

**LESSIAK & PARTNER**

rechtsanwälte

Börseplatz-Börsegasse 10  
A-1010 Wien  
Tel +43 (1) 533 23 00-30  
Fax +43 (1) 533 23 00-90  
lawyers@lessiak.at  
DVR 1016105

Kooperation von:

Dr. Rudolf Lessiak  
Rechtsanwalts GmbH

Dr. Gerald Michl  
Rechtsanwalt em

Dr. Philipp Pelz  
Rechtsanwalts GmbH

# Innovationspartnerschaft

von

**Dr. Rudolf Lessiak**

Rechtsanwalt in Wien

Vortrag vom 14.10.2016

Vergabeforum 2016

## I. Ausgangslage

Die „neuen“ Vergaberichtlinien 2014/24/EU (VergabeRL) und 2014/25/EU (SektorenRL) stellen dem öffentlichen Auftraggeber mit der Innovationspartnerschaft<sup>1</sup> eine weitere Verfahrensart zur Verfügung.

Die beiden RL wären bis April 2016 umzusetzen gewesen.

Die Regelungen der Richtlinien über die Innovationspartnerschaft zeichnen sich durch hohe Flexibilität und einen im Vergaberecht geradezu auffallend großen Gestaltungsspielraum aus. Daher ist mit Spannung abzuwarten, ob und in welchem Umfang der österreichische Gesetzgeber diesen Gestaltungsspielraum nutzt und diese Regelungen näher konkretisiert oder – wie dies der deutsche Gesetzgeber getan hat – diesen Gestaltungsspielraum weitestgehend uneingeschränkt an die Rechtsanwender weitergibt.

Denn in Deutschland wurden diese RL bereits umgesetzt. Die Innovationspartnerschaft wurde in § 119 Abs 7 GWB<sup>2</sup> definiert. Die näheren Regelungen dieser Verfahrensart finden sich in § 19 VgV<sup>3</sup> bzw in § 18 SektVO<sup>4</sup>. Sie übernehmen mit geringfügigen Konkretisierungen den Text der RL, sodass aus diesen Bestimmungen wenig ableitbar ist, um die „konkretisierungsfähigen“ Regelungen der RL zu präzisieren.

Fest steht mE, dass der Rechtsanwender, der sich der Innovationspartnerschaft bedienen will, in jedem Fall nicht nur den Vorteil großer Gestaltungsfreiheit nutzen darf, sondern auch dem Anspruch der Formulierung recht umfangreicher Verfahrens- und Vertragsregelungen genügen muss. Dabei sind es mE weniger die Verfahrensregeln, sondern vielmehr die (auszuschreibenden) Vertragsregelungen, die den weiteren Ablauf nach Zuschlag regeln, die hohe Anforderungen an den Vertragsverfasser stellen (werden).

---

<sup>1</sup> Siehe Art 31 VergabeRL (2014/24/EU) bzw Art 49 SektorenRL (2014/25/EU).

<sup>2</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

<sup>3</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung) vom 12.04.2016 (BGBl I S. 624), in Kraft getreten am 18.04.2016.

<sup>4</sup> Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung) vom 12.04.2016 (BGBl I S. 624), in Kraft getreten am 18.04.2016.

## II. Darstellung der neuen Regelung

Das neue Vergabeverfahren der Innovationspartnerschaft umfasst gleichermaßen die Entwicklung und Beschaffung von innovativen Produkten, innovativen Dienstleistungen und innovativen Bauleistungen. Zur Vereinfachung spreche ich im Folgenden stets von „Leistungen“, meine damit aber auch Produkte.

Ergebnis dieses neuen Vergabeverfahrens, sohin die Zuschlagserteilung, ist der Abschluss einer oder mehrerer Innovationspartnerschaft(en).

Ziel der Innovationspartnerschaft ist die Entwicklung einer innovativen, noch nicht bereits auf dem Markt verfügbaren Leistung und der Erwerb der aus dieser Entwicklung hervorgehenden Leistung.

Die Komplexität des Vergabeverfahrens, vor allem aber die Anforderungen an die (in den Ausschreibungsunterlagen vorzugebende) Gestaltung der an die Zuschlagserteilung anschließenden Vertragsabwicklung wird durch Abschluss mehrerer Innovationspartnerschaften in einem Vergabeverfahren noch gesteigert. Darauf gehe ich im Anschluss an die Darstellung dieses Verfahrens und seines Ergebnisses – der Innovationspartnerschaft – noch näher ein.

Die Innovationspartnerschaft ermöglicht dem Auftraggeber – im Rahmen einer langfristigen Partnerschaft – die Entwicklung und den daran anschließenden Erwerb innovativer Leistungen (Dienstleistungen, Bauleistungen oder Produkte).<sup>5</sup>

Die zentralen Vorgaben für die Ausgestaltung der Innovationspartnerschaft sind in Art 31 der VergabeRL geregelt.

Zulässig ist der Einsatz der Innovationspartnerschaft nur dann, wenn die Nachfrage des Auftraggebers auf die Beschaffung einer innovativen Leistung gerichtet ist und diese Nachfrage nicht durch den Erwerb einer bereits am Markt verfügbaren Leistung befriedigt werden kann.

Die Prüfung hat daher mE auf zwei Ebenen stattzufinden. Die Leistung, die nachgefragt wird, bedarf einer Forschungs- und Entwicklungsarbeit, um verfügbar zu sein. Die Begründung dieser Anforderung wird vor allem bei

---

<sup>5</sup> Vgl. *Zellhofer/Motyka*, Innovationsfördernde öffentliche Beschaffung – Vorkommerzielle Auftragsvergabe und Innovationspartnerschaft, ZVB 2013/122; *Salzer*, Die Highlights der neuen Vergaberichtlinien, *ecolex* 2014, 281.

Dienstleistungen aus fachtechnischer Sicht nicht leicht zu erfüllen sein.

Die zweite Ebene überprüft, ob die in den Ausschreibungsunterlagen beschriebene Nachfrage durch eine bereits auf dem Markt vorhandene Leistung (die daher nicht erst entwickelt werden muss) befriedigt werden kann. Nur wenn dies verneint wird, steht die Innovationspartnerschaft zur Verfügung.

Während sohin bei Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog die „Markterkundung“ (zumindest größtenteils) dem Vergabeverfahren überlassen werden kann, da die Reaktion des Marktes auf die Vergabebekanntmachung ohnehin zeigt, was der Markt für die konkrete Nachfrage zu bieten hat, ist bei der Innovationspartnerschaft diese „Markterkundung“ der zulässigen Entscheidung für diese Vergabeart vorgeschaltet.

Ogleich mir bewusst ist, dass sich der Auftraggeber auch bei einem Verhandlungsverfahren vor Bekanntmachung grundlegende Marktkenntnisse verschaffen wird, ist doch davon auszugehen, dass der Vorbereitungsaufwand (und damit der Zeitvorlauf) bei Bekanntmachung einer Innovationspartnerschaft bereits durch diese vorgeschaltete Markterkundung deutlich höher ist als bei Wahl eines anderen Vergabeverfahrens.

Der Auftraggeber kann vorab entscheiden, die Innovationspartnerschaft mit einem Partner oder mit mehreren Partnern, die getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchführen, einzugehen.

Der Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme am Verfahren aufgefordert werden, begrenzen, sofern mindestens drei Bewerber<sup>6</sup> zur Verfügung stehen.

Jeder Wirtschaftsteilnehmer kann auf die Auftragsbekanntmachung einen Teilnahmeantrag stellen. In diesem Teilnahmeantrag hat der Marktteilnehmer jene Informationen für eine qualitative Auswahl vorzulegen, die vom Auftraggeber verlangt werden.

Die von den RL vorgegebene Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge beträgt mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung.

Der öffentliche Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente seiner Beschreibung der innovativen Leistung die von allen Angeboten

---

<sup>6</sup> Siehe Art 65 VergabeRL.

einzuhaltenden Mindestanforderungen sind. Die bereitgestellten Informationen müssen so genau sein, dass die Wirtschaftsteilnehmer Art und Umfang der geforderten Lösungen erkennen und entscheiden können, ob sie eine Teilnahme an dem Verfahren beantragen.

Nur jene Wirtschaftsteilnehmer, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge der Bewertung der bereitgestellten Informationen dazu aufgefordert werden, können am Verfahren teilnehmen. Das ist das uns auch aus der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens bekannte Auswahlverfahren der Bewerber nach Auswahlkriterien, mit Auswahlentscheidung etc.

Bei der Innovationspartnerschaft genügt es, dass (Art 31 Abs 1 VergabeRL) die „Mindestanforderungen“ an die zu vergebende Leistung beschrieben werden und die bereitgestellten Informationen (nur) so präzise sind, dass die Wirtschaftsteilnehmer Art und Umfang der geforderten Lösung erkennen und entscheiden können, ob sie eine Teilnahme an dem Verfahren beantragen.

Das durch die letztlich zu beschaffende Leistung einzuhaltende „Leistungsniveau“ ist (Art 31 Abs 2 VergabeRL) anzugeben.

Da kann mE nicht viel mehr gefordert werden als eine funktionale Zielvorgabe. Denn was konkret im Rahmen der Forschung und Entwicklung geleistet werden soll, ergibt sich eben erst aus jedem Zwischenergebnis für den Folgeschritt. Die letztlich zur Beschaffung gelangende Leistung ist das Ergebnis dieser Forschungs- und Entwicklungsphase.

Deutlich mehr an Konkretisierung ist verlangt bei der (ebenfalls von Art 31 Abs 2 VergabeRL geforderten) Festlegung der „Kostenobergrenze“. Auf die Problematik, dass sich in der Auftragsabwicklung die Notwendigkeit einer Erhöhung dieser Kostenobergrenze ergeben mag, gehe ich unten ein.

Die Verhandlungen während des Verfahrens der Innovationspartnerschaft können in aufeinander folgende Phasen unterteilt werden, um die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern.

Mit Ausnahme der endgültigen Angebote verhandelt der öffentliche Auftraggeber mit den Bietern mit dem Ziel, die Angebote zu verbessern. Die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien sind nicht Gegenstand von Verhandlungen.

Auch aus den sonstigen Vergabeverfahren vertraut ist uns die Vorgabe, dass der öffentliche Auftraggeber die Gleichbehandlung aller Bieter bei den Verhandlungen sicherzustellen hat.

Auch dass vertrauliche Informationen und vorgeschlagene Lösungen nur mit Zustimmung des betroffenen Bieters, die für den konkreten Einzelfall (nicht pauschal) erteilt wurde, offengelegt werden dürfen, ist uns aus Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog geläufig.

Der Zuschlag erfolgt allein nach dem Kriterium des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses.

Ziel der Innovationspartnerschaft muss die Entwicklung einer innovativen Leistung und der anschließende Erwerb der aus dieser Entwicklung hervorgehenden Leistung sein.

Die Innovationspartnerschaft wird entsprechend dem Forschungs- und Entwicklungsprozess in aufeinanderfolgende Phasen strukturiert. Die Innovationspartnerschaft kann bis zur Herstellung der zu liefernden Produkte bzw zur Erbringung der dann entwickelten Leistungen reichen, sofern das zwischen dem Auftraggeber und den Teilnehmern vereinbarte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden.

Trotz der Verpflichtung zur Festlegung einer Kostenobergrenze in den Ausschreibungsunterlagen meine ich, dass sich die „Kostendeckel“ der einzelnen Phasen der Forschung und Entwicklung sowie die mE daraus abzuleitenden Kosten der Beschaffung der so entwickelten Leistung nur als grober Maximalrahmen angeben lassen, der in der Praxis wohl primär durch budgetäre Vorgaben bestimmt sein wird.

Dabei erscheint es mir vertretbar, die Kostenobergrenze nicht als festen Betrag, sondern als ermittelbaren Betrag anzugeben. Etwa (als Beispiel) aus einer Berechnungsformel, welche die in den einzelnen Teilschritten der Entwicklung angefallenen und akzeptierten Kosten und die aus diesen Entwicklungskosten und einem festgelegten Zuschlag zu ermittelnden Beschaffungskosten berücksichtigt.

Denn der Auftragswert ist bei der Innovationspartnerschaft (Art 5 Abs 6 VergabeRL) der „geschätzte Gesamtwert ohne MwSt. der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, die während sämtlicher Phasen der geplanten Partnerschaft stattfinden sollen, sowie der Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen, die zu entwickeln und am Ende der geplanten Partnerschaft

zu beschaffen sind“. Das ist eindeutig ein konkreter Betrag. Die Gleichsetzung des „geschätzten Gesamtwerts“ mit der „Kostenobergrenze“ ist mE jedoch nicht vorgegeben.

Ebenso, wie es dem Auftraggeber (entsprechend den vorab festgelegten Bedingungen) freistehen muss, bei Überschreitung der vorab festgelegten budgetären Mittel die Innovationspartnerschaft zu beenden, ist es mE auch zulässig, den gegenläufigen Weg vorab festzulegen. Das ist die Erhöhung der zunächst vorgesehenen Mittel und damit die Anpassung der „Kostenobergrenze“, wenngleich ich meine, dass die Bedingungen für solche Erhöhungen nicht nur nach der (wohl stets als Erfordernis zu nennenden) budgetären Bedeckung, sondern auch nach wirtschaftlich fassbaren Kriterien festgelegt werden müssen, welche diese Kostenerhöhung für den Auftraggeber wirtschaftlich zweckmäßig erscheinen lassen.

Beispiele sind mE die Erhöhung des erhofften Ertrags gegenüber der ursprünglichen Kalkulation, die Erkenntnis in der bisherigen Kalkulation unberücksichtigter Einsparungen in anderen Bereichen oder auch – gerade im Bereich der IT – Aufwanderhöhung der Zielerreichung durch neue gesetzliche, insbesondere europarechtliche Vorgaben.

Die (deutsche) Regelung des § 19 Abs 10 VgV legt dazu fest, dass der Auftraggeber nach Abschluss der Forschungs- und Entwicklungsphase zum anschließenden Erwerb der innovativen Leistung „nur dann verpflichtet“ ist, wenn (neben dem festgelegten Leistungsniveau) auch die bei Eingehung der Innovationspartnerschaft festgelegte Kostenobergrenze eingehalten wird.

Das ist wohl noch kein Freibrief für den Gegenschluss, dass der Auftraggeber bei Überschreitung dieser Kostenobergrenze zwar zum Erwerb der Leistung nicht verpflichtet, aber berechtigt sei.

Auch Art 31 Abs 2, erster Unterabsatz der VergabeRL knüpft den „anschließenden Erwerb“ der aus der Entwicklung hervorgehenden Leistungen daran, dass „das Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden, die zwischen den öffentliche Auftraggebern und den Teilnehmern vereinbart worden sind.“

Angesichts der durch die neuen RL eher restriktiver als liberaler gewordenen Regelungen zu Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit (vgl Art 72 VergabeRL) halte ich es auch für unwahrscheinlich, dass der österreichische Gesetzgeber diese Regelungen für die Innovationspartnerschaft lockert.

Daher sollte ein Auftraggeber, der die Notwendigkeit solcher Kostenerhöhungen berücksichtigen muss, Angaben zu Umfang und Art dieser Anpassung der Kostenobergrenze sowie zu den Bedingungen, unter denen dies geschehen kann („klar, präzise und eindeutig formuliert“ – wie das die RL verlangt) in die (in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen) Vertragsunterlagen aufnehmen. Auch dabei erschiene es mir vertretbar, den Umfang der Anhebung der Kostenobergrenze nicht in einem ziffernmäßig bestimmten Betrag, sondern nach einer klar nachvollziehbaren Berechnungsmethode anzugeben – etwa nach den angefallenen und anerkannten Entwicklungskosten mit einem vorab vereinbarten Zuschlag.

Vergleichsweise einfacher dürfte die Vorgabe zu handhaben sein, dass die von den Partnern zu erreichenden Zwischenziele sowie eine Vergütung in angemessenen Tranchen festzulegen sind.

Auf Grundlage dieser Ziele kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jeder Phase entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet.

Für den Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern kann die Zahl der Partner durch Kündigung einzelner Verträge reduziert werden. Darauf hat der Auftraggeber allerdings in den Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen und muss angeben, unter welchen Umständen davon Gebrauch gemacht werden kann.

Der geschätzte Wert der Lieferungen darf in Bezug auf die für ihre Entwicklung erforderlichen Investitionen nicht unverhältnismäßig sein.

Die oben erwähnte Besonderheit, dass der Auftraggeber bei Vergabe mehrerer Innovationspartnerschaften in einem Vergabeverfahren mit Zuschlagserteilung mehrere Vertragspartner hat, legt den Vergleich mit einer Rahmenvereinbarung nahe.

Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass nach dem Konzept der RL die einzelnen Innovationspartnerschaften von einander unabhängige Verträge sind. Sie werden zwar gemeinsam vergeben, können dann aber – nach Zuschlagserteilung – durchaus unterschiedliche Schicksale haben. Denn die RL sieht nicht nur vor, dass der Auftraggeber die abgeschlossene Innovationspartnerschaft (unter vorab festzulegenden Bedingungen und nach dem Ende vorab festzulegender „Phasen“) beendet. Sie räumt auch die Möglichkeit ein, dass im Falle der Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern die Zahl dieser Vertragspartner durch Kündigung einzelner Verträge reduziert wird – sofern dies in den Ausschreibungsunterlagen so vorgesehen



war.

Eine der ersten „Gestaltungsfragen“ für den Auftraggeber ist es daher, ob er von vornherein die Vergabe der Innovationspartnerschaft in Teilen (Losen) ermöglicht oder nur den Zuschlag des „Gesamtpakets“ vorsieht. In letzterem Fall wird daher (zunächst) ein „Parallellauf“ der Leistungen der einzelnen Auftragnehmer in Kauf genommen. Dies jedenfalls in der Phase der Forschung und Entwicklung. Daher werden die vertraglichen Regelungen (bereits in den Ausschreibungsunterlagen) vorzusehen haben, unter welchen Bedingungen dieser „Parallellauf“ in der Folge reduziert wird, indem einzelne Verträge gekündigt werden.

Dass dabei die eigentlich spannende Frage in der Gestaltung der Möglichkeit von „Teilkündigungen“ liegt, sodass (teilbare Leistungen vorausgesetzt) die Zusammenarbeit mit diesem Partner nur mehr hinsichtlich eines Teils seiner ursprünglich angebotenen Leistungen fortgesetzt wird, kann hier nur angemerkt werden.

Strikte Vertraulichkeitsgebote für den Auftraggeber, die sowohl während des Vergabeverfahrens als auch in der Vertragsabwicklung die Weitergabe von Informationen (Lösungsvorschlägen etc.) verbieten bzw an die Zustimmung pro konkretem Einzelfall binden („pauschale“ Zustimmungen daher verbieten) führen in das uns schon aus dem wettbewerblichen Dialog bekannte Dilemma:

Einerseits „Trittbrettfahrer“ (Wettbewerbsverzerrungen) zu verhindern und dennoch den Vorteil der Zusammenarbeit mit mehreren Partnern bei Ausarbeitung einer noch unbekanntem Lösung zu lukrieren, dass gerade das Wechselspiel verschiedener Lösungsansätze die attraktivsten Ergebnisse erbringt.

Auf das Ende der Entwicklungsphase folgt die Leistungsphase, in der die aus der Partnerschaft hervorgegangenen Leistungen erbracht werden.

Wie diese Leistungen abgerufen werden, ob und in welchem Umfang ein Anspruch auf Leistungsabruf besteht, bis hin zur Frage, von welchem Auftragnehmer der Auftraggeber die Leistungen abrufen, wenn er auch noch am Ende der Entwicklungsphase mehrere „Innovationspartner“ hat, ist zentraler Gegenstand der vertraglichen Regelung.

Ein Aufruf zum Wettbewerb wenn es mehrere leistungsfähige Innovationspartner gibt, ist nach den RL nicht vorgesehen. Vertraglichen

Regelungen, die diesen Leistungsabruf unter konkurrierenden Innovationspartnern regeln, steht jedoch meines Erachtens nichts im Wege.

### **III. Vergleich mit bestehenden Vergabeverfahren**

Eine der Innovationspartnerschaft (nur) scheinbar nahestehende Vorgangsweise ist die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungs-Dienstleistungen im Rahmen einer „vorkommerziellen Auftragsvergabe“.

Dabei geht es stets nur um die Beschaffung von Dienstleistungen, nie um die Beschaffung der als Ergebnis dieser Forschung und Entwicklung produzierten Leistungen.

Auch wenn nur Dienstleistungen beschafft werden, dann ist dies – im Rahmen des § 10 Z 13 BVergG – kein Vergabeverfahren, sondern eine außerhalb des Vergaberechts stehende Methode der Beschaffung von Forschungs -und Entwicklungsleistungen.

Denn gemäß § 10 Z 13 BVergG gilt dieses Bundesgesetz nicht „für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, außer deren Ergebnisse sind ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit und die Dienstleistungen werden vollständig durch den Auftraggeber vergütet“.

Damit ist für die Vergabe von Dienstleistungen zur Forschung und Entwicklung die Grenze zum Vergaberecht gezogen. Wird diese Grenze überschritten, handelt es sich schlicht um die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen unter dem Regime des BVergG. Die Abgrenzungsprobleme sind zwar vielfältig (Stichwort: Kommerzielle Entwicklungstätigkeiten, die typisch nicht ausgenommen sind), interessieren aber hier nicht weiter, da ich mich in diesem Vergleich innerhalb des Vergaberegimes bewege.<sup>7</sup>

Aus der Sicht des Verfahrens betrachtet, ist die Innovationspartnerschaft wohl dem Verhandlungsverfahren zuzuordnen. Das entspricht auch Erwägungsgrund 49 RL, der ausführt:

„Die Innovationspartnerschaft sollte sich auf die Verfahrensregeln stützen, die

---

<sup>7</sup> Siehe zu diesem Problemkreis und den Abgrenzungsfragen *Zellhofer/Motyka*, Innovationsfördernde öffentliche Beschaffung – Vorkommerzielle Auftragsvergabe und Innovationspartnerschaft, ZVB 2013/122.

für das Verhandlungsverfahren gelten“.

Allerdings ein Verhandlungsverfahren, bei dem (wie der Erwägungsgrund weiter ausführt) „die Auftragsvergabe ... einzig auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses erfolgen“ soll.

So sieht das auch der in den Materialien zu diesem Vortrag wiedergegebene deutsche Referentenentwurf und (wie ich der Vortragsunterlage von Fruhmann entnehme) der österreichische Gesetzgeber, der die Innovationspartnerschaft als Verhandlungsverfahren mit verpflichtendem „Bestangebotsprinzip“ einordnet.

Dagegen ist nichts einzuwenden. So entsprechen auch die Vorgaben der RL den uns vertrauten Verfahrensabläufen aus der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens, in dem Teilnahmeanträge gestellt werden und die Auswahl der zur Angebotslegung einzuladenden Bewerber erfolgt. Ebenso lässt sich die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens von der Legung der Angebote über die Durchführung von Verhandlungsrunden bis hin zur Zuschlagserteilung auf die Innovationspartnerschaft übertragen.

Das Verfahren ist also auch hier „zweistufig“ und nicht – wie im wettbewerblichen Dialog – „dreistufig“.

Gleichwohl verkennt auch der deutsche Referentenentwurf nicht, dass diese Verfahrensregeln nur „im Kern“ anzuwenden sein werden. Damit hätte der österreichische Gesetzgeber mE durchaus Raum, weitere Verfahrensregeln festzulegen.

Ich denke hier an die Frage, ob im (österreichischen) System der gesetzlichen Festlegung der „anfechtbaren Entscheidungen“ eine Regelung erfolgt, welche für den „Abruf“ der nach erfolgreicher Forschungs- und Entwicklungsphase vorliegenden „neuen“ Leistungen einen Aufruf zum Wettbewerb vorsieht, der wiederum (wie derzeit im wettbewerblichen Dialog) eine vergaberechtlich anfechtbare Entscheidung ist.

Vorgegeben ist dieser Weg durch die RL nicht. Ebenso könnte es der Gesetzgeber dem „reinen Zivilrecht“, sohin nur den vertraglich getroffenen Regelungen und ihrer Durchsetzung vor den ordentlichen Gerichten überlassen, nach welchen Grundsätzen der Auftraggeber bei mehreren Innovationspartnerschaften die dann vorliegenden Leistungen beschafft.

Der zentrale Unterschied zum gewohnten Verhandlungsverfahren liegt auf

der materiellen Ebene der Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung.

Während im Verhandlungsverfahren Konkretisierungen der ausgeschriebenen Leistungen, die letztlich beschafft werden sollen, zwar noch verhandelt werden können, diese Änderungen oder Ergänzungen aber stets im (vergleichsweise engen) Rahmen des ursprünglich ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes liegen müssen, ist dieser „Rahmen“ bei der Innovationspartnerschaft wesentlich weiter. Auf die obigen Ausführungen „„Mindestanforderungen“, „Leistungsniveau“ und „Kostenobergrenze“ wird verwiesen.

Als weitere Alternative bietet sich der wettbewerbliche Dialog<sup>8</sup> an. Diese Möglichkeit hat bereits die VorgängerRL 2004/18/EG vorgesehen. Sie wurde in § 34 BVergG 2006 umgesetzt.

Beim wettbewerblichen Dialog kommt es zwischen dem Auftraggeber und von diesem ausgewählten, geeigneten Wirtschaftsteilnehmern zu Verhandlungen über den Auftrag. In einer zwischen den Wettbewerb der Unternehmen (erste Stufe des Verhandlungsverfahrens) und den Wettbewerb der Angebote (zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens) eingeschobenen Verfahrensstufe, sollen auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmte, adäquate Lösungen ermittelt werden. Nach Erzielen von einer oder mehreren Lösungen wird die Dialogphase beendet. Jene Teilnehmer, die zur Erarbeitung dieser Lösung(en) beigetragen haben, werden mit den auf Basis dieser Lösung(en) erstellten Angebotsunterlagen zur Legung von Angeboten aufgefordert.

Im Unterschied zur Innovationpartnerschaft, bei welcher der Markt die zur Befriedigung der Nachfrage des Auftraggebers benötigte Leistung nicht zu bieten vermag, bietet beim wettbewerblichen Dialog der Markt die geeignete Leistung an.

Trotz dieser theoretisch an sich richtigen Unterscheidung liegt mE der zentrale Unterschied der Innovationspartnerschaft zum wettbewerblichen Dialog nicht in der augenscheinlich neuen Anforderung, dass die zu beschaffende Leistung noch nicht am Markt verfügbar ist.

Denn auch beim wettbewerblichen Dialog weiß der Auftraggeber zwar, welches Ergebnis er benötigt, kennt aber den Weg dorthin (die Lösung zur Erfüllung seiner Anforderung) noch nicht. Im wettbewerblichen Dialog ist dafür zwischen den Wettbewerb der Unternehmen und den Wettbewerb der

---

<sup>8</sup> Vgl. *Trieb*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren (2009).

Angebote die Zwischenstufe der gemeinsamen Ausarbeitung der vom Auftraggeber benötigten Lösung eingeschoben. Dieses Verfahren ließe sich aus rein vergaberechtlicher Sicht durchaus auch so einsetzen, dass in dieser Zwischenstufe die Lösung zu einem Ergebnis erarbeitet wird, das es so auf dem Markt noch nicht gibt.

Das praktische Problem im wettbewerblichen Dialog (zugleich mE der Hauptgrund für seine beschränkte Verbreitung) ist der Umstand, dass diese Zwischenstufe wenig bringt, wenn die Bewerber nur „erläutern, was sie ohnehin schon wissen und können“. Wertvoll wird diese Zwischenstufe, wenn die Bewerber im Dialog mit dem Auftraggeber eine Lösung erarbeiten, die es davor noch nicht (nicht in dieser Form) gab. Damit erbringen die Bewerber aber unstreitig „geldwerte“ Leistungen.

Die zweckmäßige Basis für den Austausch geldwerter Leistungen ist aber das Rechtsgeschäft und nicht eine bloß lose Zusammenarbeit in einem Vergabeverfahren, die einen „Aufwandersatz“ zwar nicht ausschließt, aber nicht annähernd die Rechtssicherheit bieten kann, für adäquate Leistung auch adäquates Geld zu bekommen, wie dies ein abgeschlossener Vertrag bietet.

Letztlich ist es auch nachvollziehbar, dass ein Unternehmer für die Entwicklung einer Lösung nicht nur den Ersatz seines Entwicklungsaufwandes, sondern auch die vertraglich abgesicherte Möglichkeit, diese Lösung dann auch beim Auftraggeber zu verwerten, anstrebt.

Auch für den Auftraggeber ist dies eine Schwäche des wettbewerblichen Dialogs.

Denn auch wenn er bereit ist, für die Entwicklung einer Lösung zu bezahlen, dann will er durch vertragliche Regelungen festgelegt wissen, welche Leistungsqualität er für seine Zahlungen bekommt.

Auch der Weg, zunächst nur die Entwicklungsleistung zu vergeben und dann das Ergebnis dieser Entwicklung im Wettbewerb zu beschaffen, ist wenig attraktiv. Denn selbst wenn die Hürden der Rechtseinräumung durch den Entwickler an den Produzenten genommen, die Schnittstellen zwischen dem, was laut Entwickler sein kann und dem, was laut Produzent tatsächlich ist, beseitigt werden etc. – teurer wird dieser Weg allemal, als in einem einheitlichen Vergabeakt Entwicklung und Beschaffung der Leistung so zu koppeln, wie dies die Innovationspartnerschaft tut – vor allem mit der Möglichkeit, den laufenden Auftrag zu beenden, wenn die geleistete

Entwicklung den vertraglich vorgegebenen Erwartungen nicht genügt.

Diese Lücke aus beider Sicht – der des Auftraggebers und der des Auftragnehmers – schließt die Innovationspartnerschaft.

#### **IV. Chancen und Risiken**

Die größte Gefahr droht der Innovationspartnerschaft durch die ausgeprägte Skepsis der Praxis, ein neues Vergabeverfahren auch tatsächlich einzusetzen.

Beim wettbewerblichen Dialog hat es rund ein Jahrzehnt gedauert, bis dieses – von Anfang an totgesagte – Verfahren wenigstens wahrnehmbar in der Praxis ankam. Es erfreut sich immer noch überschaubarer Beliebtheit, doch wird es zumindest fallweise verwendet. Soweit zu sehen, wurde im Jahr 2016 in Österreich für rund ein Dutzend von Beschaffungen der wettbewerbliche Dialog gewählt.

Auch wenn mir daher bewusst ist, dass es schon ein regelrechter Durchbruch wäre, wenn man beim nächsten Jahresforum von ein oder zwei in Österreich ausgeschriebenen Innovationspartnerschaften berichten könnte, darf ich zum Abschluss ein wenig zur Motivation, es dennoch zu versuchen, beitragen – ohne die Risiken zu verschweigen.

Ist es für den Auftraggeber erforderlich, dass Entwicklung einer neuen Leistung und „Produktion“ dieser Leistung vom selben Auftragnehmer kommen, dann stand ihm bisher kein taugliches Vergabeverfahren zur Verfügung, um dies sicherzustellen.

Beispielsweise im IT-Bereich ist der Auftraggeber regelmäßig damit konfrontiert, dass der Markt zwar eine Vielfalt von Lösungen anbietet, die anscheinend alles können, aber dann eben doch nicht zu den Anforderungen passen, die der Auftraggeber aus seinen bestehenden Systemen an die neue Leistung hat. „Customizing“ bis zur Grenze vergaberechtlicher Zulässigkeit und vertragsrechtlicher Möglichkeit auszureizen, ist eben nur eine Krücke.

Sind Entwicklungsleistungen gefordert, die unstreitig Zeit und Geld kosten und deren Resultate sich erst im Zuge der Entwicklung zeigen, dann stößt die Kreativität in der Leistungsbeschreibung rasch an die Grenze, dass der Leistungsgegenstand im Verhandlungsverfahren (nach der vergaberechtlichen Judikatur) doch in relativ engen Grenzen konkret

beschrieben sein muss.

Die Zwischenstufe im wettbewerblichen Dialog löst das Problem nicht, dass geldwerte Entwicklungsleistungen ohne vertragliche Grundlage für keine der beiden Seiten rechtssicher abgewickelt werden können.

Da gibt die Innovationpartnerschaft hinreichend Spielraum für die Gestaltung der Vergabe so, dass sie der Nachfrage eines Auftraggebers nach einer erst zu entwickelnden Leistung gerecht werden kann.

Dieser weite Spielraum ist zugleich das Risiko dieser Vergabewahl.

Dieses Risiko wird weniger im Bereich des Verfahrensrechts schlagend. Denn dort verlässt die Innovationpartnerschaft kaum den in der Praxis erprobten und bewährten Raum des zweistufigen Verhandlungsverfahrens. Auch die verfahrensrechtlichen Anforderungen der Vergabe an mehrere Vertragspartner sind uns aus der Vergabe von Rahmenvereinbarungen vertraut.

Die hohen Anforderungen an die Gestaltungskraft des Auftraggebers liegen im Vertragsrecht.

Die Schaffung einer vertraglichen Struktur, in der nicht nur Leistungserfolge pro Leistungsphase gemessen und bezahlt, sondern auch die in der nächsten Phase zu erzielenden Leistungserfolge auf Basis der eben erst erzielten Ergebnisse zumindest „nachgeschärft“, wenn nicht neu definiert werden müssen, erfordern vertragliche Gestaltungen, die einerseits einen sicheren Rahmen und andererseits hohe Flexibilität für die notwendigen Anpassungen liefert.

Die damit in der gesamten Abwicklung notwendige Kooperation der Vertragspartner, die weit über eine bloßen Leistungsaustausch hinausgeht, verlangt nach Regelungen projektbegleitender Konfliktschlichtung, wie sie die Praxis sonst eher aus komplexen Langzeitverträgen im Baubereich kennt, nicht aber aus den gewohnten Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber.

Die drei Kernelemente komplexer Verträge, ihr Langzeitcharakter, ihr Rahmencharakter und ihr Kooperationscharakter, sind zugleich ganz unstreitig die zentralen Risikoquellen solcher Verträge.

Dass Techniken und Werkzeuge vorhanden sind, diese Risiken zu kontrollieren, ändert nichts daran, dass ihr richtiger Einsatz mit

vergleichsweise hohem Aufwand verbunden ist.

Will man daher den mit der hohen Gestaltungsfreiheit einer Innovationspartnerschaft notwendig verbundenen Risiken entgegentreten, dann muss man sich bewusst sein, dass Vorlaufzeit und Kosten dieser Vergabe deutlich über einer Vergabe im Verhandlungsverfahren, wohl auch über den Kosten eines wettbewerblichen Dialogs liegen werden.

Dass daher die Innovationspartnerschaft auch dann, wenn sie von der Praxis angenommen wird, ein „Minderheitenprogramm“ bleiben wird, steht der Einschätzung nicht entgegen, dass sie dort, wo sie ihre Stärken (die ich hoffentlich zumindest im Ansatz schildern konnte) ausspielen kann, auch eingesetzt werden sollte.



## Materialien

### Die (zentralen) Regelungen der RL

Zitiert nach der VergabeRL (2014/24/EU).

Erwägungsgrund 49 RL:

*Kann der Bedarf an der Entwicklung eines innovativen Produkts beziehungsweise einer innovativen Dienstleistung oder innovativer Bauleistungen und dem anschließenden Erwerb dieses Produkts beziehungsweise dieser Dienstleistung oder dieser Bauleistungen nicht durch bereits auf dem Markt verfügbare Lösungen befriedigt werden, so sollten öffentliche Auftraggeber in Bezug auf Aufträge, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, Zugang zu einem spezifischen Beschaffungsverfahren haben. Dieses spezifische Verfahren sollte es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, eine langfristige Innovationspartnerschaft für die Entwicklung und den anschließenden Kauf neuer, innovativer Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen zu begründen — unter der Voraussetzung, dass für solche innovativen Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen die vereinbarten Leistungs- und Kostenniveaus eingehalten werden können, und ohne dass ein getrenntes Vergabeverfahren für den Kauf erforderlich ist. Die Innovationspartnerschaft sollte sich auf die Verfahrensregeln stützen, die für das Verhandlungsverfahren gelten, und die Auftragsvergabe sollte einzig auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses erfolgen, was für den Vergleich von Angeboten für innovative Lösungen am besten geeignet ist. Ganz gleich, ob es um sehr große Vorhaben oder um kleinere innovative Vorhaben geht, sollte die Innovationspartnerschaft so strukturiert sein, dass sie die erforderliche Marktnachfrage („Market Pull“) bewirken kann, die die Entwicklung einer innovativen Lösung anstößt, ohne jedoch zu einer Marktabschottung zu führen.*

*Die öffentlichen Auftraggeber sollten daher Innovationspartnerschaften nicht in einer Weise nutzen, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. In bestimmten Fällen könnten solche Effekte durch die Gründung von Innovationspartnerschaften mit mehreren Partnern vermieden werden.*

Auftragswert gemäß Artikel 5

*(6) Im Falle von Innovationspartnerschaften ist der zu berücksichtigende Wert gleich dem geschätzten Gesamtwert ohne MwSt. der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, die während sämtlicher Phasen der geplanten Partnerschaft stattfinden sollen, sowie der Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen, die zu entwickeln und am Ende der geplanten Partnerschaft zu beschaffen sind.*

Die Regelung des Artikel 31

### **Innovationspartnerschaften**

*(1) Bei Innovationspartnerschaften kann jeder Wirtschaftsteilnehmer auf eine Auftragsbekanntmachung hin einen Teilnahmeantrag stellen, indem er die Informationen für eine qualitative Auswahl vorlegt, die von dem öffentlichen Auftraggeber verlangt werden.*

*Der öffentliche Auftraggeber muss in den Auftragsunterlagen die Nachfrage nach einem innovativen Produkt beziehungsweise innovativen Dienstleistungen oder Bauleistungen angeben, die nicht durch den Erwerb von bereits auf dem Markt verfügbaren Produkten, Dienstleistungen oder Bauleistungen befriedigt werden kann. Ferner gibt er an, welche Elemente dieser Beschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die bereitgestellten Informationen müssen so präzise sein, dass die Wirtschaftsteilnehmer Art und Umfang der geforderten Lösung erkennen und entscheiden können, ob sie eine Teilnahme an dem Verfahren beantragen.*

*Der öffentliche Auftraggeber kann beschließen, die Innovationspartnerschaft mit einem Partner oder mit mehreren Partnern, die getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchführen, zu bilden.*

*Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge beträgt mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Lediglich jene Wirtschaftsteilnehmer, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge der Bewertung der bereitgestellten Informationen dazu aufgefordert werden, können am*

*Verfahren teilnehmen. Die öffentlichen Auftraggeber können die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme am Verfahren aufgefordert werden, gemäß Artikel 65 begrenzen. Der Zuschlag erfolgt allein nach dem Kriterium des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses gemäß Artikel 67.*

*(2) Ziel der Innovationspartnerschaft muss die Entwicklung eines innovativen Produkts beziehungsweise einer innovativen Dienstleistung oder Bauleistung und der anschließende Erwerb der daraus hervorgehenden Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen sein, sofern das Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden, die zwischen den öffentlichen Auftraggebern und den Teilnehmern vereinbart worden sind.*

*Die Innovationspartnerschaft wird entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess in aufeinander folgende Phasen strukturiert und kann die Herstellung der Produkte, die Erbringung der Dienstleistungen oder die Fertigstellung der Bauleistung umfassen. Die Innovationspartnerschaft legt die von den Partnern zu erreichenden Zwischenziele sowie die Zahlung der Vergütung in angemessenen Tranchen fest.*

*Auf der Grundlage dieser Ziele kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jeder Phase darüber befinden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder — im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern — die Zahl der Partner durch die Kündigung einzelner Verträge reduziert, sofern der öffentliche Auftraggeber in den Auftragsunterlagen darauf hingewiesen hat, dass diese Möglichkeiten bestehen und unter welchen Umständen davon Gebrauch gemacht werden kann.*

*(3) Sofern in diesem Artikel nicht anders vorgesehen, verhandeln die öffentlichen Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern.*

*Die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien sind nicht Gegenstand von Verhandlungen.*

*(4) Die öffentlichen Auftraggeber stellen sicher, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Dazu enthalten sie sich jeder*

*diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Sie unterrichten alle Bieter, deren Angebote gemäß Absatz 5 nicht ausgeschieden wurden, schriftlich über etwaige Änderungen der technischen Spezifikationen oder anderer Auftragsunterlagen, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen gewähren die öffentlichen Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen.*

*In Übereinstimmung mit Artikel 21 dürfen die öffentlichen Auftraggeber vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bewerbers oder Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein erteilt werden, sondern wird nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt.*

*(5) Die Verhandlungen während des Verfahrens der Innovationspartnerschaft können in aufeinander folgende Phasen unterteilt werden, um die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der in der Auftragsbekanntmachung, der Aufforderung zur Interessensbestätigung oder in den Auftragsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. In der Auftragsbekanntmachung, der Aufforderung zur Interessensbestätigung oder den Auftragsunterlagen gibt der öffentliche Auftraggeber an, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird.*

*(6) Bei der Auswahl der Bewerber wenden die öffentlichen Auftraggeber insbesondere die Kriterien an, die die Fähigkeiten des Bewerbers auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung sowie die Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen betreffen.*

*Lediglich jene Wirtschaftsteilnehmer, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge seiner Bewertung der angeforderten Informationen eine Aufforderung erhalten haben, können Forschungs- und Innovationsprojekte einreichen, die auf die Abdeckung der vom öffentlichen Auftraggeber genannten Bedürfnisse abzielen, die von den bereits vorhandenen Lösungen nicht erfüllt werden können.*

*Der öffentliche Auftraggeber muss in den Auftragsunterlagen die für die Rechte des geistigen Eigentums geltenden Vorkehrungen festlegen. Im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern darf der*

*öffentliche Auftraggeber gemäß Artikel 21 den anderen Partnern keine vorgeschlagene Lösung oder andere von einem Partner im Rahmen der Partnerschaft mitgeteilten vertraulichen Informationen ohne die Zustimmung dieses Partners offenlegen. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein erteilt werden, sondern wird nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt.*

*(7) Der öffentliche Auftraggeber stellt sicher, dass die Struktur der Partnerschaft und insbesondere die Dauer und der Wert der einzelnen Phasen den Innovationsgrad der vorgeschlagenen Lösung und der Abfolge der Forschungs- und Innovationstätigkeiten, die für die Entwicklung einer auf dem Markt noch nicht vorhandenen innovativen Lösung erforderlich sind, widerspiegeln. Der geschätzte Wert der Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen darf in Bezug auf die für ihre Entwicklung erforderlichen Investition nicht unverhältnismäßig sein.*

## Die Umsetzung in Deutschland

In Deutschland wurde die Innovationspartnerschaft in § 119 Abs 1 GWB<sup>9</sup> als eine mögliche Verfahrensart für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen aufgenommen und in § 119 Abs 7 GWB definiert.

Mit der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO) vom 12.04.2016 wurden die neuen Richtlinien umgesetzt.

Das in § 119 Abs 7 GWB definierte Verfahren der Innovationspartnerschaft wurde in § 19 VgV<sup>10</sup> bzw in § 18 SektVO<sup>11</sup> geregelt.

### Referentenentwurf<sup>12</sup>

*Die Innovationspartnerschaft stützt sich im Kern auf die Verfahrensregeln, die für das Verhandlungsverfahren gelten, da dies für den Vergleich von Angeboten für innovative Lösungen am besten geeignet ist, wobei die Auftragsvergabe auf der Grundlage des besten Preis-Leistung-Verhältnis verfolgt. Unabhängig davon, ob es um sehr große Vorhaben oder um kleinere innovative Vorhaben geht, sollte die Innovationspartnerschaft so strukturiert sein, dass sie die erforderliche Marktnachfrage bewirken kann, die die Entwicklung einer innovativen Lösung anstößt, ohne jedoch zu einer Marktabschottung zu führen. Vor diesem Hintergrund darf die Innovationspartnerschaft nicht genutzt werden, um den Wettbewerb zu behindern, einzuschränken oder zu verfälschen. In bestimmten Fällen könnten solche Effekte durch die Gründung von Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern vermieden werden.*

---

<sup>9</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

<sup>10</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung) vom 12.04.2016 (BGBl I S. 624), in Kraft getreten am 18.04.2016.

<sup>11</sup> Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung) vom 12.04.2016 (BGBl I S. 624), in Kraft getreten am 18.04.2016.

<sup>12</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014) S 116f.

§ 119 Abs 7 GWB

*Die Innovationspartnerschaft ist ein Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und zum anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen. Nach einem Teilnahmewettbewerb verhandelt der öffentliche Auftraggeber in mehreren Phasen mit den ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote.*

VgV

§ 19 – Innovationspartnerschaft

*(1) Der öffentliche Auftraggeber kann für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Innovationspartnerschaft mit dem Ziel der Entwicklung einer innovativen Liefer- oder Dienstleistung und deren anschließenden Erwerb eingehen. Der Beschaffungsbedarf, der der Innovationspartnerschaft zugrunde liegt, darf nicht durch auf dem Markt bereits verfügbare Liefer- oder Dienstleistungen befriedigt werden können. Der öffentliche Auftraggeber beschreibt in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die Nachfrage nach der innovativen Liefer- oder Dienstleistung. Dabei ist anzugeben, welche Elemente dieser Beschreibung Mindestanforderungen darstellen. Es sind Eignungskriterien vorzugeben, die die Fähigkeiten der Unternehmen auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung sowie die Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen betreffen. Die bereitgestellten Informationen müssen so genau sein, dass die Unternehmen Art und Umfang der geforderten Lösung erkennen und entscheiden können, ob sie eine Teilnahme an dem Verfahren beantragen.*

*(2) Der öffentliche Auftraggeber fordert eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für die Prüfung ihrer Eignung.*

*(3) Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge beträgt mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung.*

*(4) Nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge einer Bewertung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, können ein Angebot in Form von Forschungs- und Innovationsprojekten einreichen. Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, gemäß § 51 begrenzen.*

*(5) Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Sofern der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, kann er die Verhandlungen in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern.*

*(6) Der öffentliche Auftraggeber trägt dafür Sorge, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt werden. Insbesondere enthält er sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Er unterrichtet alle Bieter, deren Angebote gemäß Absatz 5 nicht ausgeschieden wurden, in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs über etwaige Änderungen der Anforderungen und sonstigen Informationen in den Vergabeunterlagen, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen betreffen. Im Anschluss an solche Änderungen gewährt der öffentliche Auftraggeber den Bietern ausreichend Zeit, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen. Der öffentliche Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden. Der öffentliche Auftraggeber muss in den Vergabeunterlagen die zum Schutz des geistigen Eigentums geltenden Vorkehrungen festlegen.*

*(7) Die Innovationspartnerschaft wird durch Zuschlag auf Angebote*



*eines oder mehrerer Bieter eingegangen. Eine Erteilung des Zuschlags allein auf der Grundlage des niedrigsten Preises oder der niedrigsten Kosten ist ausgeschlossen. Der öffentliche Auftraggeber kann eine Innovationspartnerschaft mit einem Partner oder mit mehreren Partnern, die getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchführen, eingehen.*

*(8) Die Innovationspartnerschaft wird entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess in zwei aufeinanderfolgenden Phasen strukturiert:*

*1. einer Forschungs –und Entwicklungsphase, die die Herstellung von Prototypen oder die Entwicklung der Dienstleistung umfasst, und  
2. einer Leistungsphase, in der die aus der Partnerschaft hervorgegangene Leistung erbracht wird. Die Phasen sind durch die Festlegung von Zwischenzielen zu untergliedern, bei deren Erreichen die Zahlung der Vergütung in angemessenen Teilbeträgen vereinbart wird. Der öffentliche Auftraggeber stellt sicher, dass die Struktur der Partnerschaft und insbesondere die Dauer und der Wert der einzelnen Phasen den Innovationsgrad der vorgeschlagenen Lösung und der Abfolge der Forschungs- und Innovationstätigkeiten widerspiegeln. Der geschätzte Wert der Liefer- oder Dienstleistung darf in Bezug auf die für ihre Entwicklung erforderlichen Investitionen nicht unverhältnismäßig sein.*

*(9) Auf der Grundlage der Zwischenziele kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jedes Entwicklungsabschnitts entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet oder, im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern, die Zahl der Partner durch die Kündigung einzelner Verträge reduziert, sofern der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen hat, dass diese Möglichkeiten bestehen und unter welchen Umständen davon Gebrauch gemacht werden kann.*

*(10) Nach Abschluss der Forschungs- und Entwicklungsphase ist der öffentliche Auftraggeber zum anschließenden Erwerb der innovativen Liefer- oder Dienstleistung nur dann verpflichtet, wenn das bei Eingehung der Innovationspartnerschaft festgelegte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden.*