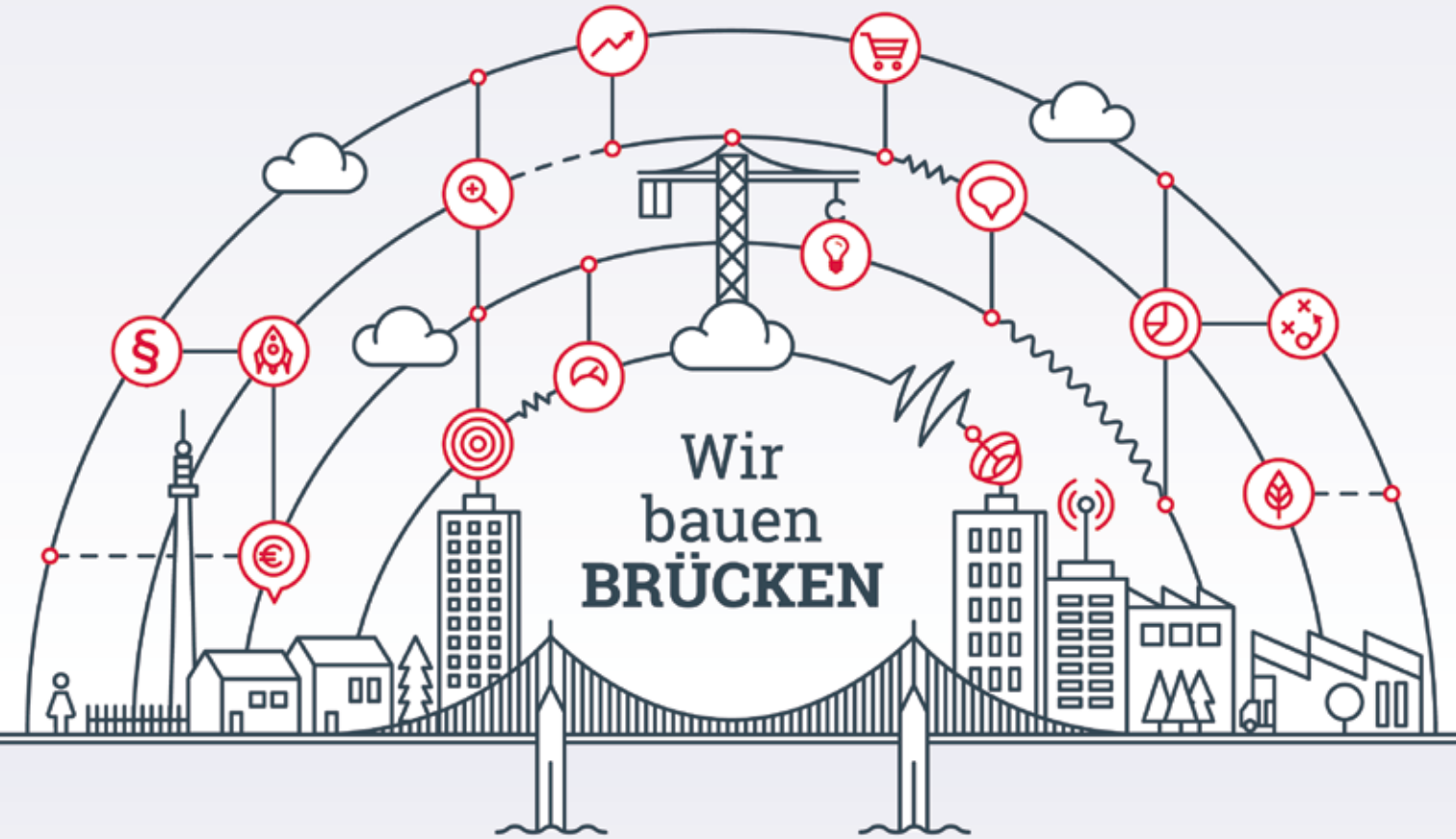
IÖB
Innovationsfördernde
Öffentliche Beschaffung



IÖB-RECHTSLEITFADEN

Rechtliche Rahmenbedingungen zur Umsetzung von innovationsfördernder öffentlicher Beschaffung

IMPRESSUM

IÖB-Leitfaden: Rechtliche Rahmenbedingungen zur Umsetzung von innovationsfördernder öffentlicher Beschaffung

Inhaltliche Verantwortung: IÖB-Servicestelle in der Bundesbeschaffung GmbH (BBG) / Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft (FFG)

Redaktion: IÖB-Servicestelle in der Bundesbeschaffung GmbH / Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft (FFG)

AutorInnen:
Mag. Wolfgang Pointner, MAS (BBG) / Mag. Markus Theiner (BBG) / Dr. Karlheinz Moick (FFG) / Jasmin Berghammer, MSc (IÖB-Servicestelle in der BBG) / MMag. Stefan Wurm, MBA (IÖB-Servicestelle in der BBG)

Grafik: David Prem
Alle Angaben ohne Gewähr. Die Herausgeber schließen jede Haftung aus.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Einleitung 5

2. Beauftragung von Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen 8

2.1. Grundlagen 8
2.2. Vergabe von F&E-Dienstleistungen 8
2.3. Vorkommerzielle Auftragsvergabe oder Pre-Commercial Procurement (PCP) 9
2.3.1. Wie sieht ein PCP aus? 9
2.3.2. Wann ist PCP sinnvoll? 10

3. Public Procurement of Innovation (PPI) 11

3.1. Innovationsfördernde Vergabeverfahren 11
3.1.1. Wettbewerblicher Dialog 11
3.1.2. Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung 12
3.1.3. Ideen- und Realisierungswettbewerbe 14
3.2. Innovationsfördernde Ausschreibungsunterlagen 15
3.2.1. Grundlagen 15
3.2.2. Primäre und Sekundäre Beschaffungsziele 16
3.2.3. Eignungskriterien 17
3.2.4. Funktionale Leistungsbeschreibung 17
3.2.5. Alternativ- und Abänderungsangebote 18
3.2.6. Zuschlagskriterien 18
3.2.7. Rahmenvereinbarung 19

4. Innovationspartnerschaft 21

4.1. Ziel und Struktur 21
4.2. Erste Phase: Ausschreibungsphase 21
4.3. Zweite Phase: Entwicklungsphase 22
4.4. Dritte Phase: Erwerbsphase 24
4.5. Vorteile und Herausforderungen 25

01 EINLEITUNG

Die nachfrageseitige Stimulierung von Innovationen gewinnt stetig an Bedeutung. Sie ergänzt angebotsseitige Ansätze, wie die direkte und indirekte Förderung von Forschung, Technologie und Innovation (FTI). In Österreich bildet das „Leitkonzept für eine innovationsfördernde öffentliche Beschaffung" einen wichtigen Eckpfeiler der nachfrageseitigen Innovationspolitik. Das aktuelle Regierungsprogramm fordert zudem eine weitere Stärkung innovationsfördernder öffentlicher Beschaffung (IÖB).

Ziel ist es, jenen Anteil des öffentlichen Beschaffungsvolumens zu erhöhen, der für Innovationen eingesetzt wird. Bei einem Volumen von rund 40 Mrd. Euro sind die Relevanz und das Potential der öffentlichen Beschaffung als Innovationstreiberin (mit einem geschätzten derzeitigen Anteil von etwa 2 bis 3 Prozent) einleuchtend.

Der Einsatz innovativer Produkte und Dienstleistungen trägt nicht nur zur positiven Entwicklung der Gesamtwirtschaft bei. Er gibt auch öffentlichen Institutionen die Möglichkeit, effizienter und effektiver zu handeln. Neuartige Produkte oder Dienstleistungen - bzw. die Durchführung innovationsfördernder Beschaffung - ermöglichen, strategische Organisationsziele zu erreichen und die Orientierung in Richtung der Bürgerinnen und Bürger voranzutreiben sowie bessere Serviceleistungen zu schaffen (z.B. im Bereich der Digitalisierung). Zudem wird eine längerfristige Reduktion von Kosten und Umweltbelastungen erreicht (z.B. im Bereich der Mobilität).

Langfristig unterstützt die IÖB innovative Unternehmen in Österreich und trägt damit zur Stärkung des Wirtschaftsstandorts bei. Nicht zu unterschätzen ist, dass öffentliche Institutionen als Erst- bzw. Referenzkundinnen und -kunden dienen können. Dies wiederum hilft bei der Akquisition weiterer Kundinnen und Kunden im In- und Ausland.

In der Umsetzung von IÖB braucht es einen systematischen Austausch zwischen Bedarfsträgerinnen und -trägern (Nachfrageseite) und Lösungsanbieterinnen und -anbietern (Angebotsseite) sowie eine gründliche Marktrecherche. Besteht noch kein Produkt oder keine Dienstleistung, die den Bedarf passend abdeckt, ist zudem „langfristiges Denken" wichtig: Die maßgeschneiderte Bereitstellung einer Innovation benötigt – auch bei verkürzten Innovationszyklen – Forschungs-, Entwicklungs- und Testvorläufe, die nur selten kurzfristig zu realisieren sind.

Beim Einkauf sind öffentliche Unternehmen und staatliche Organisationen an die Vorgaben des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG) gebunden, das Innovation (in § 2 Z 20) wie folgt definiert: *„Innovation ist die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren, insbesondere von Produktions-, Bau- oder Konstruktionsverfahren, neuen Vermarktungsmethoden oder neuen Organisationsverfahren betreffend Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen."* Die Passage geht, wie viele Elemente des BVergG 2018, auf die Richtlinie der Europäischen Union 2014/24/EU[1] zurück.

Die entscheidende Frage für Beschafferinnen und Beschaffer lautet aber: **Welche Instrumente bietet das Gesetz, um IÖB umsetzen? Auf diese Frage gibt der vorliegende Leitfaden Antworten.**[2]

1 Richtlinie 2014/25/EU für Sektorenauftraggeber

2 Auf die entsprechenden Regelungen für Sektorenauftraggeber ist in Fußnoten verwiesen.

Mit § 20 Abs. 7 BVergG 2018[3] stellt das Vergaberecht eine Grundlage für innovationsfördernde Beschaffungen bereit. Dort heißt es: *„Im Vergabeverfahren kann auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch deren Berücksichtigung bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien erfolgen."* Das Vergaberecht enthält, darüber hinaus, zahlreiche weitere relevante rechtliche Instrumente und Stellschrauben für den Einkauf von Innovationen. Der vorliegende Leitfaden zeigt Ihnen, welche. Unser Ziel ist, dass Sie am Ende die innovativsten, besten, effizientesten und nachhaltigsten Lösungen beschaffen können.

Grundlegende Arten von Innovationen in der Beschaffung

IÖB ist in verschiedenen Entwicklungsstadien eines Produktes oder einer Dienstleistung möglich. So sind zum einen der Einkauf von reinen Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, zum anderen die Beschaffung von innovativen Produkten oder Dienstleistungen (PPI – Public Procurement of Innovative Solutions) möglich.

Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen sind darauf ausgerichtet, **neue Erkenntnisse** zu gewinnen, die über den aktuellen Stand des Wissens hinausgehen, unabhängig davon, ob es sich im Einzelnen um Grundlagenforschung, industrielle Forschung oder experimentelle Entwicklung handelt (z.B. auch um Prototypen oder Pilotprojekte zu entwickeln). Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen sind in bestimmten Fällen vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen (PCP - Pre-Commercial Procurement, siehe Kapitel 2.3).

Public Procurement of Innovative Solutions (PPI) zielt auf die Beschaffung von innovativen Produkten und Dienstleistungen ab. Hier handelt es sich um – weitgehend – fertig entwickelte Leistungen, die jedoch neuartig und daher unter Umständen auf dem Markt noch nicht etabliert sind.

Die Beschaffung derartiger innovativer Produkte und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber kann auf dem Markt wichtige Impulse setzen. Für die Anbieterinnen und Anbieter innovativer Leistungen sind gerade frühe Abnehmerinnen und Abnehmer ein wesentlicher Faktor für Erfolg und Wachstum, da sie den Aufbau einer wirtschaftlichen Basis ermöglichen und als Referenz für zukünftige Beschaffungs- oder Akquisitionstätigkeiten dienen.

PPI erfolgt in der Regel im Rahmen eines gewöhnlichen Vergabeverfahrens. Für eine erfolgreiche Gestaltung muss auf besondere Aspekte Rücksicht genommen werden (**siehe Kapitel 3**).

Mit dem BVergG 2018 wurde in Form der Innovationspartnerschaft ein Instrument geschaffen, das die Vergabe von **Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen** mit der **Beschaffung eines innovativen Produkts oder einer Dienstleistung** vereint. Nach der Entwicklungsphase muss im Zuge einer Innovationspartnerschaft für den Erwerb keine weitere Ausschreibung durchgeführt werden. Daraus ergeben sich für Beschafferinnen und Beschaffer sowie für Unternehmen aus IÖB-Sicht wesentliche Vorteile und einige Herausforderungen (**siehe Kapitel 4**).

BERATUNG

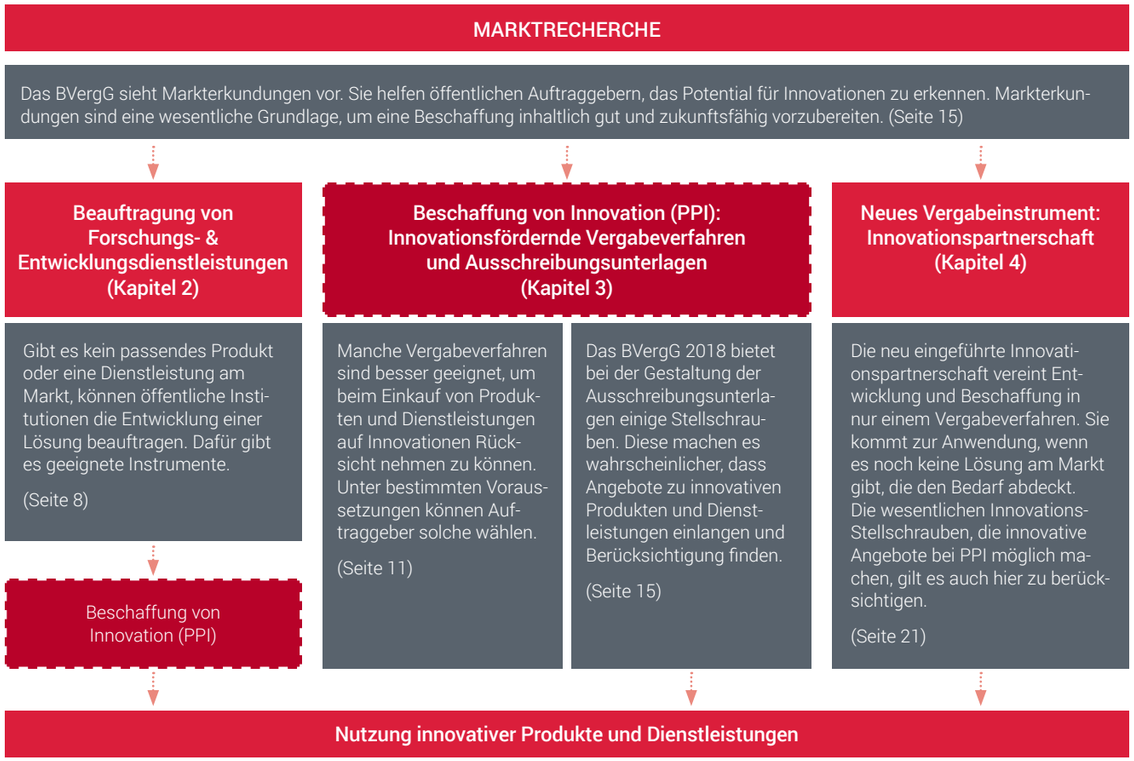
Sie haben eine Idee zur Beschaffung einer innovativen Lösung. Sie sind sich jedoch nicht sicher, welcher Weg der Umsetzung geeignet ist? Kontaktieren Sie die IÖB-Servicestelle unter ioeb@ioeb.at oder +43 1 245 70 817.

3 § 193 Abs 7 für Sektorenauftraggeber

Der Leitfaden auf einen Blick

Der IÖB-Leitfaden Recht zeigt Ihnen, wie der Einkauf von Innovation mit dem Bundesvergabegesetz 2018 möglich ist. Er beinhaltet Grundlagen und schärft den Blick für die wesentlichen Innovations-Stellschrauben.

Wie der Leitfaden, führt Sie die nachstehende Grafik von der Marktrecherche über die drei wesentlichen Beschaffungspfade hin zu Ihrem Ziel: der Nutzung innovativer Produkte und Dienstleistungen.



02 BEAUFTRAGUNG VON FORSCHUNGS- UND ENTWICKLUNGS-DIENSTLEISTUNGEN

2.1. Grundlagen

Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen sind gemäß § 9 Z 12 BVergG 2018[4] vom **Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen,** 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.[5]

In den Anwendungsbereich des BVergG 2018 soll somit nur die „Auftragsforschung" fallen. Als „Auftragsforschung" werden Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen bezeichnet, die der öffentliche Auftraggeber ausschließlich zur Erfüllung seiner ihm (z.B. gesetzlich) obliegenden Aufgaben benötigt oder benötigen kann.[6]

PRAXISTIPP

Damit der Auftrag den Ausnahmetatbestand erfüllt, dürfen die Nutzungsrechte an den Forschungsergebnissen nicht ausschließlich dem Auftraggeber zukommen, sondern es muss im Vertrag z.B. die geteilte Nutzung mit dem Auftragnehmer vereinbart werden.

Mischaufträge: Sind im Auftrag über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen auch Warenlieferungen enthalten (z.B. Standardteile für einen Prototypen) und sind die Auftragselemente untrennbar miteinander verbunden, ist der Auftrag vom BVergG ausgenommen. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn die Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen (F&E) den Hauptgegenstand des Auftrags bilden (§ 3 BVergG 2018)[7].

Der Ausnahmetatbestand des § 9 Z 12 BVergG 2018 gilt nur für Dienstleistungsaufträge. Nicht vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen, sind Liefer- oder Bauaufträge im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung, für die es jedoch teilweise auch besondere (vereinfachte) Möglichkeiten im BVergG gibt.

Beispiele für F&E-Dienstleistungen aus der Praxis:

- Erstellung einer wissenschaftlichen Studie (Roadmap) zum Thema „Bioenergie"
- Analyse der Schallausbreitung von Bahn- und Straßenverkehrslärm unter Berücksichtigung des Einflusses von Naturgewalten (Wind, Regen)
- Entwicklung eines Ingenieurmodells, mit dem es möglich wird, die Querkrafttragfähigkeit von bestehenden Brücken vereinfacht abzuschätzen
- Entwicklung eines innovativen mobilen Verkehrsmanagementsystems für Baustellen und Events im Straßenverkehr

2.2. Vergabe von F&E-Dienstleistungen

Da F&E-Dienstleistungen nicht dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 unterliegen, muss auch kein formelles Vergabeverfahren durchgeführt werden. Es müssen jedoch bestimmte Grundsätze berücksichtigt werden, die sich insbesondere aus dem europäischen Primärrecht ergeben. Dies bedeutet, dass die Grundprinzipien der Transparenz, der Gleichbehandlung und des freien und lauteren Wettbewerbes anzuwenden sind.

Abgrenzung zum Beihilferecht: Ein F&E-Dienstleistungsauftrag kann als notifizierungspflichtige Beihilfe beurteilt werden, wenn die Beschaffung nicht zu Marktkonditionen erfolgt. Um das, als Konsequenz, drohende Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich zu vermeiden, sind folgende Vorgaben einzuhalten[8]:

- Auswahlverfahren offen, transparent und diskriminierungsfrei gestalten und vorab objektive Auswahl- und Zuschlagskriterien festlegen
- Zurverfügungstellung der geplanten vertraglichen Vereinbarungen an alle interessierten Bieterinnen und Bieter vor Angebotslegung
- Falls die F&E-Dienstleistungen später kommerziell beschafft werden sollen (z.B. Serienbeschaffung des entwickelten Prototyps), muss vorgebeugt werden, dass der Auftragnehmer bei der späteren Ausschreibung nicht bevorzugt ist. Dies erfolgt insbesondere durch vollständige und unverfälschte Zurverfügungstellung aller relevanten Unterlagen, um einen allfälligen Wettbewerbsvorteil der Entwicklerin / des Entwicklers auszugleichen.

BERATUNG

FFG als Abwicklungsstelle für F&E - Dienstleistungen

Die Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft (FFG) verfügt über umfangreiche Erfahrungen bei der Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen. Gerne berät Sie die FFG bei Fragen. Kontaktdaten: ioeb@ffg.at oder +43 5 77 550

2.3. Vorkommerzielle Auftragsvergabe oder Pre-Commercial Procurement (PCP)

2.3.1. Wie sieht ein PCP aus?

Das PCP ist eine besondere - von der EU-Kommission empfohlene - Methode zur Vergabe von F&E-Dienstleistungen.[9] Die oben dargestellten Regelungen zur Vergabe derartiger Leistungen gelten hier unverändert.

Kernelement des PCP ist die Möglichkeit, dass mehrere Unternehmen im Wettbewerb unterschiedliche, innovative Lösungen für eine vom Auftraggeber definierte Problemstellung entwickeln. Die Entwicklung erfolgt in mehreren aufeinanderfolgenden Phasen (Lösungserkundung, Prototypenentwicklung, Erprobungsserien). Am Ende jeder Phase erfolgt eine Selektion bzw. Reduktion der noch im Wettbewerb verbleibenden Bieterinnen und Bieter anhand vorab vom Auftraggeber definierter Kriterien.

Das PCP-Verfahren endet mit der Lösung der Problemstellung und der Demonstration der Machbarkeit des Lösungsansatzes. Im Anschluss an das PCP-Verfahren folgt die kommerzielle Herstellung der entwickelten Innovation. Hierfür ist die Ausnahme des § 9 Z 12 BVergG 2018 für Forschungs- und Entwicklungsleistungen nicht mehr anwendbar. Ein Vergabeverfahren nach BVergG 2018 wäre notwendig. Ein Beispiel: Aus

4 § 178 Z 12 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

5 Im Gesetz findet sich auch noch die Einschränkung, dass die Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, um in den Anwendungsbereich des BVergG 2018 zu fallen, unter die CPV-Codes 73000000 2 bis 73120000 9, 73300000 5, 73420000 2 und 73430000 5 des „Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge" (CPV) fallen müssen. Das führt dazu, dass bestimmte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen generell nicht in den Anwendungsbereich des BVergG 2018 fallen.

6 69 BlgNR XXVI. GP 35.

7 EuGH 6.5.2010, Rs C 145/08 und C 149/08, Club Hotel Loutraki.

8 Siehe im Detail den Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, 2014/C 198. Verstöße gegen die Notifizierungspflicht können zu Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich führen.

9 Siehe im Detail die Mitteilung der Kommission zur Vorkommerziellen Auftragsvergabe vom 14.12.2007, KOM(2007) 799

allen eingereichten Konzeptideen werden die fünf besten ausgewählt, um einen Lösungsentwurf zu erstellen. Die drei Teilnehmerinnen und Teilnehmer mit den besten Lösungsentwürfen werden dann zur Prototypenerstellung eingeladen. Von diesen wiederum werden die besten zwei Vorschläge mit der Erstellung von ersten Testprodukten betraut. Am Ende kann dann mit den Erkenntnissen aus den Entwicklungen ein marktreifes Produkt hergestellt werden und dieses mittels „kommerzieller Beschaffung" in Form eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2018 ausgeschrieben werden.

2.3.2 Wann ist PCP sinnvoll?

Die Durchführung einer vorkommerziellen Auftragsvergabe ist dann sinnvoll,

- wenn die Nachfrage nach einer Lösung besteht, die nicht durch den Erwerb von bereits auf dem Markt verfügbaren Lösungen befriedigt werden kann
- wenn der Auftraggeber innovative Lösungsansätze von Unternehmen einem Wettbewerb unterstellen möchte
- wenn die Verbesserung der innovativen Lösung den zeitlichen und finanziellen Aufwand des mehrstufigen Verfahrens rechtfertigt und
- wenn (noch) kein Bedarf am Erwerb der entwickelten Innovation besteht, der die Durchführung einer Innovationspartnerschaft sinnvoll macht. Der Innovationspartnerschaft ist in diesem Leitfaden das Kapitel 4 gewidmet.

PRAXISBEISPIEL

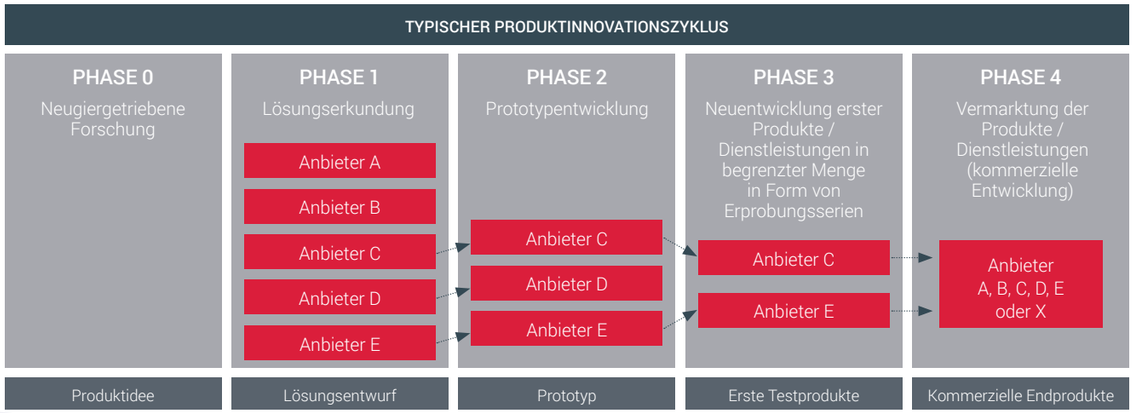
Beispiel Entwicklung von elektrischen Hybridloks

Bis zur Erprobung in einer begrenzten Testserie können Forschungs- und Entwicklungsleistungen vorliegen. Möchte die Bahnbetreiberin/der Bahnbetreiber lediglich verschiedene Lösungsmöglichkeiten ausloten und dazu Prototypen testen, eignet sich das PCP. Möchte sie/er hingegen im Anschluss auch bereits die erste marktreife Serie der e-Hybridloks beschaffen, empfiehlt sich die Durchführung einer Innovationspartnerschaft.

BERATUNG

Abwicklung von PCP-Verfahren

Die FFG war an der Durchführung erster PCP-Verfahren in Österreich federführend beteiligt. Gerne berät Sie die FFG bei Fragen zu vorkommerziellen Auftragsvergaben. Kontaktdaten: ioeb@ffg.at oder +43 5 77 550



03 PUBLIC PROCUREMENT of INNOVATION (PPI)

Häufig ist es nicht notwendig, die Innovationsleistungen, also die Entwicklung neuer Lösungen, in Auftrag zu geben. Oft können bestehende innovative Ansätze und Produkte in öffentliche Vergaben eingebracht werden. Dies setzt voraus, dass die Auftraggeber die dafür erforderlichen Freiräume bieten.

Die öffentlichen Auftraggeber müssen daher den Aspekt der Innovation bei der Wahl des Vergabeverfahrens und der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen immer mitberücksichtigen.

3.1. Innovationsfördernde Vergabeverfahren

3.1.1. Wettbewerblicher Dialog

Komplexere Vorhaben bringen zwei Aspekte mit sich: Es kann für öffentliche Auftraggeber objektiv unmöglich sein, die Mittel zu bestimmen, die dem eigenen Bedarf gerecht werden. Es ist kaum zu beurteilen, was der Markt an technischen bzw. finanziellen/rechtlichen Lösungen bieten kann. Der wettbewerbliche Dialog ist in solchen Fällen das geeignete Instrument: ein flexibles Verfahren, das sowohl den Wettbewerb zwischen Wirtschaftsteilnehmerinnen und Wirtschaftsteilnehmern gewährleistet als auch öffentlichen Auftraggebern ermöglicht, alle Aspekte des Auftrags mit jedem ausgewählten Unternehmen zu erörtern. Die Wahl des wettbewerblichen Dialogs als Vergabeverfahren ist zulässig, wenn einer der in § 34 BVergG 2018 angeführten Voraussetzungen vorliegt.[10] Die Wahl des wettbewerblichen Dialogs ist demnach insbesondere in den folgenden Fällen möglich:

- wenn die Anforderungen nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können
- wenn der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst oder
- wenn die technischen Spezifikationen von dem Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit erstellt werden können

Die Möglichkeit zur Wahl des wettbewerblichen Dialoges sollte in Beschaffungsvorhaben mit einem Potential für PPI in aller Regel gegeben sein.

Die **Abwicklung eines wettbewerblichen Dialogs** ist in den §§ 115-117 BVergG 2018[11] geregelt.

Grundsätzlich kann sich jedes Unternehmen für die Teilnahme am Verfahren bewerben. Aufgrund der in Teilnahmebedingungen festgelegten unternehmensbezogenen Eignungs- und Auswahlkriterien erfolgt die **Bewerberinnen- und Bewerberauswahl**. Die Teilnehmerin/der Teilnehmer wird vom öffentlichen Auftraggeber festgelegt (siehe § 123 BVergG 2018[12]).

10 Sektorenauftraggeber können den wettbewerbliche Dialog gem. § 205 BVergG 2016 immer wählen – es gibt keine gesetzlichen Voraussetzungen.

11 §§ 282-284 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

12 § 290 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

In der **Dialogphase** ermittelt der Auftraggeber gemeinsam mit den teilnehmenden Unternehmen eine für seine Bedürfnisse passende Lösung oder Lösungen und passt diese an die in den Ausschreibungsunterlagen definierten Anforderungen an. Das heißt, im wettbewerblichen Dialog werden die Anforderungen der öffentlichen Hand mit den Möglichkeiten des Marktes abgeglichen, um praxistaugliche Ausschreibungsunterlagen sicherzustellen. Diese Möglichkeit der Anpassung der Unterlagen während des Verfahrens bietet eine größere Flexibilität, wenn auch nur innerhalb gewisser Grenzen.

Auf Basis der erarbeiteten Ausschreibungsunterlagen lädt der öffentliche Auftraggeber die Unternehmerinnen und Unternehmer zur **Angebotslegung** ein. Die Angebotsphase endet mit der Ermittlung der Bestbieterin / des Bestbieters unter Heranziehung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien.

Beispiele für mögliche Anwendungsfälle des wettbewerblichen Dialogs sind:

- die Verwirklichung von integrierten Verkehrsinfrastrukturprojekten (wie z.B. Public Private Partnership-Projekte „PPP“)
- die Ausschreibung von großen Computernetzwerken
- die Ausschreibung von Kreativleistungen

UMSETZUNGSBEISPIEL

Die Beschaffung von Matratzen für Justizanstalten in Großbritannien wurde mittels eines wettbewerblichen Dialogs durchgeführt. Dieser Prozess ermöglichte die Beschaffung von innovativen „Zero Waste“ Matratzen. Den Abschlussbericht finden Sie im Internet unter dem Suchbegriff „zero waste prison mattress“.

3.1.2. Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

Das Verhandlungsverfahren erlaubt es dem Auftraggeber nach der ersten Angebotslegung, mit den Bieterinnen und Bietern zu verhandeln, allenfalls die Anforderungen der Ausschreibung an die Erkenntnisse aus den Verhandlungen anzupassen und sich überarbeitete Angebote vorlegen zu lassen. Wie beim wettbewerblichen Dialog, gibt es daher eine gewisse Flexibilität und einen Austausch mit den Anbieterinnen und Anbietern – allerdings zu einem anderen Zeitpunkt.

Das **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung**[13] ist unter denselben Voraussetzungen zulässig, wie der wettbewerbliche Dialog (siehe oben und § 34 BVergG 2018[14]):

- wenn die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können
- wenn der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst oder
- der Auftrag aufgrund seiner Art, Komplexität oder seinen rechtlichen oder finanziellen Bedingungen nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann

Die Möglichkeit zur Wahl des Verhandlungsverfahrens sollte in Beschaffungsvorhaben mit einem Potential für PPI in aller Regel gegeben sein. Im Unterschwellenbereich kann das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung immer gewählt werden (§ 44 BVergG 2018).

Die **Abwicklung eines Verhandlungsverfahrens** ist in dem § 114 BVergG 2018[15] geregelt. Grundsätzlich kann sich jedes Unternehmen für die Teilnahme am Verfahren bewerben. Aufgrund der in Teilnahmebedingungen festgelegten, unternehmensbezogenen Eignungs- und Auswahlkriterien, erfolgt die **Bewerberinnen- und Bewerberauswahl** (siehe § 123 BVergG 2018[16]).

Die ausgewählten Teilnehmerinnen und Teilnehmer legen **Erstangebote** gemäß den Ausschreibungsunterlagen des Auftraggebers. Auf Basis der Erstangebote folgen eine oder mehrere **Verhandlungsrunden**. Diese ermöglichen den Bieterinnen und Bietern einerseits, ihre Angebote zu überarbeiten, andererseits erlauben diese Verhandlungsrunden dem Auftraggeber auch die Abänderung der Ausschreibungsunterlagen. Nach Abschluss der Verhandlungen werden **Letztangebote** gelegt und die Bestbieterin / der Bestbieter ermittelt.

Da ohnehin im Zuge der Verhandlungen die Ausschreibungsunterlagen näher konkretisiert werden können, empfiehlt es sich, die **Anforderungen für die Erstangebote noch nicht zu streng zu definieren**. Dieser weite Spielraum ermöglicht es den Bieterinnen und Bietern, auch innovative Ansätze in ihren Erstangeboten zu berücksichtigen und damit eine breitere Verhandlungsgrundlage zu schaffen.

Dabei können Auftraggeber auch auf Lösungsansätze aufmerksam werden, die sie bei der Erstellung der Unterlagen nicht bedacht und daher durch strenge Vorgaben „irrtümlich“ ausgeschlossen hätten.

Im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eignet sich das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung kaum, um als öffentlicher Auftraggeber innovativen Bieterinnen und Bietern eine Chance zu eröffnen. Al-

13 Verhandlungsverfahren **ohne** vorherige Bekanntmachungen sind nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig und daher in der Praxis selten. Dieses Kapitel beschäftigt sich daher in erster Linie mit dem häufigeren Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

14 Sektorenauftraggeber können auch das Verhandlungsverfahren gem. § 205 BVergG 2016 immer wählen – es gibt keine gesetzlichen Voraussetzungen.

15 § 281 BVergG für Sektorenauftraggeber

16 § 290 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

lenfalls können so innovative Leistungen angeboten werden. In der Regel braucht es bereits sehr eng definierte Anforderungen oder ein knappes Zeitbudget, um diese Verfahrensart überhaupt wählen zu können – was den Spielraum für neue Ansätze stark einschränkt. Für die Beschaffung von Innovation könnte es in folgendem Fall allerdings relevant sein: Der Auftraggeber benötigt eine bereits bekannte innovative Leistung, die aufgrund ausschließlicher Rechte nur ein Unternehmen anbieten kann. Zum Beispiel, wenn ein Startup ein neues Produkt entwickelt und patentieren lässt. In solch einem Fall ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit dem Startup denkbar.

3.1.3. Ideen- und Realisierungswettbewerbe

Wettbewerbe dienen dazu, dem Auftraggeber insbesondere auf den Gebieten der Raum- und Stadtplanung, einen Plan oder eine Planung zu verschaffen. Die Abwicklung von Wettbewerben ist in den §§ 163 – 165 BVergG 2018[17] geregelt.

Unternehmerinnen und Unternehmer können, entsprechend der festgelegten Wettbewerbsordnung, Wettbewerbsarbeiten einreichen. Die Auswahl erfolgt durch ein Preisgericht aufgrund vergleichender Beurteilung mit oder ohne die Verteilung von Preisen.

Wettbewerbe sind, zivilrechtlich gesehen, Auslobungsverfahren.

Das Gesetz unterscheidet Ideenwettbewerbe und Realisierungswettbewerbe (§ 32 BVergG 2018[18]). Bei Ideenwettbewerben besteht vorerst aber nicht die Absicht, die Wettbewerbsarbeit der Gewinnerin oder des Gewinners zu verwirklichen. Ziel eines Ideenwettbewerbes ist eine Orientierung des öffentlichen Auftraggebers, die auch zu einem Vergabeverfahren führen kann. Da keine Auftragsvergabe im Vordergrund steht, sind Anreize über verhältnismäßig höhere Preisgelder zu setzen, um Teilnehmerinnen und Teilnehmer zu gewinnen.

Ein Realisierungswettbewerb funktioniert grundsätzlich wie ein Ideenwettbewerb, schließt jedoch an den Wettbewerb unmittelbar ein Verhandlungsverfahren mit der Gewinnerin bzw. des Gewinners an. Der Wettbewerb ersetzt in diesem Fall die Phase der Bewerberinnen- und Bewerberauswahl des Verhandlungsverfahrens (siehe oben Punkt 4.1.2). Die Möglichkeit eines Realisierungswettbewerbs besteht jedoch nur bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen. Der Realisierungswettbewerb hat den Vorteil, dass die Bewerberinnen- und Bewerberauswahl neben den sonst üblichen unternehmensbezogenen Kriterien auch schon konkrete Ideen zum Beschaffungsgegenstand beurteilen kann.

Der Realisierungswettbewerb ist dadurch in der Regel aber auch aufwändiger als die Bewerbungsphase eines normalen Verhandlungsverfahrens. Die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens bleibt unverändert.

Wettbewerbe sind noch keine Vergabeverfahren, sondern bilden lediglich die Basis für spätere Vergaben. Das hat allerdings den Vorteil, dass sie sich stärker auf die Ideenfindung und die Lösung von Problemstellungen konzentrieren können, ohne sich bereits

17 §§ 324 – 326 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

18 § 204 Abs 2 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

im Detail mit Leistungs- und Vertragsbedingungen und Preisen beschäftigen zu müssen. Während Vergabeverfahren und Realisierungswettbewerb bereits die konkrete Absicht einer Vergabe voraussetzen, sind Ideenwettbewerbe auch schon früher möglich.

FRAGEN ?

Die IÖB-Servicestelle berät Sie gerne!
Kontaktdaten: ioeb@ioeb.at oder **+43 1 245 70 817**

3.2. Innovationsfördernde Ausschreibungsunterlagen

3.2.1. Grundlagen

Ausschreibungsunterlagen ermöglichen den öffentlichen Auftraggebern, passende Angebote zu erhalten und jenes auszuwählen, das den Bedarf zu dem bestmöglichen Preis-Leistungs-Verhältnis deckt. Potentielle Anbieterinnen und Anbieter informieren darüber, welche Bedürfnisse die öffentlichen Auftraggeber haben und welche Leistungen daher angeboten werden sollen.

Die Beschafferin / der Beschaffer braucht umfassende Kenntnisse der eigenen Bedürfnisse und einen Überblick über den relevanten Markt, um professionelle und effektive Unterlagen zu erstellen. Sie sollten daher fundierte Analysen und Evaluierungen der Bedarfe und eine Erkundung des Marktes vornehmen.

Der Gesetzgeber stellt ausdrücklich klar, dass Marktkundungen im Vorfeld einer Ausschreibung zulässig sind (§ 24 BVergG 2018[19]).

Es kann sich dabei auch um einen sehr umfangreichen Informationsaustausch mit potentiellen Anbieterinnen und Anbietern handeln, solange der Wettbewerb dadurch nicht verzerrt wird.

PRAXISTIPP

Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sollten Sie darauf achten, sich mit möglichst vielen Anbieterinnen und Anbietern sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern abzustimmen und dabei auch unterschiedliche Lösungsansätze abdecken. Übernehmen Sie nie unreflektiert die Vorschläge einer Marktteilnehmerin bzw. eines Marktteilnehmers vollinhaltlich in Ihre Unterlagen.

19 §197 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.

3.2.2. Primäre und sekundäre Beschaffungsziele

Mit einem Beschaffungsvolumen verfolgt der Auftraggeber bestimmte Ziele. Diese Ziele lassen sich grob in primäre und sekundäre Beschaffungsziele unterteilen.

Primäre Beschaffungsziele beziehen sich unmittelbar auf den Wert der beschafften Leistung für den Auftraggeber und das geplante Einsatzgebiet.

Sekundäre Beschaffungsziele beziehen sich darüber hinaus auf den Wert der Leistung für die Allgemeinheit. Es geht daher um die Förderung allgemeiner politischer und gesellschaftlicher Zielsetzungen. Die gesetzlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens in § 20 BVergG 2018[20] nennen mehrere solche Ziele: Ökologische Aspekte (Abs. 5), soziale Aspekte (Abs. 6) und Innovation (Abs. 7).

20 §193 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.

Beispiel: Kraftfahrzeuge

Primäre Beschaffungsziele wären etwa möglichst niedrige Anschaffungs- und Betriebskosten, eine möglichst hohe Anzahl an Sitzplätzen, geringe Außenabmessungen, ein Mindestvolumen des Stauraums etc. Sekundäre Beschaffungsziele wären etwa die Abgaswerte, die Verarbeitung umweltgerecht gewonnener Rohstoffe, der Einsatz innovativer Technologien u.a.

Innovationsfördernde öffentliche Beschaffung kann sich in beiden Bereichen niederschlagen. Werden etwa neuartige Bauteile in einem Motor verwendet, ist das eine Innovation (sekundäres Beschaffungsziel). Durch die Neuerung wird weniger Treibstoff verbraucht, was die Betriebskosten senkt (primäres Beschaffungsziel).

Ökologische Aspekte *müssen* in einem Vergabeverfahren berücksichtigt werden, die übrigen Aspekte *können* berücksichtigt werden. Es ist grundsätzlich Sache des Auftraggebers, in welcher Form diese Aspekte berücksichtigt werden.

Dies kann etwa durch die Festlegung von verbindlichen Vertragsbedingungen oder Mindestanforderungen in der Leistungsbeschreibung erfolgen oder durch eine entsprechende Bewertung in den Zuschlagskriterien.

Bei gewissen Leistungen *muss* gem. § 91 Abs. 6 BVergG 2018[21] zumindest ein sekundäres Beschaffungsziel berücksichtigt und die entsprechenden Anforderungen oder Kriterien auch ausdrücklich als solche ausgewiesen werden. Das betrifft besondere Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich (Z 1), Verkehrsdienste im öffentlichen Straßenpersonenverkehr (Z 2 –immer soziale Aspekte), Lebensmittel (Z 3) sowie Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen (Z 4)[22].

21 § 262 Abs. 5 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.

22 Bei Sektorenauftraggebern gilt dies zusätzlich auch für den Fall, dass die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt (§ 262 Abs. 5 Z1). Die übrigen Fälle entsprechen denen des § 91, die Nummerierung ist jedoch verschoben.

Ein Mehrwert, der sich nicht aus der beschafften Leistung ergibt, kann aber auch bei sekundären Beschaffungszielen nicht berücksichtigt werden. Es kann daher zum Beispiel nicht bewertet werden, wie groß der Anteil ökologischer Materialien im Einkauf des Unternehmens einer Anbieterin oder eines Anbieters generell ist. Sehr wohl kann aber berücksichtigt werden, welche Materialien für die beschaffte Leistung verarbeitet wurden.

PRAXISTIPP

Robotik in der Reinigung
Sie wollen Innovation bei der Ausschreibung von Gebäudereinigungsdienstleistungen berücksichtigen? Die IÖB-Challenge „Robotik in der Reinigung" auf www.ioeb-innovationsplattform.at gibt Ihnen ei-nen Überblick über Lieferanteninnovationen in die-sem Themenfeld.

3.2.3. Eignungskriterien

Auftraggeber müssen die Eignung der Bieterinnen und Bieter sowie die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel prüfen (§§ 20 sowie 78-87 BVergG 2018[23]). Dabei wird nicht die angebotene Leistung, sondern die Unternehmerin oder der Unternehmer, bzw. das Unternehmen selbst, begutachtet.

Eine wichtige Rolle spielt dabei oft die Erfahrung der Bieterinnen und Bieter sowie ihre wirtschaftlichen und technischen Kapazitäten – das Gesetz spricht dabei von der Leistungsfähigkeit der Bieterin / des Bieters. Bereits hier ist eine ausgewogene Gestaltung der Ausschreibung entscheidend. Bei zu niedrigen Anforderungen können ungeeignete Bieterinnen und Bieter zum Zug kommen und Probleme bei der Leistungserbringung entstehen. Zu hohe oder auch zu spezielle Anforderungen bevorzugen aber in der Regel die marktführenden Unternehmen und machen kleinen, innovativen Unternehmen die Teilnahme schwer oder gar unmöglich – obwohl sie unter Umständen durchaus konkurrenzfähig wären.

23 §§ 193 sowie 248-258 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.

WISSENSWERT

Bedenken Sie bei der Erstellung von Eignungskriterien immer, wie sich die Formulierung der Kriterien auf Kleinunternehmen, Startups und Konsortien auswirkt. Überlegen Sie, welche Erfahrungen und Kapazitäten sich allenfalls durch Dritte substituieren lassen und welche Qualifikationen Sie „aus einer Hand" benötigen.

3.2.4. Funktionale Leistungsbeschreibung

Grundsätzlich lässt § 103 BVergG 2018[24] zwei Formen von Leistungsbeschreibungen zu:

Die **konstruktive** Leistungsbeschreibung listet die Bestandteile auf, aus denen sich die gewünschte Leistung zusammensetzt. Durch die Ausschreibung wird daher weitgehend vorgegeben, wie die Leistung konstruiert sein muss (z.B. Material, Farbe, Größe).

24 § 272 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.

Die **funktionale** Leistungsbeschreibung gibt stattdessen nur an, welche Funktionen die Leistung erfüllen soll. Lediglich die zu erreichenden Ziele sind dabei seitens der auftraggebenden Organisation vorzugeben. Bieterinnen und Bieter können zur zweckmäßigen Zielerreichung aber unterschiedliche Leistungen anbieten.

Auftraggeber ermöglichen Unternehmen, bestehende innovative Produkte anzubieten oder bestehende Produkte durch innovative Adaptionen gezielt weiterzuentwickeln, um die benötigte Funktion zu erfüllen. Dadurch erlangen technische Neuerungen eine Chance, die herkömmlichen konstruktiven Leistungsbeschreibungen nicht entsprechen würden.

Eine gänzlich technische Neuentwicklung ist im Rahmen einer Ausschreibung in der Regel allerdings nicht möglich, weil die Durchlaufzeit eines Vergabeverfahrens für derartige Entwicklungsarbeiten nicht ausreicht und den Investitionen kein gesicherter Umsatz gegenübersteht. Auch ohne konkrete Definition der Leistungsteile muss die Leistung so hinreichend genau und neutral beschrieben werden, dass alle für die Legung eines Angebotes maßgebenden Umstände erkennbar sind.

3.2.5. Alternativ- und Abänderungsangebote

Auftraggeber dürfen gemäß §§ 96, 97 BVergG 2018[25] festlegen, ob Alternativ- oder Abänderungsangebote zulässig sind. Dabei handelt es sich um Angebote, die von der festgelegten Leistungsbeschreibung in einem bestimmten Ausmaß abweichen. Das gibt Bieterinnen und Bietern die Möglichkeit, neue Ansätze einzubringen, welche die öffentliche Institution noch nicht bedacht hat. Dazu müssen jedoch auch für die Alternativen oder Abänderungen Mindestanforderungen definiert werden, da sonst die Angebote nicht vergleichbar und die Erfüllung der Anforderungen des Auftraggebers nicht sichergestellt wäre.

PRAXISTIPP

In der Regel werden hier die Grundsätze der funktionalen Leistungsbeschreibung herangezogen, allerdings nicht für Funktionen der gesamten Leistung, sondern des jeweiligen Leistungsteils. Wenn beispielsweise die Leistungsbeschreibung grundsätzlich für einen Bauteil ein konkretes Material (konstruktiv) vorgibt, können als Mindestanforderung alternative Grenzwerte für die Tragkraft, den Korrosionsschutz und die Elastizität (funktional) festgelegt werden.

3.2.6. Zuschlagskriterien

Die Auswahl des besten Angebots erfolgt anhand der vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien. Die Bestbieterin/der Bestbieter wird anhand des Preis-Leistungs-Verhältnisses der Angebote ermittelt.

Erster wesentlicher Faktor ist der Preis. Das umfasst alle Entgelte, die der Auftraggeber für die angebotene Leistung aufgrund des vergebenen Auftrages an den Anbieter oder die Anbieterin zahlen muss.

Zweiter wesentlicher Faktor sind „sonstige Kosten“. Das sind Kosten für Leistungen, die zwar nicht Teil des zu vergebenden Auftrages sind, aber mit ihm in Zusammenhang stehen. Üblich ist hier der TCO-Ansatz („Total Cost of Ownership“). Für die Bewertung ausschlaggebend sind nicht nur die Anschaffungskosten, sondern die Kosten über die gesamte Einsatzzeit der beschafften Leistung – das heißt etwa, Kosten für den prognostizierten Treibstoffverbrauch bei der Beschaffung von KfZ oder Entsorgungskosten. Derartige Kosten fallen im weitesten Sinn unter „Qualität“, können aber leichter als andere Kriterien mit dem Preis in Relation gesetzt werden und wurden daher mit dem BVergG 2018 als eigene Kategorie hervorgehoben.

25 §§ 266-267 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

Durch die umfassende Betrachtung können die höheren Anschaffungskosten einer Innovation sich z.B. durch geringere Betriebskosten oder Entsorgungskosten relativieren und einen Zuschlag möglich machen.

Beispiel für TCO aus der Praxis: Fuhrpark

Früher erfolgte in der öffentlichen Verwaltung die Beschaffung von KFZ in erster Linie auf Basis der jeweiligen Einstandspreise der Fahrzeuge. Nachteile waren u.a., dass die Fuhrparks veraltet waren, die Kosten laufend stiegen und damit kein aktueller „Marktstandard“ vorhanden war.

Mit dem Wechsel hin zum TCO-Ansatz konnten die Kosten signifikant gesenkt werden. Auch z.B. Nutzungs-, Verwaltungs- und Instandhaltungskosten wurden berücksichtigt, die Laufzeit der Nutzung gemäß der Kosteneffizienz angepasst und im konkreten Fall gekürzt. Durch diesen Ansatz konnte der Fuhrpark schneller modernisiert sowie ein höherer volkswirtschaftlicher Nutzen erzielt werden (z.B. auch Reduktion der CO2-Emissionen).

Dritter wesentlicher Faktor ist die sonstige **Qualität** der angebotenen Leistung. Dabei wird der über die Mindestanforderung hinausgehende Mehrwert beurteilt, den die angebotene Leistung für den konkreten Auftraggeber hat. So erhalten durchaus auch qualitativ hochwertige Leistungen in einem Vergabeverfahren eine schlechte Wertung. Entweder, weil der geforderte Mindeststandard bereits sehr hoch war, oder weil hochwertige Eigenschaften des Produktes für das Einsatzgebiet nicht relevant sind.

Ziel der Zuschlagskriterien ist es, die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen. Wenn die Ausschreibungsunterlagen den Bieterinnen und Bietern größere Freiräume und Flexibilität lassen, dann ist auch mit größeren Unterschieden bei den Angeboten zu rechnen und es braucht mehr oder komplexere Zuschlagskriterien, um einen sachlichen Vergleich zu ermöglichen.

3.2.7. Rahmenvereinbarung

Im Zuge eines Vergabeverfahrens können auch sogenannte Rahmenvereinbarungen abgeschlossen werden. Rahmenvereinbarungen sind in den §§ 153 -155 BVergG 2018[26] geregelt.

Eine Rahmenvereinbarung ist noch kein Vertrag über die Erbringung konkreter Leistungen, sondern eine besondere Konstruktion, die eine vergaberechtliche Grundlage für spätere Auftragsvergaben bietet. Die Vergabe von Aufträgen auf Basis einer Rahmenvereinbarung erfordert daher keine neuerliche Ausschreibung.

26 §§ 314-316 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

Rahmenvereinbarungen bieten eine gewisse Flexibilität: Die im Vergabeverfahren ermittelten Partnerinnen und Partner der Rahmenvereinbarung können ihre Angebote bei der Vergabe des einzelnen Auftrages bei Bedarf noch anpassen, solange die Änderungen nicht „substanziell" sind.

Damit soll etwa die Berücksichtigung von Technologiesprüngen ermöglicht werden.

Bei der Rahmenvereinbarung mit mehreren Partnerinnen und Partnern erfolgt diese Anpassung der Angebote nach einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb.

Damit soll vor allem sichergestellt werden, dass im Rahmen der Anpassung der Preis angemessen bleibt, allerdings wird damit auch ein Wettbewerb im Hinblick auf die Qualität und damit auch der Innovation sichergestellt.

Diese Art der Auftragsvergabe ähnelt einem Vergabeverfahren, lässt sich aber aufgrund der Einschränkung auf die Partnerinnen und Partner der Rahmenvereinbarung und vereinfachten formalen Vorschriften, deutlich effizienter abwickeln.

04 INNOVATIONS-PARTNERSCHAFT

4.1. Ziel und Struktur

Mit den Vergaberichtlinien 2014[27] wurde ein **neues Instrument zur Beschaffung von Innovationen** geschaffen: die Innovationspartnerschaft.

Sie ermöglicht öffentlichen Auftraggebern eine langfristige Partnerschaft für die **Entwicklung und den anschließenden Kauf** neuer, innovativer Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen. Ein **getrenntes (weiteres) Vergabeverfahren für den Kauf ist nicht erforderlich**.[28]

Öffentliche Auftraggeber können dieses spezifische Beschaffungsverfahren nutzen, wenn der Bedarf nicht durch den Erwerb bereits auf dem Markt verfügbarer Waren, Bau- oder Dienstleistungen befriedigt werden kann (§ 41 BVergG 2018).[29] Um diese Voraussetzung erfüllen zu können, wird der Auftraggeber in der Regel eine Markterkundung durchführen müssen, in deren Rahmen er sich von Dritten beraten lassen kann.[30]

BERATUNG

Sie fragen sich, ob die von Ihnen gesuchte Lösung am Markt bereits verfügbar ist? Die IÖB-Servicestelle berät Sie gerne und begleitet Ihre Markterkundung mit einer IÖB-Open-Innovation-Challenge. Kontaktdaten: ioeb@ioeb.at oder +43 1 245 70 817

Die Innovationspartnerschaft lässt sich nach der Markterkundung in **drei Phasen** strukturieren:

1. Ausschreibungsphase
2. Entwicklungsphase
3. Erwerbsphase

4.2. Erste Phase: Ausschreibungsphase

Zunächst sucht der öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Innovationspartnerinnen und -partner. Mit diesen wird der Vertrag über die Innovationspartnerschaft abgeschlossen. Das BVergG 2018 gibt vor, das **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung** anzuwenden (§ 120 Abs 1 BVergG 2018).[31] Im Vergleich zu einem „normalen" Verhandlungsverfahren gibt es nur wenige Unterschiede:

- Der Auftraggeber muss den **Bedarf ausreichend präzise beschreiben**. Hierfür eignet sich eine funktionale Leistungsbeschreibung mit Zielvorgaben (siehe Kapitel 3.2.3). Klar ist aber, dass die Beschreibung nicht den Detailgrad einer „normalen" Leistungsbeschreibung erreichen kann, weil die Beschreibung der Lösung erst aus dem Entwicklungsprozess hervorgeht. Die Zielvorgabe sollte so offen formuliert sein, dass sie unterschiedliche Lösungswege inhaltlich zulässt. Die interessierten Unternehmen müssen allerdings trotz offener Zielvorgaben Art und Umfang der geforderten Lösung erkennen können, um zu entscheiden, ob sie einen Teilnahmeantrag stellen (§ 119 Abs 1 BVergG 2018).[32]

27 RL 2014/24/EU für den „klassischen Bereich" und 2014/25/EU für den Sektorenbereich.
28 Erwägungsgrund 49 zur VergabeRL 2014/24/EU.
29 § 210 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.
30 Zur vorherigen Erkundung des Marktes siehe § 24 BVergG 2018.
31 § 287 Abs 1 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.
32 § 267 Abs 1 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.

- Der Auftraggeber hat zwingend Auswahlkriterien festzulegen, die insbesondere die **Fähigkeiten auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung sowie der Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen** betreffen (§ 119 Abs 2 BVergG 2018).[33] Diese Vorgabe dient einem reibungslosen Ablauf der späteren Entwicklungsphase.

PRAXISTIPP

Achten Sie darauf, die Auswahlkriterien nicht zu streng zu gestalten. Im Zusammenhang mit Innovationen gibt es häufig interessante Unternehmen, denen der Nachweis entsprechender Erfahrung (noch) schwer fallen könnte (insbesondere Startups oder Spin-offs von Hochschulen). Durch zu strenge Anforderungen an die Fähigkeiten zur Umsetzung von F&E- oder Innovationsprojekten könnten solche Akteure vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. Die Möglichkeit der Bildung ausreichend vieler Bieterinnen- bzw. Bieterkonsortien sollte gegeben sein.

- Im Gegensatz zum „normalen" Verhandlungsverfahren müssen jedenfalls Verhandlungen mit den Bieterinnen und Bietern durchgeführt werden und der Auftraggeber kann in der Schlussphase auch nur mit einer Bieterin oder einem Bieter verhandeln (§ 120 Abs 2 BVergG 2018).[34]
- Bei der Innovationspartnerschaft kann **einem oder mehreren Partnerinnen und Partnern** der Zuschlag erteilt werden (siehe dazu zweite Phase: Entwicklungsphase). Eine diesbezügliche Festlegung in der Ausschreibung ist notwendig.

33 § 286 Abs 2 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.
34 § 287 Abs 1 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.

4.3. Zweite Phase: Entwicklungsphase

Nach Abschluss der Verträge über die Innovationspartnerschaft mit dem oder den ausgewählten Unternehmen beginnt die Entwicklungsphase. Sie ist **in aufeinanderfolgende Subphasen zu unterteilen**. Die Dauer und der Wert dieser einzelnen Stufen müssen für den Innovationsgrad der vorgeschlagenen Lösung und die nötigen Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten angemessen sein.

Beispiel für den Ablauf:

Stufe 1: Machbarkeitsstudie

Stufe 2: Prototypentwicklung

Stufe 3: Neuentwicklung erster Produkte oder Dienstleistungen in Erprobungsserien

Sind mehrere Unternehmen involviert, haben diese in der Entwicklungsphase **getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten** durchzuführen (Ausnahme: innerhalb eines Konsortiums) (§ 121 Abs 1 BVergG 2018).[35] Das kann entweder durch parallele Forschung an unterschiedlichen Lösungen erfolgen („Wettbewerbsmodell") oder durch getrennte Forschungen an unterschiedlichen Teilaspekten der Lösung („Puzzle-Modell").[36] In der Entwicklungsphase hat der **Schutz von vertraulichen Informationen** einen sehr hohen Stellenwert. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne dessen Zustimmung an andere Partner weitergeben. Vorsicht: Die Einholung einer pauschalen Zustimmung ist unzulässig. Sie gilt nur für die beabsichtigte Mitteilung der definierten Informationen. Im Vertrag über die Innovationspartnerschaft sind **Zwischenziele** festzulegen. Werden die Ziele

35 § 288 Abs 1 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber.
36 Erläuterungen zum BVergG 2018 (69 BlgNR XXVI GP 146).

nicht eingehalten, kann der Auftraggeber am Ende jeder Stufe der Entwicklungsphase entscheiden, ob er die Innovationspartnerschaft beendet. Sind mehrere Partnerinnen und Partner beteiligt, kann der Auftraggeber – sofern er dies im Vertrag festgelegt hat – einzelne aus der Innovationspartnerschaft ausscheiden.

Beispiel:

Der Auftraggeber bewertet, in welchem Ausmaß das Zwischenziel „Prototyperstellung" erreicht wurde. Wird das vereinbarte Mindestmaß nicht erreicht, beendet der Auftraggeber die Innovationspartnerschaft. Bei mehreren Partnerinnen und Partnern könnte eine Reihung erfolgen (welche zwei Prototypen erfüllen die Anforderungen der Auftraggeberin am besten?) und die Verträge mit den weniger gut gereihten Partnerinnen und Partnern gekündigt werden.

Im Vertrag ist die Zahlung einer Vergütung in angemessene **Teilbeträge** festzulegen. Angemessen werden die zu bezahlenden Teilbeträge in der Regel dann sein, wenn sie einen adäquaten Gegenwert zu den Entwicklungsinvestitionen und zu den geistigen Eigentumsrechten der Innovationspartnerin/des Innovationspartners darstellen. Die getroffenen Vereinbarungen zu den Teilbeträgen bestimmen wesentlich die **Risikotragung** für den Fall des Scheiterns der Entwicklung und sind in Abhängigkeit von den Rechten am geistigen Eigentum zu sehen. Verbleiben die Immaterialgüterrechte an der Entwicklung z.B. zur Gänze bei der Innovationspartnerin/beim Innovationspartner, werden wohl niedrigere Teilbeträge als Zahlungen angemessen sein, anstatt die Rechte ausschließlich dem Auftraggeber zukommen zu lassen. Verzichtet der Auftraggeber auf Anteile am geistigen Eigentum, wird daher die Partnerin/der Partner offener dafür sein, selbst ein höheres finanzielles Risiko zu tragen. Zudem hängen die Aufteilung des Risikos bzw. die Teilbeträge auch davon ab, ob und in welchem Ausmaß sich der Auftraggeber zum anschließenden Erwerb der entwickelten Innovation verpflichtet.[37]

WISSENSWERT

Das finanzielle Risiko der Innovationspartnerin/des Innovationspartners kann durch Förderungen wesentlich reduziert werden. Nutzen Sie die F&E-Innovationspartnerschaft der FFG und erkundigen Sie sich zu Fördermöglichkeiten. Kontaktdaten: ioeb@ffg.at oder +43 5 77 550

37 Eine gesetzliche Verpflichtung zum anschließenden Erwerb besteht nicht – siehe Dritte Phase: Erwerbsphase.

4.4. Dritte Phase: Erwerbsphase

Ist die Entwicklung der innovativen Ware, Bau- oder Dienstleistung abgeschlossen, kann der Auftraggeber diese auch erwerben (muss aber nicht)[38]. Damit der Erwerb zulässig ist, gibt es gesetzliche Vorgaben, die eingehalten werden müssen:

- **Einhaltung des Leistungsniveaus**: Wird das vereinbarte Leistungsniveau unterschritten, ist die Innovationspartnerschaft spätestens nach Beendigung der Entwicklungsphase zu beenden (§ 121 Abs 5 BVergG 2018).[39]
- **Einhaltung der Kostenobergrenze**: Wird die vereinbarte Kostenobergrenze überschritten, ist die Innovationspartnerschaft ebenfalls zu beenden (§ 121 Abs 5 BVergG 2018).[40]

PRAXISTIPP

Kostenüberschreitungen sind ein realistisches Szenario, auf das Auftraggeber vorbereitet sein sollten. Die Kostenobergrenze muss aber nicht eine im Vertrag festgelegte starre Zahl sein. Arbeiten Sie mit Anpassungsklauseln oder legen Sie eine klar nachvollziehbare Berechnungsmethode zur Ermittlung der Kostenobergrenze fest (beispielsweise die angefallenen und anerkannten Kosten zuzüglich eines vorab vereinbarten Zuschlags).[41] Zudem sollten Sie Regelungen treffen und Projektsteuerungsmechanismen schaffen, sodass Abweichungen von den Kosten frühzeitig gemeldet werden.

- Der **Wert des Erwerbs darf nicht unverhältnismäßig hoch** im Vergleich zu den Entwicklungsinvestitionen sein (§ 118 Abs 2 BVergG 2018).[42] Diese unklare Vorgabe lässt einen gewissen Auslegungsspielraum, der allerdings nicht zu stark ausgereizt werden sollte (beispielsweise indem bei einer nur sehr geringen Entwicklungsinvestition ein sehr großes Volumen erworben wird). Die möglichst frühe Festlegung des Erwerbsvolumens im Vergabeverfahren erscheint jedenfalls sinnvoll.

Bei einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnerinnen und Partnern hat der Auftraggeber vor Beginn der Erwerbsphase aus den verbliebenen Lösungen die beste Lösung auszuwählen (§ 121 Abs 5 BVergG 2018).[43] Hierfür sind in den Verträgen objektive und nicht diskriminierende Kriterien festzulegen. Es besteht auch die Möglichkeit, Lösungen von mehreren Partnerinnen und Partnern zu erwerben („multiple sourcing")[44], wenn für unterschiedliche Fallkonstellationen verschiedene Lösungen geeignet sind.

Beispiel Heizen und Kühlen in historischen Gebäuden

Je nach Beschaffenheit des betroffenen historischen Gebäudes, können unterschiedliche denkmalschutzgeeignete, innovative Lösungen zur Isolierung der Nutzungsräume zur Anwendung kommen. In einem solchen Fall ist „multiple sourcing" sinnvoll und sollte vorab, in den Verträgen über die Innovationspartnerschaft, festgelegt werden. Im Vertrag über die Innovationspartnerschaft sind auch die **Rechte am geistigen Eigentum** zu regeln (§ 119 Abs 4 BVergG 2018).[45] Inhaltliche Vorgaben enthält das BVergG 2018 aber nicht. Die Rechte können grundsätzlich

- ausschließlich beim Innovationspartner verbleiben
- dem Auftraggeber übertragen werden oder
- geteilt nutzbar sein.

Sinnvoll kann eine Unterscheidung bei der Festlegung der Immaterialgüterrechte zwischen Entwicklungsphase und Erwerbsphase sein: Es kann sein, dass der Auftraggeber nur die Nutzungsrechte der von ihm erworbenen Waren, Bau- oder Dienstleistungen benötigt. Es könnte aber nötig sein, sich auch die Nutzungsrechte an den entwickelten Plänen selbst zu sichern, um diese zu einem späteren Zeitpunkt nochmals einem Wettbewerb (in Form einer Ausschreibung) unterwerfen zu können. Dies hängt auch davon ab, ob nach Abschluss der Innovationspartnerschaft potenziell ein zusätzlicher Bedarf bestehen könnte.

38 Die Erläuterungen zu § 121 Abs 5 BVergG 2018 weisen explizit darauf hin, dass der Auftraggeber auch bei Erreichen des Leistungsniveaus und Einhalten der Kostenobergrenze nicht zum anschließenden Erwerb der Leistung verpflichtet ist (69 BlgNR XXVI 147).

39 § 288 Abs 5 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber; siehe auch die Erläuterungen zum BVergG 2018 (69 BlgNR XXVI 147).

40 § 288 Abs 5 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber; siehe auch die Erläuterungen zum BVergG 2018 (69 BlgNR XXVI 147).

41 Diese Möglichkeiten werden in den Erläuterungen zum BVergG 2018 ausdrücklich erwähnt.

42 § 285 Abs 2 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

43 § 288 Abs 5 BVergG 2018 für Sektorenauftraggeber

44 Diese Bezeichnung stammt aus den Erläuterungen zu § 121 Abs 5 BVergG 2018 (69 BlgNR XXVI 147).

45 § 286 Abs 4 BVergG 2018

4.5. Vorteile und Herausforderungen

Vor Einführung der Innovationspartnerschaft lautete der klassische Weg zunächst, eine F&E-Dienstleistung (z.B. in Form eines PCP) zu vergeben und anschließend ein erneutes Vergabeverfahren zur Beschaffung des marktreifen Produktes durchzuführen.

Demgegenüber bietet die Innovationspartnerschaft **mehrere Vorteile**:

Bei einer Entwicklung investiert auch der Auftraggeber viel Zeit und Know-how in ein Projekt. Im Rahmen der Innovationspartnerschaft kann der Auftraggeber in der Erwerbsphase **mit der bestehenden Entwicklerin / dem bestehenden Entwickler weiterarbeiten**. Er vermeidet dadurch potenziellen Mehraufwand, den ein weiteres Verfahren und der Know-how-Transfer mit einem neuen Unternehmen bedeuten.

Wesentliche Gründe bisheriger Vorbehalte der Entwicklerinnen und Entwickler entfallen, weil auch die Beschaffung frühzeitig geregelt ist:

- Für das Unternehmen entfällt das Risiko, dass es nach der Entwicklung bei der Herstellung und kommerziellen Beschaffung nicht zum Zug kommt. Keine Konkurrentin/kein Konkurrent kann die Produktion der Entwicklung in Serie im Rahmen eines Vergabeverfahrens noch „**wegschnappen**".
- Der Auftragnehmer hat oft mehr in sein Know-how investiert, als die vom Auftraggeber vergüteten Entwicklungskosten abdecken. Außerdem greift er in vielen Fällen auf jahrelange Aufbauarbeit zurück. Weil öffentliche Auftraggeber sich nun aber nicht mehr weitreichende Verwertungsrechte an der Entwicklung sichern müssen, braucht die Entwicklerin/der Entwickler keine Sorge zu haben**, dass Know-how** im Rahmen einer Ausschreibung an die Konkurrenz **weitergegeben wird**.
- Es entfällt die fallweise Befürchtung, dass Entwicklungstätigkeiten als **Vorarbeiten** für die Ausschreibung gelten und für Unternehmen den Ausschluss vom anschließenden Vergabeverfahren bedeuten könnten.

Ein Auftraggeber, der ein innovatives Produkt entwickeln lässt, es beschaffen will und daher eine Innovationspartnerschaft durchführt, steht allerdings auch vor **Herausforderungen**:

- Er muss nach der Markterkundung ein **Vergabeverfahren** durchführen, welches einige in Kapitel 3.1. angeführte Spezialitäten im Vergleich zu normalen Vergabeverfahren aufweist.
- Für die Beurteilung der Angebote braucht es Erfahrung im F&E-Bereich.
- Zudem muss er einen **langfristigen, komplexen Vertrag** mit Innovations- bzw. F&E-spezifischen Anforderungen verfassen.
- Im Vertrag müssen bereits vor Beginn der Entwicklungsphase das Leistungsniveau sowie eine Kostenobergrenze festgehalten sein. Ist der Forschungsanteil hoch bzw. dessen Ergebnis schwer abschätzbar, fallen solche Festlegungen schwer. Der Auftraggeber trägt ein **finanzielles Risiko**, da das Projekt scheitern könnte oder im Fall der Überschreitung der Kostenobergrenze gestoppt werden müsste. In diesem Fall würde der Auftraggeber angemessene Teilbeträge für die Entwicklung bezahlt haben, die er allerdings nicht nutzen kann.
- Dazu kommt ein möglicherweise **hoher interner Aufwand** für die Durchführung des Projekts und üblicherweise für die Behebung von Anlaufschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Nutzung der entwickelten Waren, Bau- oder Dienstleistung.
- Die Gesetzeslage ist sehr offen formuliert. Die Judikatur wird im Laufe der Zeit mehr Klarheit schaffen.

PRAXISTIPP

Erfahrungen aus anderen europäischen Ländern zeigen, dass sich die Innovationspartnerschaft sowohl für sehr komplexe und langfristige Entwicklungen als auch für kurze, mit geringem Entwicklungsanteil einsetzen lässt. Fragen Sie die IÖB-Servicestelle nach Pionierprojekten. Kontaktdaten: ioeb@ioeb.at oder +43 1 245 70 817

BERATUNG

FFG als Abwicklungsstelle für F&E - Innovationspartnerschaften

Die Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft (FFG) stellt, spezifisch für die Durchführung von Innovationspartnerschaften mit einem Forschungs- und Entwicklungsanteil, ihr Know-how und ihre Förderinstrumente zur Verfügung. Sie begleitet das Projekt von der Ausschreibung bis zum Abschluss der Entwicklung und kann eine Finanzierung durch Koppelung der Innovationspartnerschaft an ihre Förderprogramme ermöglichen. Kontaktdaten: ioeb@ffg.at oder +43 5 77 550

IÖB-Servicestelle als Partnerin bei Innovationsprojekten

Die IÖB-Servicestelle identifiziert Ansatzpunkte für den Einkauf von Innovation. Sie berät zu deren Umsetzung und stellt Recherche-Instrumente, wie Open-Innovation-Challenges sowie einen Marktplatz mit vorhandenen Innovationen, zur Verfügung. Zur Innovationspartnerschaft steht sie als Erstanlaufstelle zur Verfügung und vermittelt als Trägerin von Wissen sowie Erfahrungswerten.

BBG für Projektmanagement und Rechtsberatung

Das Vergabekompetenzcenter in der Bundesbeschaffung GmbH bietet kostenlose juristische Erstauskünfte an. Die professionellen Einkäuferinnen und Einkäufer informieren zur Marktlage sowie zu Trends und übernehmen das Projektmanagement einer Innovationspartnerschaft.

Dieser Leitfaden ist in Zusammenarbeit von BBG und FFG entstanden. Alle Angaben ohne Gewähr.
Die Herausgeber schließen jede Haftung aus.

Eine Initiative von

Bundesministerium
Digitalisierung und
Wirtschaftsstandort

Bundesministerium
Klimaschutz, Umwelt,
Energie, Mobilität,
Innovation und Technologie

In Kooperation mit

BBG
BUNDESBESCHAFFUNG

Mit Unterstützung von

FFG