident

Renato Tami  
Geschäftsführer ECom

Versand:

#### Zu eröffnen mit eingeschriebenem Brief:

- Onlog (Schweiz) AG, Via Sta. Maria 68, 6596 Gordola
- CimArk SA, Geschäftsstelle ProKilowatt, Rte du Rawyl 47, 1950 Sion
- Bundesamt für Energie, Geräte und Wettbewerbliche Ausschreibungen, 3003 Bern

## **IV           Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, einzureichen. Die Frist steht still:

- a)    vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern;
- b)    vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c)    vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.