BHO LEGAL

Die Innovationspartnerschaft als Werkzeug innovativer Beschaffung?

Symposium Technologierecht 26. September 2019

Dr. Roderic Ortner, LL.M., FA Vergaberecht und FA IT-Recht

Inhalt

Abgrenzung zur vorkommerziellen Beschaffung

Definition der Innovationspartnerschaft

Voraussetzungen der Innovationspartnerschaft

Vergleich zum Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Beihilferecht bei der Innovationspartnerschaft

Fazit

Vorkommerzielle Beschaffung – Precommercial Procurement (PCP)

Der vorkommerziellen Beschaffung (PCP) unterfällt nicht dem Vergaberecht.

Nach PCP erfolgt in aller Regel die Beschaffung innovativer Leistungen *(public procurement of innovation solutions – **PPI**)*.

Während PCP ausschreibungsfrei ist, findet das Vergaberecht beim PPI Anwendung. Dabei handelt es sich stets um scharf getrennte Phasen:

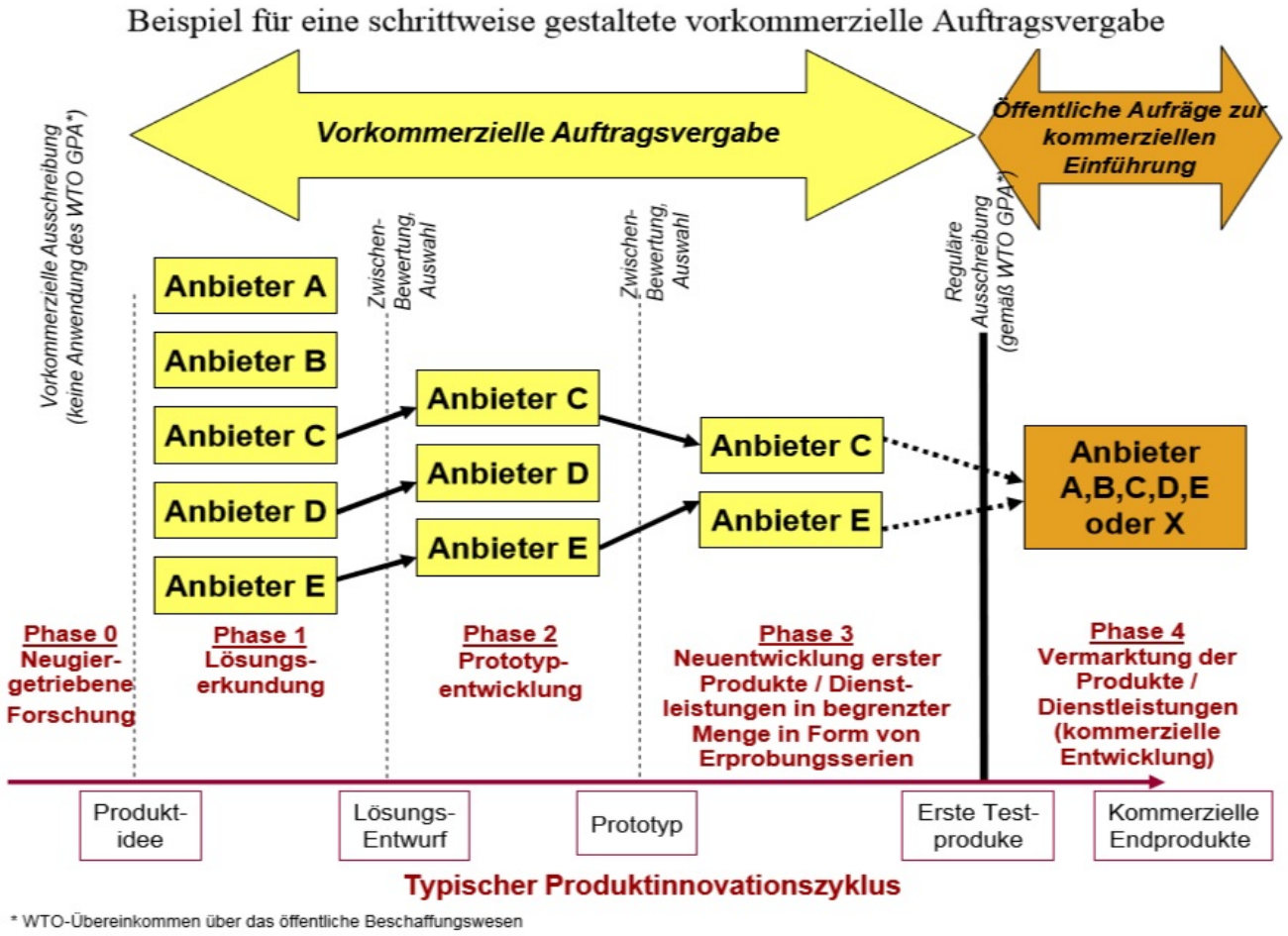
PCP / § 116 I Nr. 2 GWB

Beispiel: Ein unter HORIZON 2020 gefördertes Projekt zu Entwicklung eines einheitlichen EU-Toolkits zur besseren Analyse von Mikrofasern dient, die bei Tatorten gefunden wurden (https://www.shuttle-pcp.eu/)

PPI / § 14 I VgV

§ 14 I VgV: „Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt nach § 119 GWB im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren, im wettbewerblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft“

Vorkommerzielle Beschaffung – Precommercial Procurement (PCP)



Grafik aus der Kommissions-Mitteilung vom 14. Dezember 2007 „Vorkommerzielle Auftragsvergabe: Innovationsförderung zur Sicherung tragfähiger und hochwertiger öffentlicher Dienste in Europa“

Vorkommerzielle Beschaffung – Precommercial Procurement (PCP)

Pressemitteilung vom 24.09.2019

News from EU funded projects

Pre-commercial procurement on forensics toolkit launched

The SHUTTLE consortium - six forensics laboratories from France, Greece, Netherlands, Lithuania, Portugal and Israel - has now launched the call for tender for its pre-commercial procurement (PCP). The PCP focuses on the development of a traces analysis toolkit that will support the execution of forensic laboratories' missions. Deadline for submission of offers is 20 November 2019.

SHUTTLE

More

Vorkommerzielle Beschaffung – Precommercial Procurement (PCP)

Die Grundlage dafür, dass PCP ausschreibungsfrei ist, legt § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

> Dieser Teil *[das Vergaberecht, Anmk. Verfasser]* ist **nicht** anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, wenn diese Aufträge Folgendes zum Gegenstand haben:
>
> Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, es sei denn, es handelt sich um Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, die unter die Referenznummern des Common Procurement Vocabulary 73000000-2 bis 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 und 73430000-5 fallen und bei denen
>
> a) die Ergebnisse ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit werden und
>
> b) die Dienstleistung vollständig durch den Auftraggeber vergütet wird

Vorkommerzielle Beschaffung – Precommercial Procurement (PCP)

Hat ein Auftraggeber beispielsweise ein Interesse daran hat, dass er vollständig die gewerblichen Schutzrechte erhält, dann ist das Vergaberecht anzuwenden.

Bis 2016 gab es für solche Fälle „innerhalb des Vergaberechts“ kein gesondertes Vergabeverfahren zur Beschaffung von Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen.

Diese Lücke sollte durch die Einführung der Innovationspartnerschaft geschlossen werden (Erwägung 49 der Richtlinie 2014/24): Vergaberecht, aber das die Besonderheiten der Forschungs- und Entwicklung berücksichtigt.

Aktuell dazu: Mitteilung der Kommission vom 15.05.2018 “Leitfaden für eine innovationsfördernde öffentliche Auftragsvergabe“ C(2018) 3051 final.

Definition der Innovationspartnerschaft

§ 119 Abs. 7 GWB enthält die Definition der Innovationspartnerschaft:

> 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.

Definition der Innovationspartnerschaft

§ 19 Abs. 7 VgV ergänzt:

> 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.

Voraussetzungen der Innovationspartnerschaft

„Die zu beschaffenden Leistungen dürfen am Markt nicht verfügbar sein“

Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Markterkundung nach § 28 Abs. 1 VgV durchführen **muss**. Fraglich dabei ist, welchen Aufwand er dabei anstrengen muss. Dies ist gerichtlich noch nicht entschieden. Auch die Europäische Kommission gibt hierzu wenig sachdienliche Hinweise.

Die EU Kommission empfiehlt zwar in ihrem „Public Procurement Guidance for Practitioners“ (Februar 2018) die Verwendung der von der OECD entwickelten Vorgehensweise, welche eine Vorlage für einen Martkanalysebericht umfasst („Tool: Template for market study report“). Zum genauen Inhalt und der Tiefe der Markterkundung wird leider geschwiegen. Auch liegt dazu noch keine gefestigte Rechtsprechung vor.

Voraussetzungen der Innovationspartnerschaft

„Ziel muss die Entwicklung einer innovativen Leistung und deren anschließender Erwerb sein“

Art. 2 Richtlinie 2014/24 Begriffsbestimmungen :

22. „Innovation“ 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, u. a. mit dem Ziel, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen

Voraussetzungen der Innovationspartnerschaft

Beispiel einer Innovationspartnerschaft:

IP-Verschlüsselungssystem für Realtime-Informationen!!!

Voraussetzungen der Innovationspartnerschaft

Beispiel einer Innovationspartnerschaft:

Feuerlöschwagen???

TED-Abruf am 18.9.19 „Innovationspartnerschaft“ in DE

	Dokumentnummer	Beschreibung	Land	Datum der Veröffentlichung
	430525-2019	Deutschland-Dormagen: Mobile, modulare Containergebäude	DE	13/09/2019
	428473-2019	Deutschland-Krefeld: Instrumente zum Prüfen von physikalischen Eigenschaften	DE	12/09/2019
	385121-2019	Deutschland-Köln: Diverse Maschinen und Geräte für besondere Zwecke	DE	14/08/2019
	353841-2019	Deutschland-München: Installation von Lüftungsanlagen	DE	29/07/2019
	347047-2019	Deutschland-Kiel: Eisenbahnpersonenwagen	DE	24/07/2019
	281822-2019	Deutschland-Köln: Diverse Maschinen und Geräte für besondere Zwecke	DE	18/06/2019
	167230-2019	Deutschland-Dresden: Fahrsimulatoren	DE	10/04/2019
	140707-2019	Deutschland-Braunschweig: Windenergieanlagen	DE	27/03/2019
	137864-2019	Deutschland-Bad Abbach: Elektroinstallationsarbeiten	DE	26/03/2019
	92753-2019	Deutschland-München: Fotokopier- und Offsetdruckgeräte	DE	27/02/2019
	61299-2019	Deutschland-Berlin: Bau kompletter Wohnhäuser	DE	08/02/2019
	52640-2019	Deutschland-Stuttgart: Bereitstellung von Software	DE	04/02/2019
	8646-2019	Deutschland-Munster: Installation von Elektroanlagen	DE	09/01/2019

Doppelter Begriff der Innovationspartnerschaft

Innovationspartnerschaft

Eine **Verfahrensart** bei Ausschreibungen, die z.B. neben dem Offenen Verfahren oder dem Verhandlungsverfahren steht

„InnoP im weiteren Sinn“

§ 119 Abs. 7 GWB, § 19 VgV

Ein **Vertrag** zwischen öffentlichem Auftraggeber und einem oder mehreren Unternehmen (Partnern), der in eine Forschungs- und Entwicklungsphase sowie eine Leistungsphase strukturiert ist

„InnoP im engeren Sinn“

§ 19 Abs. 7-9 VgV

Vergleich zum Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Verhandlungsverfahren	Innovationspartnerschaft
1. **Stufe**: Teilnahmewettbewerb = Prüfung der Eignung der Unternehmen	
2. **Stufe**: Angebotswettbewerb = Prüfung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses	
Verhandlungen optional	Verhandlungen obligatorisch
Vertrag kann stets nur mit einem Unternehmen geschlossen werden	Vertrag (= InnoP kann mit mehreren Unternehmen geschlossen werden
Parallele Entwicklung **nicht** möglich	Parallele Entwicklung möglich = Forschungs- und Entwicklungsphase
Abkauf der Leistung ist verpflichtend	Abkauf der entwickelten Leistung nur, wenn das festgelegte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden = Leistungsphase

Beihilferecht bei der Innovationspartnerschaft

Öffentliche Auftraggeber und Industrieunternehmen manches Mal gegenläufige Interessen, wenn es um die Frage der Einräumung von Nutzungs- und Verwertungsrechten (Intellectual Property Rights – IPR) an den Forschungsergebnissen geht.

Staat

- Sollen für andere staatliche Stellen nutzbar sein
- Sollen für Forschung und Lehre frei sein
- Sollen haushaltsrechtlich sinnvoll sein
- Sollen keine (mittelbare) Beihilfe beinhalten

IPRs

Wirtschaft

- Sollen gewerblich verwertet (d.h. vermarktet) werden
- Sollen im Hause weiterentwickelt werden können
- Sollen von keinem anderen Unternehmen genutzt werden können

Beihilferecht bei der Innovationspartnerschaft

Beihilferechtliche Aspekte sind stets bei der Innovationspartnerschaft zu berücksichtigen.

Die Kommission führt dazu in ihrer Mitteilung aus dem Jahre 2018 aus:

Um dieses Risiko [einer unzulässigen Beihilfe, Anmk. Verf.] zu minimieren, kommt die Vermutung, dass keine staatliche Beihilfe vorliegt, nur dann zum Tragen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag über die Lieferung von Produkten bzw. die Erbringung von Dienstleistungen vergibt, die so einzigartig oder besonders sind, dass der öffentliche Auftraggeber der einzige potenzielle Auftraggeber ist und auf dem Markt außerhalb der Innovationspartnerschaft keine sonstigen potenziellen Anbieter benachteiligt werden können.

Die Vorgaben aus dem Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation sind zu beachten.

Fazit

Die Innovationspartnerschaft hat aus meiner Sicht Potential, innovative Lösungen durch Vergabeverfahren zu beschaffen. Dies könnte in Deutschland mehr genutzt werden.

Die größte Hürde stellt dabei nicht unbedingt das Haushalts- oder Preisrecht oder Vergaberecht dar, sondern das Beihilferecht. Außerdem haben Unternehmen in aller Regel kein Interesse daran, ihre gewerblichen Schutzrechte abzugeben. Dies birgt die Gefahr, dass die Innovationspartnerschaft „im Sande verläuft“.

Die größte Herausforderung wird es daher sein, die Interessen der Unternehmen zu berücksichtigen und gleichzeitig beihilferechtskonform zu bleiben. In der Mitteilung der Kommission heißt es am Ende:

Da die Möglichkeit der Begründung von Innovationspartnerschaften aufgrund der Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe … erst seit Kurzem besteht, sind noch nicht viele Praxisbeispiele für Innovationspartnerschaften verfügbar. In Zukunft sollen Beispiele in die elektronische Bibliothek des e-Kompetenzzentrums aufgenommen werden.

e-Kompetenzzentrum:

Also Abwarten und…

Kontakt

BHO Legal

Hohenstaufenring 29-37
50674 Köln

Tel.: + 49 (0) 221 270 956 0
Fax: + 49 (0) 221 270 956 222

cologne@bho-legal.com

Dr. Roderic Ortner

Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für IT-Recht

Tel.: + 49 (0) 221 270 956 120
Mobil: + 49 (0) 151 240 213 41

roderic.ortner@bho-legal.com