



**FEUCHTMÜLLER
STOCKERT
MOICK
RECHTSANWÄLTE**

FSM Update Vergabe
Jänner 2019

INNOVATIONSPARTNERSCHAFT

Das neue Vergabeverfahren in der Praxis.



Neue Möglichkeiten zur Entwicklung und Beschaffung von Innovationen

Mit dem Bundesvergabegesetz 2018 hat der Gesetzgeber eine neue Vergabeverfahrensart, die sogenannte Innovationspartnerschaft, geschaffen. Wie die meisten Neuerungen im BVergG 2018 geht auch die Innovationspartnerschaft auf Vorgaben in den EU-Vergaberichtlinien 2014 zurück.

Das Interesse an der Innovationspartnerschaft ist – zurecht – groß, weil das Verfahren ein starker Impuls zur Beschaffung von Innovationen ist. Die Möglichkeit, die Innovation vom Entwickler oder mehreren Entwicklern auch zu erwerben, bietet früher nicht dagewesene Möglichkeiten: Konnte der Auftraggeber seinen Bedarf nicht ausreichend konkret beschreiben, musste er vor Einleitung des Vergabeverfahrens Lösungsmöglichkeiten erkunden oder selbst Lösungen entwickeln (lassen). Im Rahmen dessen kam es bereits zu Entwicklungspartnerschaften, die allerdings nur der Vorbereitung des Vergabeverfahrens zur Beschaffung der entwickelten Lösung dienten (es handelte sich dabei häufig um kleinere Testprojekte im Direktvergabebereich oder um vom BVergG ausgenommene Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen).

Die Innovationspartnerschaft bietet nun folgende Vorteile:

- Der Auftraggeber kann mit seinem bisherigen Entwicklungspartner weiterarbeiten
- Der Entwicklungspartner unterliegt nicht dem Risiko, in der Ausschreibung nicht zum Zug zu kommen (zB wegen seiner Vorarbeiten oder weil ein anderer Bieter ihn preislich unterbietet)
- Das Know-How des Entwicklungspartners bleibt geschützt, weil dieses nicht im Rahmen einer Ausschreibung den Mitbewerbern zur Verfügung gestellt werden muss

Auf den folgenden Seiten werden Ablauf und Knackpunkte des neuen Vergabeverfahrens mit Fokus auf die Umsetzung in der Praxis dargestellt.

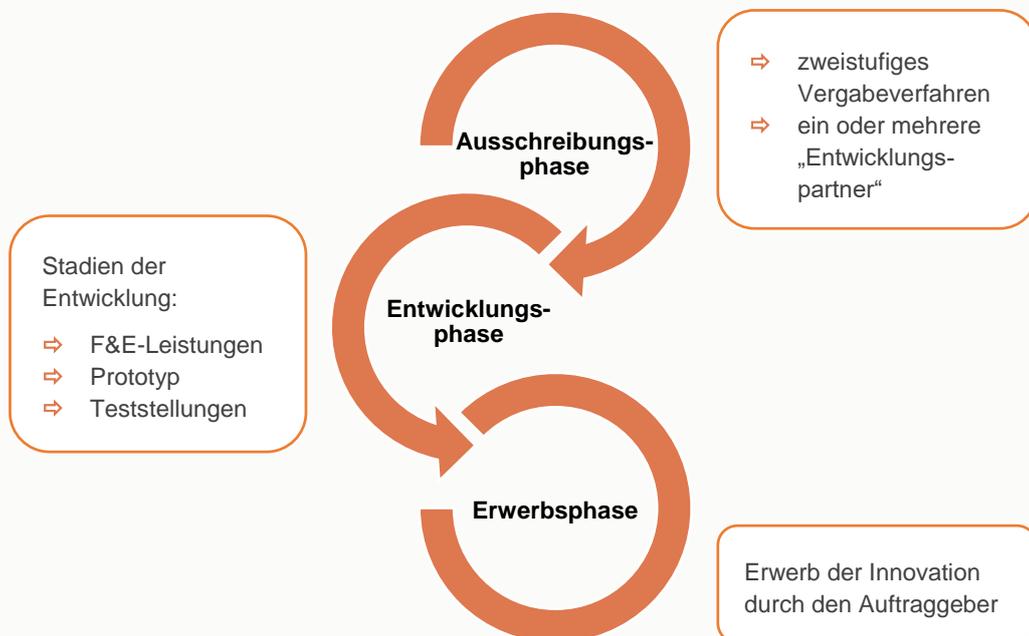
Inhalt:

1. Überblick über das neue Beschaffungsinstrument	3
2. Ausschreibung der Innovationspartnerschaft	4
3. Knackpunkte der Innovationspartnerschaft	6
4. Wann das neue Vergabeverfahren <i>nicht</i> gewählt werden sollte	8

1. Überblick über das neue Beschaffungsinstrument

Ein Verfahren – drei Phasen.

Im Unterschied zu den herkömmlichen Vergabeverfahren regeln die gesetzlichen Bestimmungen zur Innovationspartnerschaft¹ nicht nur die Ausschreibung des Vertrags über die Innovationspartnerschaft (Ausschreibungsphase), sondern auch die Durchführung der Innovationspartnerschaft nach Vertragsabschluss (Entwicklungsphase und Erwerbsphase). Die Innovationspartnerschaft kann damit grob in drei Phasen unterteilt werden:



In der *Ausschreibungsphase* werden mittels zweistufigem Vergabeverfahren die Vertragspartner ermittelt (ein oder mehrere Entwicklungspartner). Nach der Zuschlagserteilung beginnt die *Entwicklungsphase*: Hier entwickeln die Entwicklungspartner die Innovation. Nach Fertigstellung der Entwicklung kann der Auftraggeber die Innovation erwerben (*Erwerbsphase*).

¹ Diese sind für den klassischen Bereich (§§ 118 bis 121 BVergG 2018) und den Sektorenbereich (§§ 285 bis 288 BVergG 2018) weitestgehend deckungsgleich.

2. Ausschreibung der Innovationspartnerschaft

Die Unterschiede zum Verhandlungsverfahren.

Das Vergabeverfahren über die Innovationspartnerschaft orientiert sich am Verhandlungsverfahren. Abweichungen ergeben sich aus der Notwendigkeit der Entwicklung der Innovation.

⇒ **Zulässigkeit**

Die Innovationspartnerschaft ist zulässig, wenn die zu beauftragende Leistung am Markt noch nicht verfügbar ist.² Öffentliche Auftraggeber sollten daher vor Einleitung des Vergabeverfahrens eine Markterkundung³ durchführen. Erforderlichenfalls sind externe Sachverständige, zB aus dem Forschungs- oder Wissenschaftsbereich, beizuziehen.

⇒ **Eignungs- und Auswahlkriterien**

Bei der Festlegung von Eignungskriterien sollten bzw. bei der Festlegung von Auswahlkriterien müssen⁴ Auftraggeber auf Fähigkeiten der Unternehmen im Bereich Forschungs- und Entwicklung sowie Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen Bedacht nehmen.

Das Rad muss aber nicht neu erfunden werden: Wie bei vielen klassischen Vergabeverfahren werden primär Referenzen, Erfahrung (insbesondere von Schlüsselpersonen) und technische Ausstattung ausschlaggebend sein. Bei der Innovationspartnerschaft sind diese Anforderungen allerdings (auch) auf die Fähigkeiten zur Entwicklung des ausgeschriebenen Bedarfs bezogen. Bedenken Sie deshalb bei der Formulierung von Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit, dass die Nachweise auch aus dem Forschungsförderungsbereich oder aus eigenbetrieblicher Forschung stammen können

Tipp: Referenzprojekte nicht als Referenzaufträge formulieren, sondern auch Förderprojekte oder eigenbetriebliche Forschungsprojekte zulassen.

⇒ **Beschreibung der Leistung**

Naturngemäß kann die Leistung bei noch zu entwickelnden Lösungen nicht so detailliert beschrieben werden, wie bei klassischen Vergabevorgängen. In der Regel sind die Leistungen funktional zu beschreiben und ist mit Zielvorgaben zu arbeiten, damit unterschiedliche technische Lösungen angeboten werden können. *Nicht vergessen:* Auch wenn die Innovation erst entwickelt wird, sollte auch deren Wartung vom Leistungsumfang umfasst sein.

² §§ 41 und 210 BVergG 2018.

³ §§ 24 und 197 BVergG 2018.

⁴ §§ 119 Abs 2 und 286 Abs 2 BVergG 2018.

⇒ Preis

Bieter werden regelmäßig nicht in der Lage sein, die in der Erwerbsphase zu erbringenden Leistungen bereits in der Ausschreibungsphase auszupreisen. Die Entwicklungsphase bringt typischerweise zu viele unkalkulierbare Unsicherheiten mit sich.

Im Hinblick darauf sollte hinterfragt werden, welche Preise im Rahmen der Ausschreibungsphase bereits abgefragt werden (können). Möglich wäre, statt einem finalen Kaufpreis für die Innovation nur die Angabe einzelner verbindlicher Preiskomponenten (insbesondere Time and Material) vorzugeben. Das Angebot würde dann zwar auch Angaben zum Aufwand enthalten, aber eben noch keine verbindlichen Erwerbspreise.

Bei Innovationspartnerschaften mit mehreren Partnern könnte die Abfrage eines finalen Preises für den Erwerb der Innovation in die Erwerbsphase verschoben werden (der Preis somit als wesentliches Kriterium für die Auswahl der Lösung, die erworben wird, festgelegt werden).

Auch bei Innovationspartnerschaften mit einem Partner könnte die finale Preisfindung in die Erwerbsphase verlagert werden. Zugleich muss von vornherein eine faire Preisgestaltung sichergestellt sein. Dieser Spagat kann zB durch die Abfrage von verbindlichen Maximalpreisen in Kombination mit später auf Basis der vereinbarten Preise für Time and Material zu ermittelnden Realpreisen, deren Kalkulation plausibel sein muss und im Streitfall von unabhängigen Sachverständigen korrigiert werden kann, gelingen.

⇒ Zuschlagskriterien und deren Bewertung

Bei der Formulierung der Zuschlagskriterien sollte neben klassischen Kriterien zur Prüfung der Erreichung der Anforderungen des Auftraggebers auf die Besonderheiten der Entwicklungsphase Bedacht genommen werden.

Tipp für die Umsetzung in der Praxis: Bewertung der Qualität der geplanten Entwicklungsschritte und deren Eignung zur Erreichung der Entwicklungsziele.

Alternativ zu einem klassischen Preiskriterium kann der Auftraggeber eine Darstellung der Wirtschaftlichkeit der Innovation fordern und diese (einschließlich deren Plausibilität) bewerten. Dies bietet sich insb dann an, wenn ein konkreter (Maximal-)Preis für die Erwerbsphase nicht kalkuliert werden kann (siehe oben Punkt Preis).

⇒ Verfahrensdetails

Die Durchführung von Verhandlungen mit den Bietern ist bei der Innovationspartnerschaft zwingend vorgeschrieben. In der Schlussphase kann der Auftraggeber auch nur mit einem Bieter verhandeln.⁵

⁵ §§ 120 Abs 2 und 287 Abs 2 BVergG 2018.

3. Knackpunkte der Innovationspartnerschaft

Worauf Auftraggeber besonders aufpassen müssen.

Das Vergabeverfahren endet mit Abschluss des Vertrags oder der Verträge „über die Innovationspartnerschaft“. Danach beginnt die Durchführung der Innovationspartnerschaft (Entwicklungsphase und Erwerbsphase). Wesentlich für den Erfolg ist die Vertragsgestaltung im Rahmen des Vergabeverfahrens. Folgenden Aspekten kommt besondere Relevanz zu:

⇒ Vorbereitung

Gerade bei der Innovationspartnerschaft ist die Planung enorm wichtig. Gehen Sie das gesamte Projekt geistig durch und regeln Sie vorhersehbare Eventualitäten. Der Umstand, dass für dieses Verfahren bereits einige wesentliche Themen gesetzlich geregelt sind, kommt Ihnen dabei zugute (siehe die folgenden Punkte).

⇒ Verhältnis Wert der Entwicklung und Entwicklungsinvestitionen

Der geschätzte Wert des Erwerbs darf in keiner unverhältnismäßigen Relation zum Wert der Entwicklungsinvestitionen stehen.⁶ Sind somit die Kosten der Entwicklung nur sehr gering, sollte auf die Festlegung eines hohen Erwerbsvolumens verzichtet werden (zB wäre bei EUR 50.000,- Entwicklungskosten der Erwerb einer Innovation in Höhe von EUR 5 Mio wohl unverhältnismäßig).

⇒ Ein Partner oder mehrere Partner?

Die Innovationspartnerschaft kann mit einem oder mehreren Entwicklungspartnern gebildet werden.⁷ Die diesbezügliche Festlegung ist in der Ausschreibung zu treffen.⁸ Bei Durchführung einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern muss die genaue Anzahl der Partner nicht bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens feststehen.

Bestehen mehrere Partner, muss jeder der Partner die Entwicklungstätigkeiten getrennt durchführen:⁹ Das kann entweder im Wettbewerb der unterschiedlichen Lösungen erfolgen („Wettbewerbsmodell“) oder dadurch, dass jeder Partner ein „Puzzlestück“ der Gesamtlösung entwickelt („Puzzlemodell“). Wichtig: Eine Bietergemeinschaft ist in ihrer Gesamtheit als einzelner Partner anzusehen.

Bei Ausschreibung einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern muss der Auftraggeber Kriterien für die Auswahl der *zu erwerbenden* Lösung(en) festlegen.¹⁰ Dabei kann entweder nur eine beste Lösung ermittelt werden oder es können mehrere Lösungen zur Erwerbsphase zugelassen werden, von denen der Auftraggeber im jeweiligen Bedarfsfall die bestgeeignete auswählt.

⁶ §§ 118 Abs 2 und 285 Abs 2 BVergG 2018.

⁷ §§ 121 Abs 1 und 288 Abs 1 BVergG 2018.

⁸ §§ 119 Abs 3 und 286 Abs 3 BVergG 2018.

⁹ §§ 121 Abs 1 und 288 Abs 1 BVergG 2018.

¹⁰ §§ 121 Abs 5 und 288 Abs 5 BVergG 2018.

⇒ Struktur der Entwicklungsphase

Entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess ist die Entwicklungsphase in unterschiedliche aufeinanderfolgende (Sub-)Phasen zu strukturieren.¹¹

Beispiel:



Der Auftraggeber muss zudem Zwischenziele festlegen. Zwischenziele können zB die Erreichung von bestimmten Milestones oder die Erfüllung vorgegebener Anforderungen am Ende einer Subphase sein.

Wird die Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern gebildet, kann die Anzahl der Partner im Laufe des Projektes reduziert werden (beispielsweise durch Bewertung des Ausmaßes der Übererfüllung von Zwischenzielen).¹²

⇒ Leistungsniveau und Kostenobergrenze

Das Leistungsniveau und die Kostenobergrenze sind vertraglich festzulegen.¹³ Wird das Leistungsniveau unterschritten oder die Kostenobergrenze überschritten, ist der Erwerb der Innovation unzulässig. Aus diesem Grund sollten Auftraggeber die diesbezüglichen Regelungen möglichst offen gestalten, zB durch Festlegung einer variablen Kostenobergrenze (Berechnungsmethode, die abhängig von der Höhe der Entwicklungskosten und allfälligen weiteren Faktoren ist).

⇒ Wer trägt das Risiko des Scheiterns der Entwicklung?

Das Risiko des Scheiterns der Entwicklung trägt, wer für die Kosten der Entwicklung aufkommt. Gesetzlich ist die Vergütung der Leistungen in angemessenen Teilbeträgen durch den Auftraggeber vorgegeben.¹⁴ Auch wenn diese Vorgabe keine Differenzierung enthält, sprechen gute Gründe dafür, dass der Auftraggeber bereits die Entwicklungsleistungen und nicht erst den Erwerb der entwickelten Innovation angemessen vergüten muss.

Ermessensspielraum besteht hinsichtlich der Höhe der Vergütung in der Entwicklungsphase (Angemessenheit der Vergütung): Diese wird davon abhängen, ob der Auftraggeber einen Vorteil aus den erreichten Entwicklungszielen ziehen kann (beispielsweise durch Nutzung der bereits erforschten Ergebnisse). Aber auch wenn nur der Entwicklungspartner die bisherigen Entwicklungsergebnisse nutzen kann, wird der Auftraggeber in der Regel ein Mindestmaß an Entwicklungskosten tragen müssen, weil sonst ein unkalkulierbares Risiko beim Entwicklungspartner läge.

¹¹ §§ 121 Abs 2 und 288 Abs 2 BVergG 2018.

¹² §§ 121 Abs 2 und 288 Abs 2 BVergG 2018.

¹³ §§ 121 Abs 5 und 288 Abs 5 BVergG 2018.

¹⁴ §§ 121 Abs 2 und 288 Abs 2 BVergG 2018.

⇒ Geistiges Eigentum

Das geistige Eigentum ist in der Ausschreibung zu regeln (§§ 119 Abs 4 und 286 Abs 4 BVergG 2018). Die Rechte können entweder beim Auftraggeber oder beim Entwicklungspartner liegen oder zwischen Auftraggeber und Entwicklungspartner geteilt werden. Durchdachte Festlegungen sind in diesem Bereich enorm wichtig: Der Auftraggeber muss etwa bereits bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen mitbedenken, ob er überhaupt einen Bedarf an den Rechten über Forschungszwischenergebnisse haben wird, während in der Erwerbsphase die Nutzung der Innovation in vollem Ausmaß gewährleistet sein muss. Die Festlegung von geteilten Rechten der Forschungsergebnisse der Entwicklungsphase kann zudem potenzielle Teilnehmer abschrecken, weil Entwickler ihr Know-How als höchstes Gut betrachten.

4. Wann das neue Vergabeverfahren *nicht* gewählt werden sollte

Grenzen der Innovationspartnerschaft.

Nicht jede Innovationsbeschaffung führt automatisch zur Innovationspartnerschaft als optimalem Beschaffungsinstrument:

- Ist der Entwicklungsaufwand gering, kann die Innovation möglicherweise mit einem Verhandlungsverfahren oder einem Wettbewerblichen Dialog einfacher und kostengünstiger beschafft werden
- Eine Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern kann zu einem Kostentreiber werden
- Wenn Sie die gefundene Lösung bewusst einem Wettbewerb zugrunde legen möchten, sollten Sie – wie früher üblich – zunächst die geeignete Lösung ermitteln oder entwickeln und diese dann in einem zweiten Schritt ausschreiben.

RA Dr. Karlheinz Moick

FSM-Partner Karlheinz Moick berät öffentliche Auftraggeber in Österreich und Deutschland bei der Konzeption und Durchführung von Innovationspartnerschaften. Die Ausführungen in diesem FSM Update Vergabe stammen aus seiner Erfahrung in der Vergabe von Innovationspartnerschaft. Sie können nicht als „Patentrezepte“ herangezogen werden. Ihre Anwendbarkeit und Praktikabilität muss im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden.

