

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Anlass und Gang der Untersuchung	22
B. Untersuchung der Nutzung der Innovationspartnerschaft in der Praxis	24
Kapitel 1: Grundlagen der Innovationspartnerschaft	27
A. Entstehungsgeschichte und Einordnung	27
B. Rechtsgrundlagen der Innovationspartnerschaft	31
I. Vorgaben des Unionsrechts	31
II. Umsetzung im deutschen Recht	33
1. Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben	33
2. Vergleich auf verordnungsrechtlicher Ebene	34
3. Verordnungsbegründung	36
C. Relevante Vergabegrundsätze für die Innovationspartnerschaft	37
I. Wirkung der Vergabegrundsätze	39
II. Fortgeltung der vergaberechtlichen Grundsätze nach Zuschlagserteilung	42
III. Wettbewerbsgrundsatz	45
IV. Transparenzgrundsatz	47
V. Wirtschaftlichkeitsgrundsatz	50
VI. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	51
VII. Gleichbehandlungsgrundsatz	52
VIII. Weitere relevante Prinzipien	54
1. Vertraulichkeitsgebot	55
2. Strategische Beschaffungszwecke	56
3. Berücksichtigung von mittelständischen Interessen	57
D. Die Innovationspartnerschaft im System des Vergaberechts	57
I. Eingliederung in das System des Vergaberechts	58
II. Verhältnis zum offenen und nicht offenen Verfahren	60
III. Verhältnis zum Verhandlungsverfahren	61
1. Das Verhandlungsverfahren	61

2. Abgrenzung der Anwendungsbereiche	63
3. Ablauf: Gemeinsamkeiten und Unterschiede	64
4. Verweis auf den Verfahrensablauf	66
IV. Verhältnis zum wettbewerblichen Dialog	67
1. Der wettbewerbliche Dialog	68
2. Anwendungsbereich und Voraussetzungen	69
a) Meinungsstand in der vergaberechtlichen Literatur	69
b) Begriff der „innovativen Lösung“ in § 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV	70
3. Ablauf und Durchführung: Gemeinsamkeiten und Unterschiede	73
V. Subsidiarität der Innovationspartnerschaft	75
VI. Verhältnis zur vorkommerziellen Auftragsvergabe	77
VII. Beschaffung von innovativen Leistungen unterhalb der Schwellenwerte	81
VIII. Zwischenergebnis	82
Kapitel 2: Anwendungsbereich der Innovationspartnerschaft	83
A. Persönlicher Anwendungsbereich: Der Auftraggeber	83
I. Öffentlicher Auftraggeber	84
II. Sektorenauftraggeber	85
III. Anforderungen an einen Auftraggeber für die Innovationspartnerschaft	86
B. Sachlicher Anwendungsbereich	87
I. Vorgaben von Richtlinien-, Gesetz- und Verordnungsgeber	87
II. Meinungsstand in der vergaberechtlichen Literatur	90
1. Kriterien der Systematisierung	91
2. Ansicht 1: Innovation als zentrales Merkmal	92
3. Ansicht 2: Fehlende Marktverfügbarkeit als zentrales Merkmal	93
4. Ansicht 3: Fehlende Marktverfügbarkeit und Absicht zur Beschaffung einer Innovation	93
5. Ansicht 4: Notwendigkeit einer Innovation zur Erfüllung des Beschaffungsbedarfs	95
6. Ansicht 5: Wortlautwiedergabe	95
III. Herleitung der sachlichen Anwendungsvoraussetzungen	96
1. Definition des Begriffs „Innovation“	96
a) Vergaberechtliche Definition	97

b) Definition der EU-Kommission	99
c) Allgemein gebräuchliche Definition	100
d) Wirtschaftswissenschaftliche Definition	100
e) Definition von OECD und Eurostat	102
f) Zwischenergebnis	104
2. Definition des Begriffs „nicht auf dem Markt verfügbar“	104
3. Notwendigkeit einer begrifflichen Unterscheidung bei der Innovationspartnerschaft?	104
a) Begriffliche Unterscheidung im Anwendungsbereich der Innovationspartnerschaft	105
b) Folgen einer Unterscheidung für weitere vergaberechtliche Bestimmungen	107
c) Notwendige Folgen und Anpassungen der vorgenommenen Bewertung	108
4. Fehlende Marktverfügbarkeit als erste Anwendungsvoraussetzung	109
a) Pro: Praktikabilität und Abgrenzung zu anderen kooperativen Vergabeverfahren	109
b) Contra: Verfahrensbezeichnung und gemeinsame Nennung im Wortlaut	111
c) Bewertung	112
5. Entwicklung und Erwerb der innovativen Leistung als zweite Anwendungsvoraussetzung	113
6. Folgerungen für das Verhältnis zu Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialog	115
7. Zwischenergebnis	117
IV. Situativ: keine Bedarfsbefriedigung am Markt	118
1. Auslegung des Merkmals	118
a) Maßstab für die Auslegung	119
b) Relevanz des Beschaffungsgegenstandes als Ganzes	120
c) Notwendiges Ergebnis einer Forschungs- und Entwicklungsleistung?	121
d) Keine Unterscheidung abhängig vom Typ des öffentlichen Auftrags	122
2. Festlegung des Beschaffungsbedarfs	122
3. Notwendiger Innovationsgrad	125
a) Rückgriff auf die Definition von Art. 2 Abs. 1 Nr. 22 VRL	125

b) Weiterentwicklungen als Innovationsgrad ausreichend	126
4. Verbindung der Innovation mit dem zu erwerbenden Leistungsgegenstand	128
5. Begriff des Marktes	130
a) Vergabemarkt	131
b) Marktuntersuchung bei Sektorenauftraggebern	131
c) Der kartellrechtliche Marktbegriff	133
d) Folgerungen für die Innovationspartnerschaft	136
6. Notwendigkeit einer Markterkundung	137
V. Gegenständlich: Entwicklung und Erwerb der Innovation	140
1. Auslegung des Merkmals	140
2. Keine Unverhältnismäßigkeit zwischen Auftragswert und Entwicklungskosten	141
VI. Überschreitung des Schwellenwertes	143
VII. Ausnahmen vom Anwendungsbereich	144
VIII. Folgen der Eröffnung des Anwendungsbereichs	144
IX. Folgen einer Fehlbeurteilung im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich	146
C. Potentielle Auftragnehmer und mögliche Beschaffungsprojekte	146
D. Vergleich des Rechtsrahmens mit der Praxis	148
I. Auswertung der Daten aus der Praxis	148
1. Relevanz der Innovationspartnerschaft in Zahlen	148
a) Vergabeverfahren	149
b) Vergebene Aufträge	152
c) Zwischenergebnis	154
2. Auftragswert	154
3. Auftraggeber der Innovationspartnerschaft	157
4. Anwendungsbereich der Innovationspartnerschaft	158
5. Auftragnehmer	159
6. Beschaffungsprojekte	161
II. Nutzung des Rechtsrahmens in der Praxis	164
Kapitel 3: Vergabephase der Innovationspartnerschaft	167
A. Vorbereitung	168
I. Beschreibung der Nachfrage des Auftraggebers	169
II. Schätzung des Auftragswertes	171

III. Festlegung von Mindestanforderungen	172
1. Inhalt von Mindestanforderungen	173
2. Bedeutung der Mindestanforderungen	175
3. Zeitpunkt der Festlegung und Folgen für das weitere Verfahren	176
a) Festlegung mit dem Aufruf zum Wettbewerb	177
b) Nachträgliche Konkretisierung	179
IV. Weitere Anforderungen an die Auftragsbekanntmachung und Vergabeunterlagen	181
1. Angaben in der Auftragsbekanntmachung	181
a) Eignungskriterien und Teilnehmerbegrenzung	181
b) Zuschlagskriterien und Bewertungsmethode	182
c) Zulassung von Nebenangeboten	184
2. Weitere Angaben in Auftragsbekanntmachung oder Vergabeunterlagen	184
a) Notwendigkeit einer (funktionalen) Leistungsbeschreibung?	185
b) Angaben zum Ablauf des Vergabeverfahrens	188
c) Anzahl der beabsichtigten Auftragnehmer	190
d) Vertragliche Regelungen	191
aa) Strukturierung der Vertragsphase und Zwischenziele	192
bb) Maßnahmen zum Schutz des geistigen Eigentums	193
cc) Beendigung bzw. Kündigung	193
V. Zwischenergebnis	194
B. Teilnahmewettbewerb	195
I. Festlegung von Eignungskriterien und Referenzen	195
1. Allgemeine Kriterien	197
2. Inhaltliche Auslegung der besonderen Eignungskriterien der Innovationspartnerschaft	199
a) Keine Gleichsetzung mit Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen i.S.d § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB	200
b) Fähigkeiten auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung	202
c) Referenzen zum Nachweis der Eignung	205
II. Durchführung des Teilnahmewettbewerbs	208

III. Eignungsprüfung	209
IV. Teilnehmerbegrenzung	210
V. Zwischenergebnis	211
C. Verhandlungs- und Angebotsphase	212
I. Abgabe des Erstangebotes	213
1. Einordnung der „Forschungs- und Innovationsprojekte“	213
2. Anforderungen an das Erstangebot	215
a) Pflicht zur Abfrage von Erstangeboten	215
b) Möglichkeit zur Abfrage von indikativen oder verbindlichen Angeboten	216
c) Inhaltliche Anforderungen an das Erstangebot	218
d) Vergleich zum Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialog	221
3. Frist für die Einreichung der Erstangebote	222
4. Prüfung und Wertung des Erstangebots	224
II. Durchführung von Verhandlungen	226
1. Ziel der Verhandlungen und Verhandlungsbegriff	227
2. Ablauf der Verhandlungen	230
3. Gegenstand der Verhandlungen	232
a) Grenze der Verhandlungsgespräche	232
b) Notwendiger und fakultativer Inhalt der Verhandlungsgespräche	235
aa) Preise und Kosten	236
bb) Leistungsniveau	238
cc) Weitere vertragliche Bedingungen	238
4. Rückgriff auf die Vorschriften zum wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren?	240
III. Reduzierung der beteiligten Bieter und Verhandlungsstrategien	241
1. Entscheidung über eine Abschichtung	242
a) Zeitpunkt der Abschichtungsentscheidung	242
b) Rechtsfolge einer Abschichtungsentscheidung	243
c) Abschichtung auf Grundlage des Erstangebots	245
d) Reduzierung auf einen „preferred bidder“?	246
e) Mindestanzahl der verbleibenden Bieter	249
2. Maßstab einer Abschichtungsentscheidung	250
3. Verhandlungsstrategien	251

IV. Vertraulichkeit und Schutz des geistigen Eigentums	252
1. Gewährleistung von Vertraulichkeit	254
a) Verordnungsrechtliche Vorgaben und Maßnahmen während der Verhandlungen	254
b) Anforderungen an die Zustimmung des Bieters zur Informationsweitergabe	257
c) Zeitlicher Geltungsbereich des Vertraulichkeitsgebotes	260
2. Schutz des geistigen Eigentums	261
a) Systematische Einordnung	262
b) Möglicher Inhalt von Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums	263
V. Vergütung während der Vergabephase	265
VI. Anpassung von Vergabeunterlagen aufgrund der Verhandlungen	267
1. Allgemeine Anforderungen	267
2. Zuschlagskriterien	269
3. Mindestanforderungen	270
VII. Finale Angebote	270
1. Anforderungen an das finale Angebot	270
a) Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote und Frist	271
b) Inhalt der finalen Angebote	272
aa) Anforderungen an die Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes	273
bb) Bestandteile der Forschungs- und Entwicklungsphase	275
cc) Bestandteile der Leistungsphase	276
dd) Weitere Bestandteile	277
2. Zuschlagskriterien und Bewertungsmethode	277
a) Zuschlagskriterien	278
aa) Allgemeine Anforderungen	279
bb) Monetäre Zuschlagskriterien	280
cc) Nichtmonetäre Zuschlagskriterien	281
dd) Überprüfbarkeit der Einhaltung von Zuschlagskriterien	283
b) Bewertungsmethode	284
3. Wertung der finalen Angebote	286
VIII. Aufhebung des Vergabeverfahrens bei einer Marktverfügbarkeit der Leistung	287

IX. Zuschlagserteilung	289
1. Allgemeine Anforderungen an den Zuschlag	289
2. Zuschlagserteilung auf einheitliche oder unterschiedliche Verträge?	290
3. Zuschlagserteilung zugunsten mehrerer Bieter als Besonderheit der Innovationspartnerschaft	291
a) Zuschlagserteilung zugunsten mehrerer Bieter als Regelfall?	291
aa) Wettbewerbsgrundsatz und teleologische Auslegung	291
bb) Wortlaut, systematische Auslegung und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz	294
cc) Bewertung	294
b) Besonderheit der Innovationspartnerschaft gegenüber den übrigen Vergabeverfahren	295
aa) Rechtfertigung bei der Innovationspartnerschaft	296
bb) Zuschlagserteilung zugunsten mehrerer Bieter außerhalb der Innovationspartnerschaft	297
X. Besonderheiten in der Verhandlungsphase der Innovationspartnerschaft	299
1. Einschränkungen gegenüber anderen kooperativen Vergabeverfahren	299
2. Zusätzliche Möglichkeiten gegenüber anderen kooperativen Vergabeverfahren	300
3. Zwischenergebnis	302
XI. Rechtsschutz während der Vergabephase	302
1. Reichweite des vergaberechtlichen Rechtsschutzes	302
2. Bieterschützende Vorgaben während der Vergabephase	305
a) Wahl des Verfahrens	306
b) Weitere bieterschützende Vorgaben während der Vergabephase	307
c) Rüge von vertraglichen Regelungen während der Vergabephase?	307
D. Vergleich des Rechtsrahmens mit der Praxis	308
I. Auswertung der Daten aus der Praxis	309
1. Teilnahmewettbewerb	309
2. Vergabephase	310
a) Anzahl der beteiligten Unternehmen	311

b) Verhandlungen	315
c) Angebote	315
d) Zuschlagskriterien	317
e) Zuschlag	318
f) Vergütung	320
3. Rechtsschutz	320
II. Einhaltung und Nutzung des Rechtsrahmens in der Praxis	320
 Kapitel 4: Durchführung der Innovationspartnerschaft	 325
A. Forschungs- und Entwicklungsphase	326
I. Begriff der Forschung und Entwicklung	326
II. Tätigkeiten während der Forschungs- und Entwicklungsphase	328
1. Begriff der Forschung	328
2. Begriff der Entwicklung	330
3. Umfang der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten	331
a) Notwendigkeit von getrennten Tätigkeiten	331
b) Beschränkung der Tätigkeiten auf Angebotsinhalt	333
4. Wahrung der Vertraulichkeit und Weitergabe von Ergebnissen durch den Auftraggeber	334
a) Geltung auch nach Zuschlagserteilung	335
b) Konkrete Ausprägung	336
5. Festlegung des Ablaufs	337
6. Rechtliche Einordnung der Forschungs- und Entwicklungsphase	339
a) Einordnung als Bestandteil der Vertragsphase	339
b) Zivilrechtliche Einordnung	341
III. Zwischenziele	343
1. Bedeutung der Zwischenziele	343
2. Inhaltliche Anforderungen an Festsetzung der Zwischenziele	344
a) Rahmenbedingungen zur Festlegung der Zwischenziele	344
b) Konkrete Festlegung der Zwischenziele	345
3. Zeitpunkt für Festsetzung der Zwischenziele	348
IV. Vergütung	350
1. Vergütungsempfänger	351

Inhaltsverzeichnis

2. Bemessung der Vergütung	352
a) Bemessungsgrundlage	352
b) Höhe der Vergütung	355
3. Verhältnis zu den Zwischenzielen	358
V. Kündigungs- bzw. Beendigungsmöglichkeiten	359
1. Differenzierung zwischen Kündigung und Beendigung	360
2. Verhältnis zu den Zwischenzielen	361
3. Milderer Mittel gegenüber Kündigung und Beendigung: Zurückstellung	362
4. Anforderungen an die Kündigungs- bzw. Beendigungsmöglichkeit	363
a) Allgemeine Anforderungen	363
b) (Un)Abhängigkeit von dem (Nicht)Erreichen der Zwischenziele	366
c) Kündigungs- bzw. Beendigungspflicht bei Nichterreichen der Zwischenziele	369
d) Kündigung und Beendigung aufgrund von weiteren Umständen	370
e) Beendigung bei Verfügbarkeit der Leistung während der Innovationspartnerschaft	371
f) Kündigung bzw. Beendigung bei wesentlichen Änderungen des Auftrags i.S.d. § 132 Abs. 1 GWB	372
g) Zeitpunkt für eine Kündigung bzw. Beendigung	373
h) Unterschiedliche Kündigungs- und Beendigungsgründe bei einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Auftragnehmern?	375
5. Notwendigkeit und Risiken von Kündigung und Beendigung vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Innovationspartnerschaft	375
6. Folgen einer Kündigung bzw. Beendigung für die Vertragsparteien	378
a) Folgen für den ausgeschiedenen Auftragnehmer	378
b) Folgen für den Auftraggeber	379
B. Leistungsphase	380
I. Keine weitere Unterteilung der Leistungsphase	381

II. Leistungserwerb	382
1. Voraussetzungen für eine Abnahme	382
a) Abnahmeverpflichtung	383
b) Inhalt von Leistungsniveau und Kostenobergrenze	384
c) Zulässigkeit weiterer Parameter für die Entscheidung über den Leistungserwerb	385
2. (Un-)Zulässigkeit des Leistungserwerbs bei Nichteinhaltung der festgelegten Grenzen	386
3. Rechtliche Einordnung des Erwerbs der entwickelten Leistung	390
III. Vergütung der erworbenen Leistung	392
C. Verordnungsrechtliche Vorschriften als Vorgaben zur Vertragsgestaltung	393
I. Einordnung der Vorgaben zur Vertragsdurchführung	393
II. Inhaltliche Vorgaben an die Vertragsdurchführung als Besonderheit der Innovationspartnerschaft	395
III. Durchführung der Innovationspartnerschaft im Spannungsfeld zwischen Vergaberecht und Vertragsdurchführung	397
1. Spannungsfelder bei der Innovationspartnerschaft	397
2. Verordnungsrechtliche Vorgaben zur Auflösung der entstehenden Spannungsfelder?	401
a) Zuschlag zugunsten mehrerer Unternehmen und Durchführung getrennter Forschungs- und Entwicklungstätigkeit	401
b) Möglichkeit zur Kündigung bzw. Beendigung	402
c) Verpflichtung zur Vertraulichkeit	403
d) Vergütung	404
e) Zwischenziele	405
f) Verpflichtung zum Leistungserwerb bei Einhaltung von Leistungsniveau und Kostenobergrenze	405
g) Rechte des geistigen Eigentums	406
h) Maßnahmen im Vergabeverfahren	407
3. Zwischenergebnis	407
D. Rechtsschutz nach Zuschlagserteilung	409
I. Folgen des Modells der Innovationspartnerschaft für den Rechtsschutz	409
II. Vergütung	410

Inhaltsverzeichnis

III. Kündigung	411
IV. Leistungsphase	412
V. Verpflichtung zur vorherigen Rüge im Vergabeverfahren?	413
E. Vergleich des Rechtsrahmens mit der Praxis	416
I. Auswertung der Daten aus der Praxis	416
1. Forschungs- und Entwicklungsphase	417
a) Zwischenziele	417
b) Vergütung	418
c) Kündigungs- bzw. Beendigungsmöglichkeiten	418
d) Anpassung durch Änderungsbekanntmachungen	419
2. Leistungsphase	420
a) Festlegung von Leistungsniveau und Kostenobergrenze	420
b) Verpflichtung zum Leistungserwerb	421
c) Anpassung durch Änderungsbekanntmachung	422
3. Rechtsschutz	423
II. Nutzung des Rechtsrahmens der verordnungsrechtlichen Vorgaben in der Praxis	423
1. Forschungs- und Entwicklungsphase	423
2. Leistungsphase	425
Kapitel 5: Ergebnisse und Schlussfolgerungen	427
A. Gesamtvergleich von Rechtsrahmen und Praxis	427
I. Ergebnisse der Untersuchung des Rechtsrahmens	427
II. Nutzung und Probleme der Innovationspartnerschaft in der Praxis	432
B. Ein neues Vergabeverfahren und Vertragsmodell	434
C. Reformbedarf	437
D. Fazit	439
Zusammenfassung der Arbeit in Thesen	441
Literaturverzeichnis	455
Anhang: Verzeichnis der untersuchten Bekanntmachungen	449