

Innovationspartnerschaft

Rechtliche Grundlagen für ein neues Vergabeverfahren



Karlheinz Moick, FFG
Markus Theiner, BBG

Einleitung

Innovation und Beschaffung

- *„**Innovation** [bedeutet] die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren, einschließlich — aber nicht beschränkt auf — Produktions-, Bau- oder Konstruktionsverfahren, eine neue Vermarktungsmethode oder ein neues Organisationsverfahren in Bezug auf Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen [...]*
 - Artikel 2 Abs 1 Z 22 RL 2014/24/EU

- *„**Innovation ist Faktor für Wohlstand und Wachstum**“*
 - Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum

Einleitung

Innovation und Beschaffung

- Erwägungsgrund 2 der RL 2014/24/EU
 - *„Die öffentliche Auftragsvergabe spielt [...] eine Schlüsselrolle als eines der marktwirtschaftlichen Instrumente, die zur Erzielung eines intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wachstum [...] genutzt werden sollen.“*
 - *„Zu diesem Zweck müssen die Vorschriften [...] überarbeitet und modernisiert werden, damit [...] es den Vergabestellen ermöglicht wird, die öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen.“*

Einleitung

Innovation und Beschaffung

- Innovation und Öffentliche Beschaffung
 - Innovative Beschaffung
 - Leistungen werden in einem neuartigen Vergabeprozess beschafft
 - Beschaffung innovativer Leistungen
 - Neuartige Leistungen werden beschafft
 - Beschaffung von Innovationsleistungen
 - Entwicklung neuartiger Leistungen wird beschafft
- Innovationspartnerschaft vereint alle Aspekte!

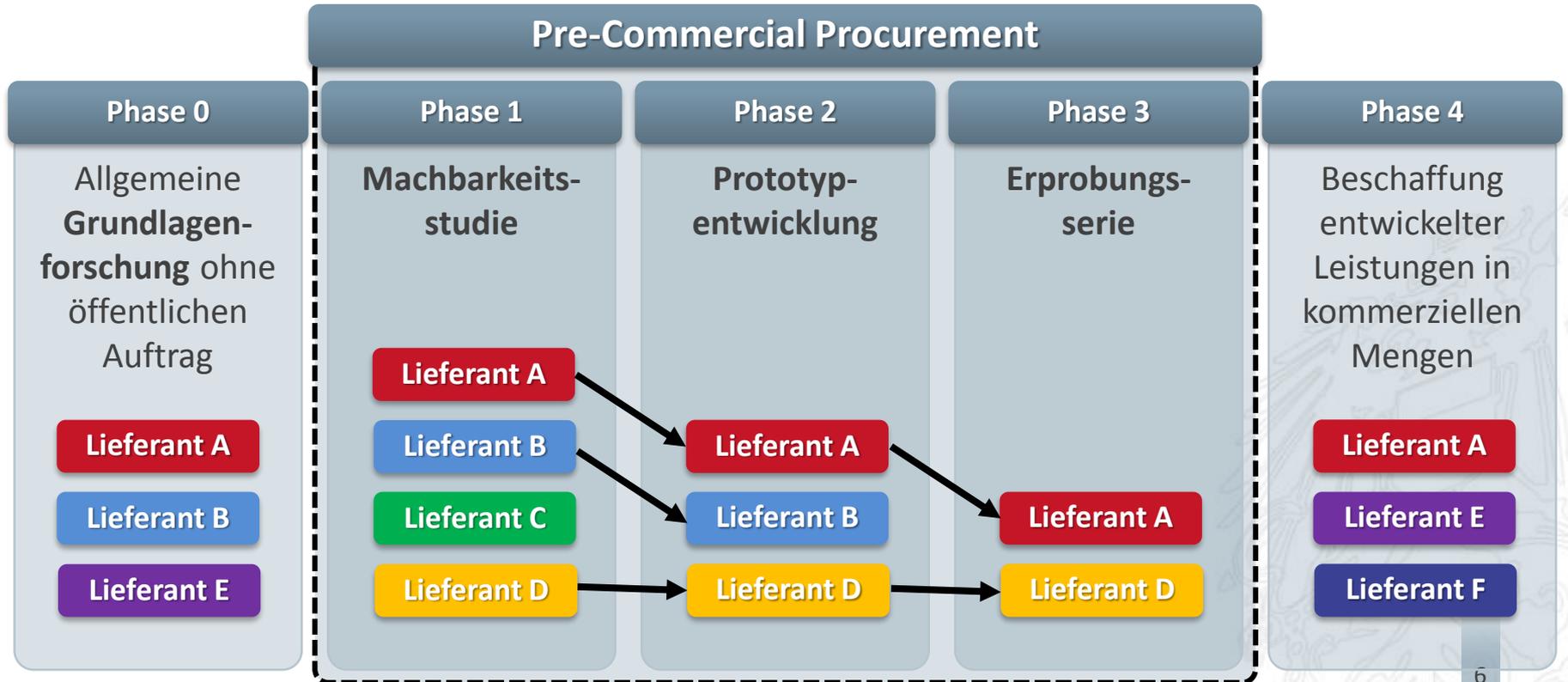
Einleitung

Pre-Commercial Procurement (PCP)

- Innovationsleistung: Forschungs- und Entwicklungsleistung (F&E)
 - Nur unter speziellen Voraussetzungen vom Vergaberecht umfasst:
 - Ergebnisse gehören allein dem Auftraggeber
 - F&E-Leistung wird vollständig bezahlt
 - *Siehe Artikel 14 RL 2014/24/EU und §§ 9 u. 178 BVergG 2018*
 - Ansonsten große Freiheiten in der Beschaffung
- „Vorkommerziellen Beschaffung“ (Pre-Commercial Procurement)
 - von EU als Modell außerhalb des Vergaberechts anerkannt

Einleitung

Pre-Commercial Procurement (PCP)



Einleitung

Pre-Commercial Procurement (PCP)

■ Vorteile des PCP

- Große Freiheit bei Gestaltung und Durchführung des Prozesses
- Breiter Wettbewerb möglich – parallele F&E-Leistungen
- Geteilte Nutzungsrechte

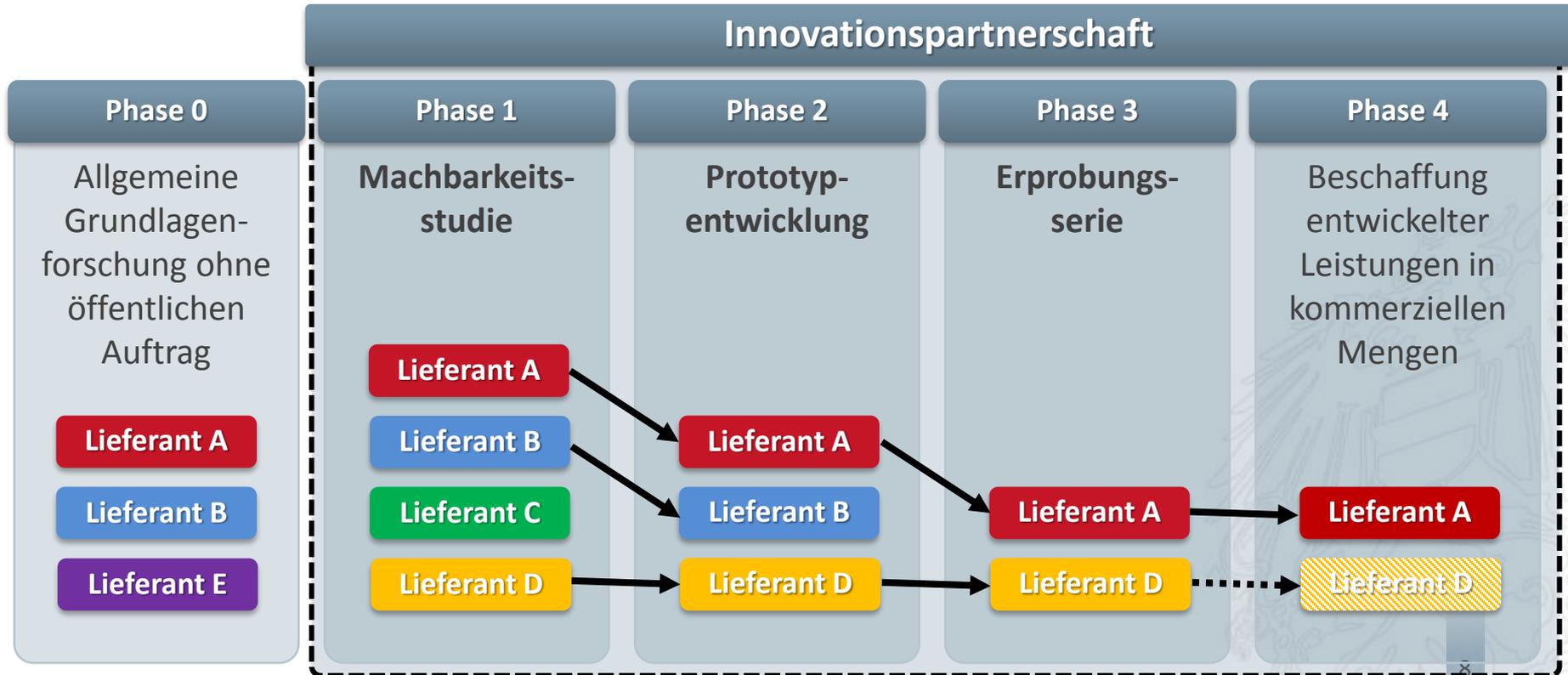
■ Nachteile des PCP

- Systembruch vor kommerziellen Beschaffung

→ Innovationspartnerschaft als Weiterentwicklung des PCP

Einleitung

Innovationspartnerschaft



Innovationspartnerschaft

Zielsetzung

- Bei jeder Vergabe gibt es zwei wesentliche Elemente
 - Das Vergabeverfahren
 - Formelles Prozedere zur Auswahl der Partner und Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages
 - Vertragserfüllung
 - Die Abwicklung der im vergebenen Vertrag definierten Leistungen
 - Ggf. Ausübung von Optionen und Änderungsklauseln
- Für jeden neuen Vertrag gibt es ein neues Verfahren!



Innovationspartnerschaft

Zielsetzung

- Innovationspartnerschaft als Klammer über mehrere unterschiedliche Leistungen
 - Forschungs- und Entwicklungsleistungen (F&E)
 - Kommerzielle Lieferung (Serienproduktion)
- Daher nur ein Vertrag und ein Vergabeverfahren!
- Instrument umfasst beide Elemente
 - Sonderregeln für Vergabeverfahren
 - Sonderregeln für Leistungsvertrag



Innovationspartnerschaft

Zielsetzung

- *„Die **Besonderheit der Innovationspartnerschaft** besteht darin, dass sie insbesondere auch **Regelungen für die Zeit nach Zuschlagserteilung** (Erbringung der Forschungs- und Entwicklungsleistung sowie Erwerbsphase) enthält.“*
 - Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 31



Innovationspartnerschaft

Rechtsgrundlagen

- Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe für den „klassischen Bereich“
- Richtlinie 2014/25/EU über die öffentliche Auftragsvergabe (Sektorenrichtlinie)
 - In Präsentation nur „klassischer Bereich“
- Bundesvergabegesetz 2018



Innovationspartnerschaft

Rechtsgrundlagen

- Wesentliche Bestimmungen RL 2014/24/EU
 - Art. 31 RL – Innovationspartnerschaft

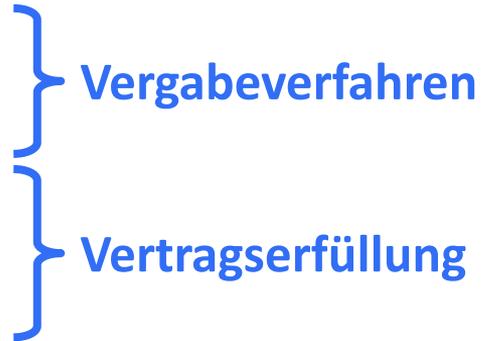
- Wesentliche Bestimmungen BVergG 2018
 - § 31– Definition
 - § 41 – Zulässigkeit der Verfahrenswahl
 - § 118 – Ziele und Gegenstand
 - §§ 119 u 120 – Ablauf des Vergabeverfahrens
 - § 121 – Durchführung nach Vergabe



Innovationspartnerschaft

Grundstruktur

- Ablauf der Innovationspartnerschaft in mehreren Phasen
 - Phase 0: Vorbereitung
 - Phase 1: Teilnahmephase
 - Phase 2: Angebotsphase
 - Phase 3: Entwicklungsphase
 - Phase 4: Erwerbsphase



Phase 0 – Vorbereitung der IP

Marktrecherche

- Erkundung des Marktes zulässig (§ 24 BVergG 2018)
- In der Praxis meist auch notwendig
 - Erforderliche Sachkunde und Marktkenntnisse müssen bestehen
 - Falls notwendig muss der Auftraggeber auf externe Sachverständige zurückgreifen
 - Wer an der Erstellung der Ausschreibung mitwirkt darf später unter Umständen nicht anbieten („*Vorarbeitenproblematik*“)

Phase 0 – Vorbereitung der IP

Marktrecherche

- Innovationspartnerschaft ist nur zulässig für innovative Leistungen
- Nicht zulässig, wenn der Bedarf über bereits auf dem Markt verfügbare Angebote gedeckt werden kann.
 - Entsprechend fundierte Marktkenntnisse und Recherchen notwendig.
 - Bereits etablierte Anbieter können nach Veröffentlichung die unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens anfechten
- Wert der F&E-Leistung und Beschaffung müssen in angemessenem Verhältnis stehen

Phase 0 - Vorbereitung

Marktrecherche

- *„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.“*

– Artikel 31 Abs 1 RL 2014/24/EU

Phase 0 – Vorbereitung der IP

Erstellung der Ausschreibungsunterlagen

- Erstellung der Ausschreibungsunterlagen
 - Der Ablauf der gesamten Innovationspartnerschaft wird bereits zu Beginn in den Ausschreibungsunterlagen geregelt!
 - Bei Erstellung der Unterlagen müssen daher alle folgenden Phasen bereits mit berücksichtigt werden



Phase 1 – Teilnahmephase

- Vergabeverfahren zum Abschluss einer Innovationspartnerschaft ist angelehnt an ein **Verhandlungsverfahren** mit vorheriger Bekanntmachung
 - Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 31:
*„Für den Abschluss der Innovationspartnerschaft (dh das eigentliche Vergabeverfahren bis zum Zuschlag) ist ein **Verhandlungsverfahren** – wenngleich **mit einigen Besonderheiten** – durchzuführen.“*
- Die Richtlinie regelt die Innovationspartnerschaft gesondert – aber inhaltlich im Wesentlichen wie ein Verhandlungsverfahren

Phase 1 – Teilnahmephase

- Ablauf der Teilnahmephase
 - Veröffentlichung der Teilnahmebedingungen
 - Abgabe der Teilnahmeanträge und Nachweise
 - Prüfung durch den AG
 - Nachforderung/Mängelbehebung (Nachfrist)
 - Abschluss Prüfung und Bewertung
 - Entscheidung und Einladung zur Angebotslegung



Phase 1 – Teilnahmephase

- Gegenstand der Leistung muss bereits „ausreichend präzise“ beschrieben werden
 - Funktionale Beschreibung der Zielsetzung
 - Detailgrad muss ausreichen, damit der Bieterkreis bestimmbar ist (für wen ist der Auftrag relevant?)
- Auftragsvolumen/Auftragswert muss festgelegt werden
- Ablauf des Verfahrens und Administrative Festlegungen
 - Z.B. Zeitplan/Fristen, Art der Abgabe, Formate und Vorlagen...

Phase 1 – Teilnahmephase

- Kriterien für die Auswahl der Teilnehmer am Verfahren
 - Maximale Anzahl der einzuladenden Bieter ist festzulegen
 - **Eignungskriterien** als Mindestanforderungen (KO-Kriterien)
 - **Auswahlkriterien** zur Reihung/Auswahl der besten Bewerber
 - Unternehmensbezogen – in dieser Phase noch keine Bewertung konkreter Lösungsansätze
 - Insbesondere Fähigkeiten des Bewerbers im Bereich F&E und bei Umsetzung innovativer Lösungen sind zu berücksichtigen (§ 119 Abs. 2 BVergG 2018)

Phase 1 – Teilnahmephase

- Übliche Eignungs- und Auswahlkriterien:
 - Mindestumsatz (wirtschaftliches Projektrisiko)
 - Referenzprojekte (Erfahrung/Kapazität)
 - Technische Ausstattung (Ressourcen zur Umsetzung)
 - Qualifiziertes Schlüsselpersonal (Ressourcen zur Umsetzung)
- Auf Leistungsfähigkeit des Marktes achten
- Die Möglichkeit von Konsortien berücksichtigen



Phase 1 – Teilnahmephase

- Hürden für potentielle Teilnehmer, je nach Kriterium
 - Start-Ups: Probleme mit Kriterien mit Vergangenheitsbezug
 - Insbesondere Referenzen und Umsatz
 - KMU: Probleme mit hohen quantitativen Anforderungen
 - Insbesondere Referenzen und Umsatz
 - Konsortien: Probleme mit „Querschnittskriterien“
 - z.B. eine einzelne Referenz/Schlüsselperson, die mehrere/alle Aspekte des Projektes abdecken muss, statt mehrere getrennte Anforderungen für (spezialisierte) Teilaspekte.



Phase 2 – Angebotsphase

■ Ablauf

- Übermittlung der (präzisierten) Ausschreibungsunterlagen
- Abgabe der Erstangebote
- Prüfung der Angebote und Verhandlungsrunden*
- Allenfalls Adaptierung der Unterlagen/Anforderungen*
- Abgabe überarbeiteter Angebote*
- Prüfung und Bewertung der Letztangebote
- Entscheidung und Vertragsabschluss (Zuschlag)

**) Allenfalls mehrere Zwischenangebote und Verhandlungsrunden*



Phase 2 – Angebotsphase

- Aufbauend auf Teilnahmebedingungen
 - Nur noch „Präzisierung“ der Festlegungen
 - Bereits getroffene Festlegungen dürfen nicht geändert werden
- Vertragsinhalte sind zu definieren
 - Basis für die Kalkulation der Angebote



Phase 2 – Angebotsphase

- Kriterien für die Auswahl der Vertragspartner
 - Anzahl der Partner der Innovationspartnerschaft ist festzulegen
 - **Zuschlagskriterien** zur Reihung/Auswahl der besten Angebote
 - Angebotsbezogen – relevant ist die angebotene Leistung, nicht mehr der Bieter
 - Bewertet wird Übererfüllung von Mindestanforderungen

Phase 2 – Angebotsphase

■ Verhandlungen

- Grundlage der Verhandlung ist das vorangegangene Angebot
- Zuschlagskriterien und Mindestanforderungen der Leistung sind nicht mehr verhandelbar und bleiben unverändert
- Verhandelbare Punkte sind daher vorab zu definieren!
- Bei Bedarf können mehrere Verhandlungsrunden geführt werden
- Die Anzahl der Bieter kann im Verlauf der Verhandlungen reduziert werden (*Shortlisting* nach den Zuschlagskriterien)

Unterschiede im Verhandlungsverfahren

Innovationspartnerschaft

- Immer min. eine Verhandlungsrunde
- In Schlussphase Verhandlung auch mit nur 1 Bieter zulässig
- Ein oder mehrere Bestbieter können gewählt werden

Verhandlungsverfahren

- Abschluss auf Basis Erstangebot zulässig
- Auch in Schlussphase „echter Wettbewerb“ notwendig
- Auswahl eines Bestbieters

Phase 3 und 4 – Vertrag

- Abwicklung der Innovationspartnerschaft ist Erfüllung eines verbindlichen Vertrages
- Grundsätzlich ist der Auftraggeber bei der Vertragsgestaltung frei (Vertragsfreiheit)
 - Zivilrechtliche Grenzen (z.B. sittenwidrige Bestimmungen)
 - Vergaberechtliche Grenzen (z.B. überlange Zahlungsfristen)
- Kaum Gestaltungsspielraum nach Zuschlag → Vertragsklauseln bereits entsprechend gestalten!

Phase 3 und 4 – Vertrag

- Manche Themen sind zwingend im Vertrag zu regeln
 - Vergaberecht gibt vor, **dass** diese Themen zu regeln sind, kaum Vorgabe, **wie** diese zu regeln sind
 - Allgemeines Sachlichkeitsgebot: Es ist auf die Anforderungen des konkreten Leistungsgegenstandes Rücksicht zu nehmen
→ z.B. Längere Durchlaufzeit bei höherem Innovationsgrad



Phase 3 und 4 – Vertrag

Mindestinhalte

- Definition der Phasen
 - Min. 2 Stufen (Entwicklung und Beschaffung)
- Zwischenziele (je Stufe)
 - Welche Ergebnisse müssen erreicht werden?
- Zahlung (je Stufe)
 - Vergütung in angemessenen Teilbeträgen
- Geistiges Eigentum
 - Nutzungsrechte an den Ergebnissen (der jeweiligen Stufe)



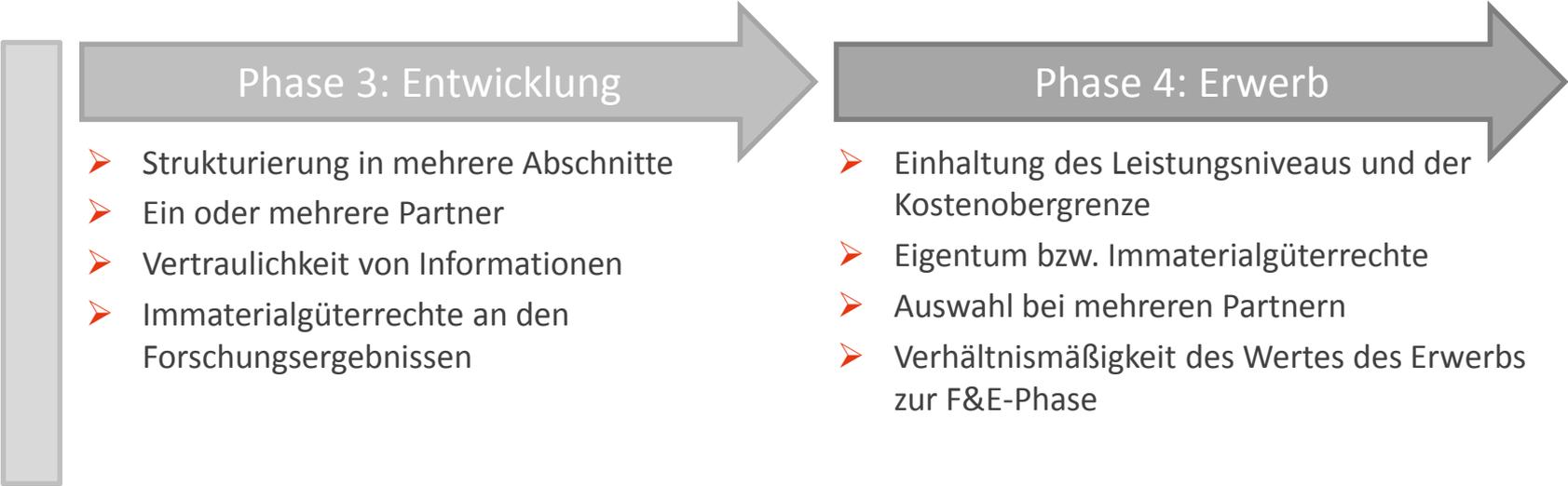
Phase 3 und 4 – Vertrag

Mindestinhalte

- Anzahl der Partner
 - Ein oder mehrere Partner an Beginn und Ende möglich
- Kündigungsbedingungen
 - Unter welchen Voraussetzungen wird die Innovations-partnerschaft generell oder mit einzelnen Partnern beendet?
 - Auf Basis der im Vertrag definierten Kriterien!
- Endet mit Abbruch oder Beschaffung
 - Chancen und Risiken hängen von der Vertragsgestaltung ab!



PHASE 3 UND 4: VERTRAG



Phase 3: Entwicklung

- Strukturierung in mehrere Abschnitte
- Ein oder mehrere Partner
- Vertraulichkeit von Informationen
- Immaterialgüterrechte an den Forschungsergebnissen

Phase 4: Erwerb

- Einhaltung des Leistungsniveaus und der Kostenobergrenze
- Eigentum bzw. Immaterialgüterrechte
- Auswahl bei mehreren Partnern
- Verhältnismäßigkeit des Wertes des Erwerbs zur F&E-Phase

Abschluss

Vergabeverfahren

BEISPIEL E-HYBRIDLOK (PCP):

- Elektrolokomotiven mit zusätzlicher alternativer Energieversorgung für zeitweisen Verschubbetrieb ohne Fahrleitung als Ersatz für derzeit eingesetzte Diesellokomotiven.
- Technische und wirtschaftliche Integration eines entsprechenden Energiespeichers in die Elektroverschublokomotiven für Einsätze mit Fahrleitung und beschränkt ohne Fahrleitung.
- Einhaltung der Sicherheitsstandards im Eisenbahnbetrieb



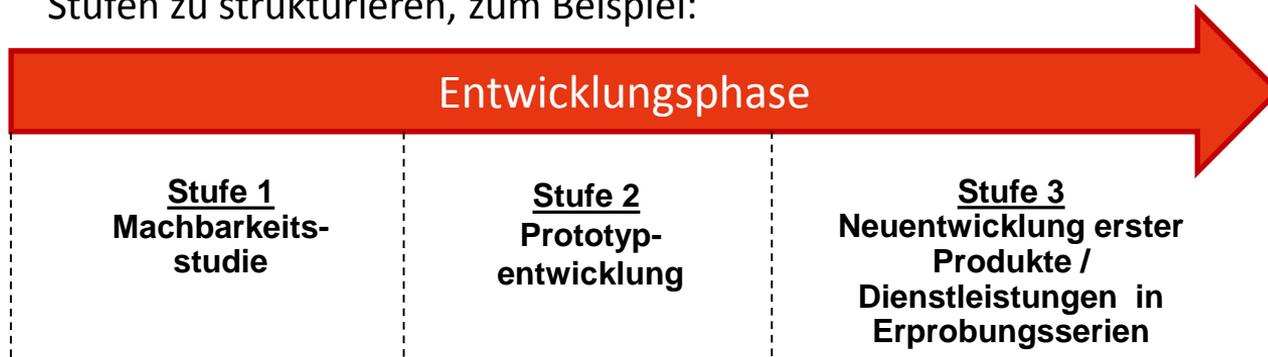


BEISPIEL STRAßENKRAFTWERK:

- Auftraggeberin: ASFINAG
- Kooperationspartnerin: FFG
- Entwicklung eines Modells, mit dem kinetische Energie, ausgelöst durch fahrende Fahrzeuge (PKW, LKW, Busse) umgewandelt und elektrische Energie daraus erzeugt wird
- Erwerb mehrerer Anlagen für den Autobahnbereich
- **Erste bekannt gemachte Innovationspartnerschaft Österreichs**

STRUKTUR DER ENTWICKLUNGSPHASE

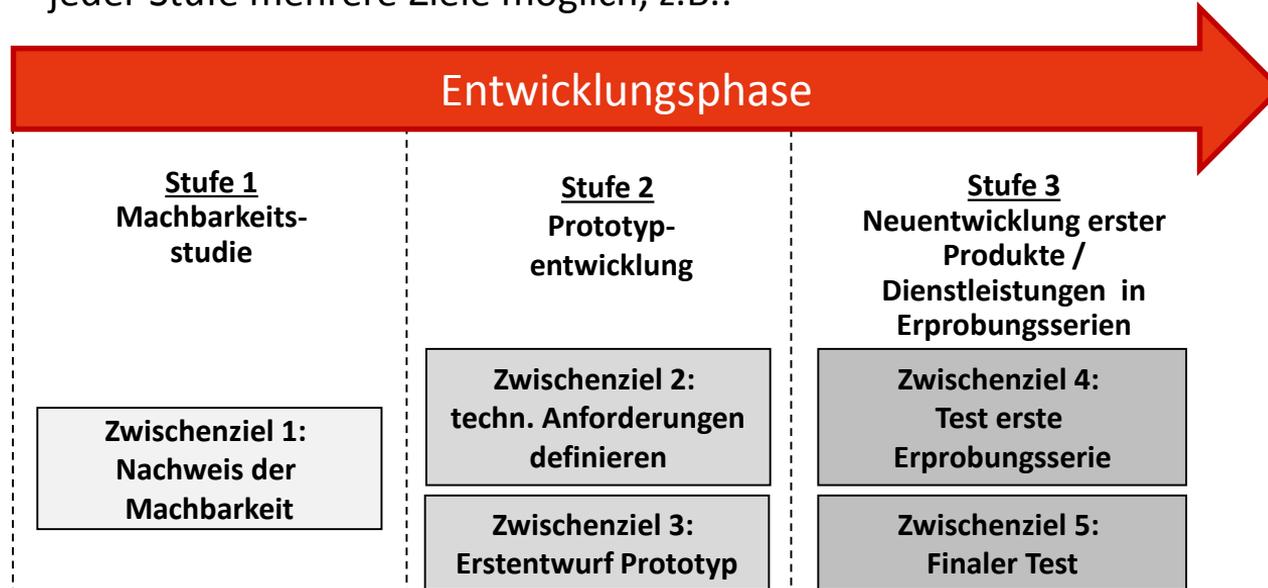
- Entsprechend dem „Forschungs- und Innovationsprozess“ in mehrere aufeinanderfolgende Stufen zu strukturieren, zum Beispiel:



- Struktur auch abhängig vom aktuellen Forschungsstand (auch unterschiedliche Forschungsstände der Partner möglich)

VORGABEN AN DIE ENTWICKLUNGSPHASE 1/2

- Zwischenziele festlegen: Orientierung an den Stufen der Entwicklung, aber auch innerhalb jeder Stufe mehrere Ziele möglich, z.B.:



VORGABEN AN DIE ENTWICKLUNGSPHASE 2/2

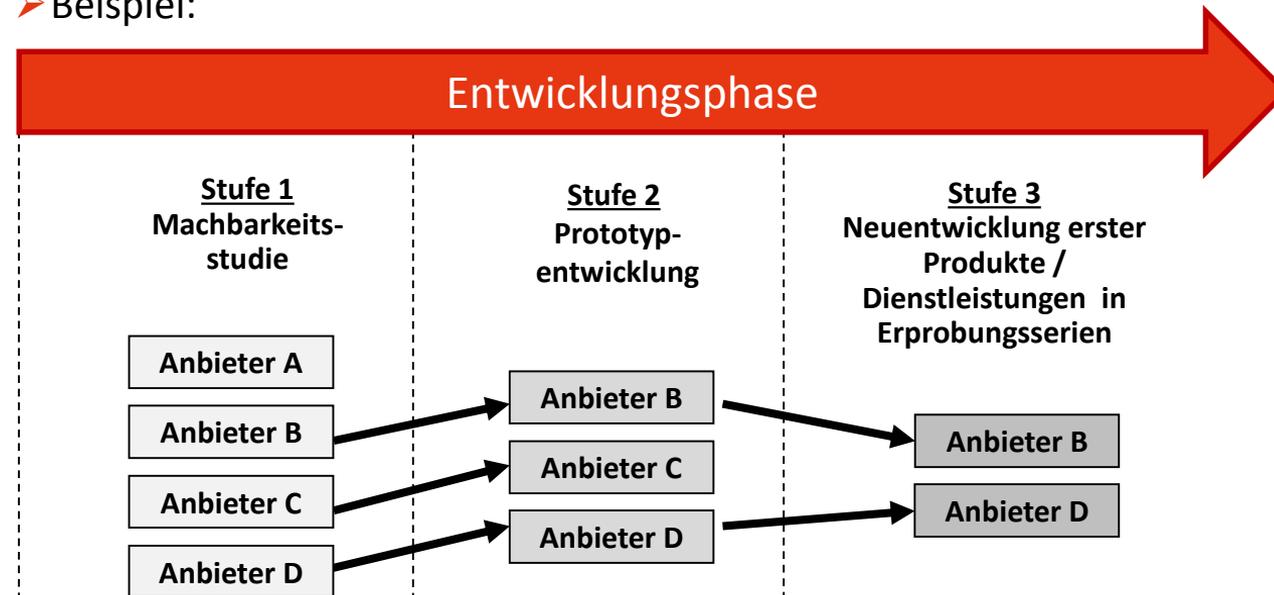
- Vergütung der Entwicklungsleistungen?
BVerG 2018: „Zahlung einer Vergütung in angemessenen Teilbeträgen“
- Nichterreichung der Ziele → Beendigung der Innovationspartnerschaft, bei mehreren Partnern: Kündigung einzelner Verträge möglich
- Regelung notwendig, unter welchen Umständen gekündigt wird (z.B. Nichterreichung eines Zwischenziels oder Überschreitung der Kostenobergrenze, auch andere typische außerordentliche Beendigungsgründe wie mehrmaliger Vertragsbruch denkbar)

ANZAHL DER INNOVATIONSPARTNER 1/2

- Ein Partner oder mehrere Partner möglich
- Wenn mehrere Partner, getrennt Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten
 - „Wettbewerbsmodell“: Mehrere Partner arbeiten parallel (im Wettbewerb) an ihren Lösungen
 - „Puzzle-Modell“: Jeder Partner arbeitet an einem unterschiedlichen Teil der Lösung und die Teile ergänzen sich
- Reduktion der Partner durch Kündigung einzelner Verträge

ANZAHL DER INNOVATIONSPARTNER 2/2

➤ Beispiel:



SCHUTZ DER VERTRAULICHKEIT

- Vertrauliche Informationen sind insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse des jeweiligen Partners
- Betrifft z.B. Ausarbeitungen des anderen sowie sonstige zur Verfügung gestellte, übermittelte bzw. bereitgestellte Pläne, Zeichnungen, Entwürfe, Modelle, Proben, Muster, Computerprogramme
- Zustimmung in jedem Einzelfall erforderlich
- Keine pauschale Zustimmungserklärung möglich
- Gilt auch für Teile von Lösungen

IMMATERIALGÜTERRECHTE

- Festlegung bereits in der Ausschreibung erforderlich
- Keine gesetzlichen Vorgaben an die Festlegungen → Einzelfallbezogen je nach Bedarf festlegen
- Unterschiedliche Behandlung der Rechte an Ergebnissen der einzelnen F&E-Phasen und am Erwerb

EINHALTUNG DES LEISTUNGSNIVEAU UND DER KOSTENBERGRENZE

- Maßstab ist die Vereinbarung zwischen öff AG und Teilnehmer der Innovationspartnerschaft
- Unterschreitung des Leistungsniveaus:
Festgelegte Mindestanforderungen können nicht erfüllt werden
- Überschreitung der Kostenobergrenze:
Muss keine fixe Grenze sein, sondern Anpassungsklausel möglich
- Bei Unterschreitung bzw. Überschreitung:
Innovationspartnerschaft ist zu beenden

AUSWAHL DES ERWERBS BEI MEHREREN PARTNERN

- Vertragliche Festlegungen notwendig
- Auswahl nach festgelegten Kriterien oder multiple sourcing

VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DES WERTES DES ERWERBS ZUR F&E-PHASE

- Relation des (geschätzten) Werts der Leistung zum Wert der Entwicklungskosten muss angemessen sein
- Entwicklungskosten: Nicht nur Time and Material beim Innovationspartner, insbesondere auch Wert des eingebrauchten Know-How und Aufwand beim AG

VORTEILE GEGENÜBER VORKOMMERZIELLER VERGABE (PCP):

- Besserer Schutz des Know-How und der IPR der Unternehmen
- Risiko, dass ein Konkurrent die an F&E anschließende Ausschreibung gewinnt, entfällt
- Risiko, wegen Vorarbeitenproblematik ausgeschlossen zu werden, entfällt

NACHTEILE:

- Unklare Gesetzesregelungen (Judikatur muss für Klarheit sorgen)
- Kosten- und Aufwandsrisiken (Frustrierte Kosten bei Scheitern der Entwicklung, Kinderkrankheiten, etc.)
- Noch keine Erfahrungswerte



NEUES FFG INSTRUMENT: F&E-INNOVATIONSPARTNERSCHAFT

Ergänzt die herkömmliche Innovationspartnerschaft um drei wesentliche Elemente:

1. Ausschließlich für Vorhaben, die einen **F&E-Anteil** haben
2. Möglichkeit der Förderung des F&E-Anteils durch FFG-Förderinstrumente (**One-Stop-Shop**)
3. FFG **begleitet** die gesamte F&E-Phase (Projektmonitoring) und unterstützt damit die Erreichung der F&E-Ziele



■ **Karlheinz Moick**

Rechtsanwalt



moick@fsr.at

Tel.: +43 (1) 8906036



■ **Markus Theiner**

Leiter Vergabekompetenzcenter
Bundesbeschaffung GmbH

markus.theiner@bbg.gv.at

Tel.: +43 (1) 24570-350

IHRE FRAGEN?