



Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss

INT/399
"Vorkommerzielle
Auftragsvergabe"

Brüssel, den 22. Oktober 2008

STELLUNGNAHME

des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses

zu der

"Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Vorkommerzielle Auftragsvergabe: Innovationsförderung zur Sicherung tragfähiger und hochwertiger öffentlicher Dienste in Europa"

KOM(2007) 799 endg.

Die Kommission beschloss am 14. Dezember 2007, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss gemäß Artikel 262 des EG-Vertrags um Stellungnahme zu folgender Vorlage zu ersuchen:

"Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Vorkommerzielle Auftragsvergabe: Innovationsförderung zur Sicherung tragfähiger und hochwertiger öffentlicher Dienste in Europa"

KOM(2007) 799 endg.

Die mit den Vorarbeiten beauftragte Fachgruppe Binnenmarkt, Produktion und Verbrauch nahm ihre Stellungnahme am 1. Oktober 2008 an. Berichtersteller war Herr VAN IERSEL.

Der Ausschuss verabschiedete auf seiner 448. Plenartagung am 21.-23. Oktober 2008 (Sitzung vom 22. Oktober) mit 70 Ja-Stimmen bei 1 Stimmenthaltung folgende Stellungnahme:

*

* *

1. **Schlussfolgerungen und Empfehlungen**

- 1.1 Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) unterstützt die Europäische Kommission voll und ganz in ihrem Ziel, die Schaffung von Anreizen für Innovationen durch die öffentliche Auftragsvergabe in ganz Europa zu fördern. Europa kann seine Führungsrolle bei der kosteneffizienten Erbringung hochwertiger öffentlicher Dienstleistungen für die Bürger zum Wohl der Wirtschaft und des sozialen Umfelds und unserer Umwelt nur behaupten, wenn Innovationen und technischer Fortschritt optimal im öffentlichen Dienst eingesetzt werden.
- 1.2 Der EWSA schließt sich den Empfehlungen der Kommission bezüglich des "*intelligenten Kunden*" an, da damit der Weg bereitet wird für mehr Eigeninitiative im Rahmen eines modernen Beschaffungswesens in öffentlichen Behörden. Eine öffentliche Auftragsvergabe, die im stärkeren Maße nach *intelligenten Kriterien* erfolgt, wird im Regelfall der Qualität der Verträge mit den privaten Auftragnehmern zugute kommen.
- 1.3 Der EWSA stimmt mit der Kommission darin überein, dass die Förderung der Möglichkeiten für Innovation und angewandte Technologien im öffentlichen Beschaffungswesen für Europa in zweierlei Form Früchte tragen wird: erstens durch eine Verbesserung der Qualität sowie des Kosten-Nutzen-Verhältnisses, was dem Steuerzahler zugute kommt, und zweitens durch die Erschließung neuer Innovationschancen für die Wirtschaft, womit ein Beitrag zu Europas Innovationskraft und Wettbewerbsfähigkeit insgesamt geleistet wird.

- 1.4 Der EWSA betont, dass unabhängig von den potenziellen Vorteilen neuer oder anderer Ansätze im öffentlichen Beschaffungswesen die korrekte Umsetzung und Anwendung der 2004 erlassenen Richtlinien¹ (nachstehend: die Richtlinien) ein vorrangiges Ziel bleibt. Traditionelle und kulturell bedingte Haltungen sind häufig tief verwurzelt. In der Praxis hat sich gezeigt, dass für eine korrekte Umsetzung in den Mitgliedstaaten eine fortwährende genaue Beobachtung sowie der Erfahrungsaustausch und die Verbreitung guter Praktiken erforderlich sind.
- 1.4.1 Das öffentliche Beschaffungswesen erstreckt sich heute auf ein breites Spektrum von Bereichen und es gibt neue Paradigmen. Der EWSA hebt hervor, dass klar zu unterscheiden ist zwischen der Auftragsvergabe durch Behörden und der Auftragsvergabe durch öffentliche Versorgungsunternehmen, insbesondere mit Blick auf die Förderung der Innovation. Versorgungsunternehmen, die zum großen Teil seit über 100 Jahren an innovativen Projekten beteiligt sind, verfügen über mehr fachliche Kenntnisse und Erfahrung mit Projekten im Hochtechnologiebereich und können daher neue Innovationen gut bewältigen. Das gleiche gilt für den Bereich Verteidigung, obgleich Europa hier im Vergleich zu den USA nicht über große Haushaltsmittel und eine entsprechende Basis von Anbietern auf dem gesamten Kontinent verfügt. Aus diesem Grund sind vornehmlich Behörden Gegenstand dieser Stellungnahme, da Versorgungsunternehmen bereits die Fähigkeit zur Bewältigung von FuE-Tätigkeiten besitzen.
- 1.5 Die Kommission ist offenbar sehr zuversichtlich, dass sich nützliche Erfahrungen aus den USA bei der Verknüpfung von Technologie, Innovation und öffentlichem Beschaffungswesen auf Europa übertragen lassen. Der EWSA befürchtet jedoch, dass sich vergleichbare Möglichkeiten nicht so einfach schaffen lassen. In Europa wurden das öffentliche Beschaffungswesen und die damit verbundene Innovation auf den Märkten der Versorgungsunternehmen und im Rüstungsbereich bislang im Wesentlichen auf der Grundlage einzelstaatlicher Gegebenheiten und Erfahrungen entwickelt.
- 1.6 Das öffentliche Beschaffungswesen in Europa unterscheidet sich grundsätzlich von dem der Vereinigten Staaten, weil in Europa folgende Voraussetzungen nicht gegeben sind:
- ein einheitlicher großer Markt und ähnliche Bedingungen für alle KMU der Hochtechnologiebranche auf dem gesamten Kontinent;
 - eine gemeinsame Sprache;
 - die Sonderbeziehungen zwischen dem Pentagon und den technologiebasierten Unternehmen;
 - die Nutzung von Ergebnissen im Rüstungsbereich für zivile Produkte und Anwendungen.
- 1.7 Der EWSA schließt sich ausdrücklich der Auffassung der Kommission an, wonach jede Möglichkeit der Innovationsförderung für qualitativ hochwertigere und kosteneffizientere öffentliche Dienstleistungen genutzt werden muss. Die Kommission sollte zu diesem Zweck die Behörden auch bei der gegenseitigen Nutzung bewährter Verfahren unterstützen.

¹ Richtlinien von 2004: 2004/17/EG betreffend die Versorgungsunternehmen und 2004/18/EG betreffend Behörden.

- 1.8 Die öffentlichen Auftraggeber sollten durch Anreize dazu gebracht werden, sich innovativen und alternativen Lösungen (d.h. Varianten) zu öffnen und ihr Beschaffungswesen nicht unbedingt in der gleichen Weise wie bisher fortzuführen. Ihr Ziel sollte ein gutes Kosten-Nutzen-Verhältnis und nicht nur der günstigste Preis sein. Der Austausch zwischen Wissenszentren, die in einigen Mitgliedstaaten in diesem Bereich tätig sind, kann dazu beitragen, beispielgebende Maßstäbe für ganz Europa zu setzen. Dadurch können öffentliche Auftraggeber unterstützt werden, die erforderlichen Fähigkeiten, die einen *intelligenten* Kunden ausmachen, zu entwickeln und dann schrittweise damit Erfahrung zu sammeln. Diese Fähigkeiten und die Erfahrung sind unabdingbar.
- 1.9 Im Hinblick auf Innovationen müssen die öffentlichen Auftraggeber lange vor der Ausschreibung des Auftrags transparente Gespräche über technische Fragen führen, um den neuesten Stand der Technik auf dem Markt zu ermitteln und den Marktteilnehmern Gelegenheit zu geben, das zu lösende Problem besser zu verstehen und dadurch optimale Lösungen anzubieten.
- 1.10 Der EWSA rät zur Vorsicht, wenn es darum geht, öffentliche Behörden am Innovationsprozess zu beteiligen oder als frühzeitige Nutzer der Innovationen einzubinden; das gilt für das Gros der Behörden. Allzu oft haben die Behörden die Chance verpasst, die notwendigen Fähigkeiten und Erfahrungen für die Teilnahme an echten Innovationsprojekten zu entwickeln. Es bestehen erhebliche Risiken und ein Management von höchster Qualität ist nötig, denn die Möglichkeit eines Scheiterns solcher Projekte ist durchaus real.
- 1.11 Deshalb sollte in den Mitgliedstaaten ein Netz erfahrener Fachleute und Gremien geschaffen werden, auf das ein öffentlicher Auftraggeber gegebenenfalls zurückgreifen kann, um seine eigenen Ressourcen bei komplexeren Innovationsvorhaben zu verstärken.
- 1.12 Im Anhang werden kurz die Verfahren der vorkommerziellen Auftragsvergabe umrissen, die aufgrund von Ausnahmebestimmungen² nicht in den Geltungsbereich der Richtlinien fallen, jedoch trotzdem im Einklang mit dem bestehenden Rechtsrahmen stehen; es besteht jedoch trotzdem die Möglichkeit, dass damit - wenn auch unwissentlich - gegen Vorschriften verstoßen wird. Der EWSA empfiehlt den Auftraggebern, den Anhang und die darin enthaltenen Empfehlungen zu berücksichtigen. Besteht beim öffentlichen Auftraggeber oder bei einem der potenziellen Auftragnehmer auch nur der geringste Zweifel, dann sollte sich der Auftraggeber nach Ansicht des EWSA unbedingt vorab von der Kommission bescheinigen lassen, dass kein Verstoß gegen die Vorschriften über staatliche Beihilfen oder gegen die

2

Ausnahmebestimmungen:

- *Versorgungsunternehmen*: Art. 24 Buchstabe e. Aufträge für Dienstleistungen, die vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgeschlossen sind: Diese Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben: [...] e) Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, deren Ergebnisse nicht ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind, sofern die Dienstleistung vollständig durch den Auftraggeber vergütet wird.
- *Behörden*: Art. 16 Buchstabe f. - Besondere Ausnahmen. Diese Richtlinie findet keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben: [...] f) Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, deren Ergebnisse nicht ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind, sofern die Dienstleistung vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet wird.

Ausnahmebestimmungen der Richtlinien vorliegt, und diese Bescheinigung allen potenziellen Auftragnehmern zusenden.

- 1.13 Die Kommission betont zu Recht die Bedeutung des Schutzes der Rechte des geistigen Eigentums. Der EWSA fügt dem hinzu, dass bei der Feststellung, Gewährung und Verwaltung dieser Rechte große Sorgfalt angebracht ist. Es handelt sich hier nicht um einen einfachen Tätigkeitsbereich.

2. **Hintergrund und Kontext**

- 2.1 Im Jahr 2004 erließ der Rat Richtlinien über die Auftragsvergabe durch öffentliche Versorgungsunternehmen³ und Behörden⁴; das Volumen dieser beiden Bereiche macht zusammen ungefähr 16% des europäischen BIP aus.
- 2.2 Mit diesen Richtlinien wurde das Ziel verfolgt, einen schlüssigen Rahmen diskriminierungsfreier und transparenter Vorschriften festzulegen, der die Öffnung von bis dato völlig oder teilweise abgeschotteten Märkten sicherstellt und damit den Wettbewerb unter den Anbietern sowie ein für die Regierungen und Bürger günstigeres Preis-Leistungs-Verhältnis fördert.
- 2.3 Der Wortlaut der endgültigen Vorschläge wurde lange und ausführlich diskutiert, um sicherzustellen, dass die Richtlinien praktisch anwendbar und für das Erreichen dieses Ziels geeignet sind.
- 2.4 In der Zwischenzeit ist die Umsetzung der Richtlinien in einzelstaatliches Recht im Gange. Die praktische Anwendung auf nationaler und regionaler Ebene erweist sich jedoch bei weitem nicht als einfach. Die Verfahren erfordern Fähigkeiten, Professionalität und Erfahrung, über die die öffentlichen Auftraggeber häufig nicht in ausreichendem Maße verfügen. In vielen Fällen lernen sie zu langsam.
- 2.5 Innovation ist ein zentrales Thema der Lissabon-Strategie und deshalb haben die Mitgliedstaaten und die Kommission eine Reihe von Initiativen eingeleitet, um zu prüfen, wie Innovationen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens auf der Grundlage der genannten Richtlinien gefördert werden können, und entsprechende Vorschläge auszuarbeiten.

³ 2004/17/EG.

⁴ 2004/18/EG.

2.6 Die Kommission hat in jüngster Zeit unter anderem folgende Initiativen ergriffen:

- zehn Empfehlungen für ein erfolgreiches öffentliches Beschaffungswesen⁵ ("Zehn-Punkte-Leitfaden");
- Gespräche zwischen Kommissionsbeamten, IKT⁶-Forschungsdirektoren in den Mitgliedstaaten, in deren Ergebnis konkrete Vorschläge für die vorkommerzielle Auftragsvergabe⁷ formuliert wurden, die in Abschnitt 4 dieser Stellungnahme näher untersucht werden;
- die Initiative der GD Umwelt im Bereich Technologieüberprüfung und Umweltzertifikate im Rahmen des Aktionsplans für Umwelttechnologie (ETAP)⁸;
- in der GD Forschung hat eine Gruppe von Fachleuten im Bereich Risikomanagement im öffentlichen Beschaffungswesen ihre Arbeit aufgenommen.

2.7 Die Initiativen der Kommission stützen sich auf verschiedene wegbereitende Berichte wie zum Beispiel den Aho-Bericht "Creating an Innovative Europe"⁹ und die Mitteilung "Eine Pilotmärkte-Initiative für Europa"¹⁰ und sie orientieren sich an diesen. In beiden Dokumenten wird ausdrücklich festgestellt, dass öffentliche Aufträge eine wichtige Quelle für innovative Bauleistungen, Produkte und Dienstleistungen sein können und müssen¹¹. In der Mitteilung über eine Pilotmärkte-Initiative werden sechs für Innovationsvorhaben besonders geeignete Bereiche¹² genannt, von denen fünf großes Potenzial für Innovationen im öffentlichen Bereich bieten.

2.8 Im Zuge der Konsultationen von Interessenträgern wurden eine Reihe von Kriterien für Pilotmärkte festgelegt, darunter die "Orientierung an der Nachfrage statt Technologieschub" und das "strategische und wirtschaftliche Interesse", die beide für öffentliche Auftraggeber besonders von Belang sind. In allen Konsultationen wurde gemeinhin die Notwendigkeit hervorgehoben, dass das öffentliche Beschaffungswesen stärker als bisher innovative Bauleistungen, Produkte und Dienstleistungen in Europa fördern muss.

5 Kommissionsdokument "Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice", SEK(2007) 280, (Leitfaden für die Übernahme innovativer Lösungen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens – 10 Elemente der guten Praxis).

6 IKT: Informations- und Kommunikationstechnologien.

7 "Vorkommerzielle Auftragsvergabe: Innovationsförderung zur Sicherung tragfähiger und hochwertiger öffentlicher Dienste in Europa", KOM(2007) 799 endg. und Anhänge. SEK(2007) 1668.

8 Vorrangige Aktionen von ETAP sind: Förderung von Forschung und Entwicklung, Mittelbeschaffung, Beitrag zur Ankurbelung der Nachfrage und Verbesserung der Marktbedingungen.

9 "Creating an Innovative Europe", Bericht der unabhängigen Sachverständigengruppe für FuE und Innovation, die im Ergebnis des Gipfels in Hampton Court eingesetzt wurde (Januar 2006).

10 "Eine Leitmarktinitiative für Europa", KOM(2007) 860 endg.

11 Ein weiteres erwähnenswertes Kommissionsdokument ist zum Beispiel die 2005 veröffentlichte Mitteilung "Mehr Forschung und Innovation - In Wachstum und Beschäftigung investieren: Eine gemeinsame Strategie", ISBN 92-894-9417-4.

12 Elektronische Gesundheitsdienste ("eHealth"), Schutxtextilien, nachhaltiges Bauen, Recycling, biobasierte Produkte und erneuerbare Energie.

- 2.9 Der im März 2007 veröffentlichte Zehn-Punkte-Leitfaden ist ein Ergebnis des Aho-Berichts. In ihm werden Leitlinien dazu festgelegt, wie innovative Lösungen im öffentlichen Beschaffungswesen am besten zu fördern sind; genannt werden zehn wichtige Punkte, um ein erfolgreicher *intelligenter* Kunde zu werden¹³. Die Thematik *intelligenter* Kunde wird weiter unten in Ziffer 3.14 erörtert.
- 2.10 In der Mitteilung über die vorkommerzielle Auftragsvergabe¹⁴ führt die Kommission ein neues Instrument zur Ankurbelung der Innovation im öffentlichen Beschaffungswesen ein. Die Kommission beabsichtigt, unter Beachtung der Bestimmungen der Richtlinien von 2004 FuE-Dienstleistungsverträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Anbietern zu fördern, die sich auf die FuE-Phasen vor der kommerziellen Nutzung erstrecken. Diese Förderung umfasst die Phasen Entwurf, Prototypentwicklung, Erprobung und weitere Phasen im Vorfeld der Fertigung, endet jedoch kurz vor kommerzieller Herstellung und Vertrieb.
- 2.11 Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss begrüßt ausdrücklich alle Bemühungen, Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen zu fördern. Daher begrüßt er alle Dokumente und unterstützt die anschließenden Konsultationen und Gespräche zwischen politischen Entscheidungsträgern und öffentlichen Auftraggebern, mit denen der Boden bereitet wird für einen Ausbau des Innovationspotenzials der Wirtschaft in der EU zum Nutzen der Gesellschaft.
- 2.12 Gegenstand dieser Stellungnahme ist jedoch, folgende Fragen zu untersuchen:
- der Begriff der vorkommerziellen Auftragsvergabe im Sinne der Mitteilung und des Anhangs dazu;
 - Wie kann die vorkommerzielle Auftragsvergabe neben anderen Initiativen zu einem besseren Innovationsklima für die angestrebten Neuerungen bei Bauleistungen, Produkten und Dienstleistungen beitragen?
 - In welchem Umfang und in welcher Form verfügt das öffentliche Beschaffungswesen über geeignete Instrumente zur Innovationsförderung bei öffentlichen Dienstleistungen?
 - Wo genau liegen hier die Grenzen und die Risiken?

3. **Bemerkungen**

- 3.1 Im Zehn-Punkte-Leitfaden¹⁵ werden zehn vorbildliche Verfahren beschrieben, die den Behörden eine Hilfe bei der effizienten Einführung innovativer Lösungen im öffentlichen Beschaffungswesen sein sollen; der Leitfaden stellt damit eine gute Grundlage dar, auf der aufgebaut

13 Kommissionsdokument "Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice", SEK(2007) 280, (Leitfaden für die Übernahme innovativer Lösungen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens – 10 Elemente der guten Praxis).

14 "Vorkommerzielle Auftragsvergabe: Innovationsförderung zur Sicherung tragfähiger und hochwertiger öffentlicher Dienste in Europa", KOM(2007) 799 endg. und Anhänge. SEK(2007) 1668.

15 Kommissionsdokument "Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice", SEK(2007) 280, (Leitfaden für die Übernahme innovativer Lösungen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens – 10 Elemente der guten Praxis).

werden kann. Um die Empfehlungen des Leitfadens in die Praxis umzusetzen, sind jedoch noch größere Anstrengungen erforderlich. In einigen Bereichen ist positiveres Handeln nötig, in anderen ist Vorsicht geboten.

- 3.2 Für ein erfolgreiches öffentliches Beschaffungswesen sind gute Verfahren notwendig, die im Einklang mit den Richtlinien stehen. Die Richtlinien dienen der Förderung des europäischen Binnenmarktes und stärken damit Europas Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen Wirtschaftsräumen mit großen Binnenmärkten. Gute Verfahren ("Good Practice") und die Richtlinien bilden hier eine untrennbare Einheit.
- 3.3 In einigen Mitgliedstaaten ist der Prozess der Umsetzung der Richtlinien von 2004 in nationales Recht noch im Gang (siehe Ziffer 2.4), während in anderen Ländern Widersprüche zum einzelstaatlichen Recht bestehen. Derartige Mängel erschweren die volle Nutzung der Vorteile, welche die Richtlinien bieten.
- 3.4 In praktischer Hinsicht ist es aufgrund der insgesamt zunehmenden Komplexität öffentlicher Beschaffungsaufträge natürlich notwendig, die Fähigkeiten und die Erfahrung aller Beteiligten zu verbessern. Insbesondere sollte in der gesamten Organisationsstruktur des öffentlichen Auftraggebers eine geeignete Kultur für die erfolgreiche Umsetzung komplexer Projekte gefördert werden.
- 3.5 Für eine prosperierende Innovationstätigkeit ist ein großer und leicht zugänglicher Markt von wesentlicher Bedeutung. Nur so lohnt sich der in Innovationen investierte Aufwand - Geld, Zeit, Kraft. Innovationen sind sehr wichtig für das Wachstum und die Stärkung der Wirtschaft.
- 3.6 Im Zuge der Lissabon-Agenda von 2000 wurde entschieden, dass auch das öffentliche Beschaffungswesen Anreize und Unterstützung für die Innovationstätigkeit bieten muss.
- 3.7 Die in Ziffer 2 genannten wichtigsten Kommissionsdokumente zum Thema Innovation beziehen sich im Allgemeinen auf die beiden Bereiche Behörden und öffentliche Versorgungsunternehmen, ohne zwischen diesen zu unterscheiden. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss möchte jedoch deutlich auf die vorhandenen Wesensunterschiede zwischen den Organisationen dieser beiden Bereiche hinweisen.
- 3.8 Öffentliche Versorgungsunternehmen sind - ebenso wie das Militär und das öffentliche Gesundheitswesen - bereits seit langem Förderer, Nutzer, Auftraggeber und Entwickler von Innovationsprojekten und verfügen deshalb über die erforderlichen Fähigkeiten und Erfahrung. Auf ihre Managererfahrung im Umgang mit den Risiken und der Komplexität von Innovationen sollte nicht leichtfertig verzichtet werden.
- 3.9 Öffentliche Behörden können von öffentlichen Versorgungsunternehmen, vom Militär und von anderen erfahrenen Sektoren lernen, wie man ein Innovationsprojekt erfolgreich abwickelt. Nicht zuletzt können sie ein besseres Verständnis dafür entwickeln, welche Ressourcen aus der gesamten Organisation dem Projekt gewidmet werden müssen. Die Einstellung ehe-

maliger Mitarbeiter aus den einschlägigen Abteilungen der Organisationen, welche seit kurzem im Ruhestand sind, aber noch einige Jahre erwerbstätig bleiben wollen, wäre auf kurze Sicht denkbar und eine Quelle wertvoller Erfahrung.

- 3.10 Innovation bedeutet, neue Wege des Handelns einzuschlagen. Das kann sich in einer Bauleistung, einer Lieferung oder einer Dienstleistung niederschlagen. Forschung und Entwicklung sind wesentliche Voraussetzungen für ein Innovationsprojekt. Dabei ist stets zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschung zu unterscheiden: Grundlagenforschung wird im Wesentlichen durch Hochschulen und Forschungseinrichtungen betrieben; sie liefert das theoretische und praktische Fundament, auf dem die angewandte Forschung und Entwicklung aufbauen können. Die angewandte Forschung besteht in der theoretischen und praktischen Arbeit zur Herstellung einer Grundlage für die Entwicklung eines oder mehrerer Projekte. Um Grundlagenforschung geht es in dieser Stellungnahme nicht, oder nur in dem Maße, wie die vorkommerzielle Auftragsvergabe wie in Ziffer 4 beschrieben als Grundlagenforschung angesehen werden kann.
- 3.11 Bezüglich der Art und Weise der Verwaltung und Abwicklung eines Innovationsprojekts gibt es grundsätzlich keinen großen Unterschied zwischen dem öffentlichen Sektor und der Privatwirtschaft. Natürlich gibt es kleinere Unterschiede: die öffentliche Hand unterliegt viel stärker der Überprüfung, gegen die die Privatwirtschaft weitgehend abgeschirmt ist. Bei jeder bahnbrechenden Neuentwicklung wird es natürlich Misserfolge geben; das ist der Preis des Fortschritts. Durch eine geeignete Disziplin sollten die Misserfolge auf ein Mindestmaß reduziert und versucht werden, aus ihnen zu lernen, doch zu langes Zaudern hemmt die Weiterentwicklung.
- 3.12 Im 2004 verabschiedeten Wortlaut der Richtlinien sind bereits öffentliche Aufträge in Verbindung mit Innovationen vorgesehen. Es bedarf keiner weiteren Rechtsvorschriften, sondern lediglich eines Einvernehmens darüber, wie in diesem Rechtsrahmen Innovationsprojekte abgewickelt werden können.
- 3.13 Bei allen mit Innovationen verknüpften Projekten wie auch bei vielen anderen Projekten sollte der Auftraggeber die Eigenschaften eines *intelligenten* Kunden haben. Diese Eigenschaften werden in dem Zehn-Punkte-Leitfaden eingehend behandelt und in dieser Stellungnahme aufgrund ihrer großen Bedeutung hervorgehoben.
- 3.14 Ein *intelligenter* Kunde braucht im Wesentlichen eine für neue Ideen offene Grundeinstellung gepaart mit der erforderlichen Disziplin, um diese Ideen managen zu können. Er braucht Mitarbeiter mit Erfahrung und erworbenen Fähigkeiten auf dem Gebiet der Leitung und Abwicklung innovativer Projekte. Am wichtigsten ist jedoch, dass seine Organisation bis in die Führungsspitze auf die Erfordernisse von Innovationsprojekten ausgerichtet ist. Eine solche Kultur ist Voraussetzung für den Erfolg der Mitarbeiter an der Projektbasis.
- 3.15 Es ist sinnvoll, Innovationsprojekte in drei Kategorien zu unterteilen, von denen jede eigene besondere Merkmale aufweist, wobei es auch allen Kategorien gemeinsame Aspekte gibt. So-

fern nichts anderes angegeben ist, umfasst der Begriff "Produkt" im Rahmen dieser Stellungnahme sowohl Bauleistungen als auch Lieferungen sowie Dienstleistungen.

3.16 Die drei Kategorien:

- a) Annahme eines innovativen Produkts zur Deckung eines festgelegten Bedarfs, das jedoch kaum oder gar keine Auswirkungen auf die Geschäftsabwicklung durch den Auftraggeber hat. Es bietet Vorteile bei geringen Risiken und ist kaum mit Störungen verbunden.
- b) Übernahme eines innovativen Produkts, für das der Auftraggeber seine Geschäftsabwicklung anpassen muss. Es bietet potenziell beträchtliche Vorteile, ist jedoch mit bestimmten Risiken verbunden und erfordert die Ausarbeitung neuer Verfahren und eine Schulung der Mitarbeiter.
- c) Die Beteiligung an einem innovativen Projekt. Die Beteiligung des Auftraggebers kann in unterschiedlichem Maße ausgeprägt sein und von wirklich gemeinsamen Projekten, die von der Definitionsphase an zusammen entwickelt werden, bis zur frühzeitigen Nutzung von Betaversionen¹⁶ in der Erprobungsphase und zum Kauf erster Exemplare aus der Vorproduktionsphase reichen.

3.17 Die aus unmittelbarer Sicht wichtigste und für die Innovationsförderung wirksamste Kategorie der Beteiligung öffentlicher Auftraggeber an Innovationen ist die unter a) genannte Form, die auch die am einfachsten umzusetzende ist. Sie erfordert, dass der Auftraggeber sich für Varianten¹⁷ - alternative Lösungen - öffnet und über Mitarbeiter verfügt, die in der Lage sind, abweichende Angebote nach dem Kriterium "wirtschaftlich am günstigsten" zu bewerten.

3.18 Kategorie (b) ist nützlich für Auftraggeber, die mit dem Einsatz eines neuartigen Produkts Verbesserungen ihrer Tätigkeit anstreben, womit oft ein gewisses Maß an notwendiger Entwicklungsarbeit zur Integration des neuartigen Produkts in die Tätigkeit des Unternehmens

¹⁶ Die Begriffe Alpha- and Beta-Testphase stammen aus der Softwarebranche.

Die Alphatestphase ist eine simulierte oder tatsächliche operative Erprobung durch einen potenziellen Nutzer oder durch ein unabhängiges Testgremium und findet gewöhnlich in den Räumlichkeiten des Entwicklers statt.

Auf den Alphatest folgt der Betatest. Als Betaversionen bekannte Softwareversionen werden an einen begrenzten Benutzerkreis außerhalb des Programmiererteams ausgegeben, um durch weitere unabhängige Tests sicherzustellen, dass das Produkt so wenig wie möglich Restfehler hat.

¹⁷ Richtlinie betreffend die Behörden 2004/18/EG, Artikel 24 - Varianten

(1) Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, können die öffentlichen Auftraggeber es zulassen, dass die Bieter Varianten vorlegen.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung an, ob Varianten zulässig sind; fehlt eine entsprechende Angabe, so sind keine Varianten zugelassen.

(3) Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu, so nennen sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen, und geben an, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind.

(4) Die öffentlichen Auftraggeber berücksichtigen nur Varianten, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen. Bei den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- oder Dienstleistungsaufträge dürfen öffentliche Auftraggeber, die Varianten zugelassen haben, eine Variante nicht allein deshalb zurückweisen, weil sie, wenn sie den Zuschlag erhalten sollte, entweder zu einem Dienstleistungsauftrag anstatt zu einem öffentlichen Lieferauftrag bzw. zu einem Lieferauftrag anstatt zu einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag führen würde.

verbunden ist. Diese Kategorie erfordert die Fähigkeit, die Anforderungen klar und ohne übermäßig restriktive Bedingungen zu beschreiben, und bedingt die Beteiligung von Mitarbeitern aus dem Kreis der Nutzer und der technischen Abteilungen des Auftraggebers. Die vom Auftraggeber einzusetzenden Ressourcen sind nicht unbedeutend, doch bei einem guten Projektmanagement sind die mit der Integration verbundenen Risiken zu bewältigen und wird der Nutzen gegenüber den investierten Anstrengungen überwiegen.

- 3.19 Die unter c) genannte ist die schwierigste Kategorie. Die Definition und Entwicklung völlig neuer Lösungen von Null an ist natürlich mit einem höheren technischen Risiko verbunden als Teiländerungen zur Anpassung oder Integration von Marktneuheiten in bestehende Prozesse (Kategorie b). Neben den in Ziffer 3.8 genannten Organisationen (Militär usw.) haben nur wenige Einrichtungen die notwendigen Fähigkeiten und Erfahrung für die Teilnahme an einem wirklich innovativen Projekt der Kategorie c). Die Projekte sind mit erheblichen Risiken verbunden und erfordern deshalb ein Management von höchstem Niveau. Am Ende winkt ein beträchtlicher Nutzen – nur so haben diese Projekte Sinn, doch die Möglichkeit des Scheiterns ist überaus real. In der Mitteilung der Kommission geht es um eine Art von Projekten, die in Kategorie c) fällt.
- 3.20 In der Mitteilung wird vorausgesetzt, dass ein Auftraggeber ein Innovationsprojekt bis zur eigentlichen Entwicklung der ersten Produkte als Beschaffung von FuE-Leistungen durchführt. Bei möglichen Folgeaufträgen für Endprodukte in gewerblicher Stückzahl oder Menge muss die Notwendigkeit einer öffentlichen Ausschreibung fallweise und im Einklang mit den Richtlinien über öffentliche Aufträge bewertet werden. Unternehmen stellen die von ihnen entworfenen Dinge normalerweise auch selbst her, zumindest solange, bis sich eine Lizenzfertigung anbietet. Nach Ansicht des EWSA sollte die Frage der Aufteilung möglicher Rechte an geistigem Eigentum, die sich aus dem Projekt ergeben, und die Vereinbarungen für die Verwaltung dieser Rechte bereits vor Projektbeginn unter Berücksichtigung praktischer und kommerzieller Erwägungen sorgfältig geprüft werden.
- 3.21 Es gibt Belege dafür, dass ein solches Verfahren wie das in der Mitteilung vorgesehene in den Vereinigten Staaten verwendet wird. Es gibt zwar Beispiele auf militärischem Gebiet (der Auftrag für Tankflugzeuge, der möglicherweise auf Boeing und Airbus aufgeteilt wird), doch finden sich solche Fälle vor allem auf dem Gebiet der Elektronik. In diesem Bereich liegen kommerzielle und militärische Anwendungen dichter beieinander als auf vielen anderen Gebieten, abgesehen vom Schutz integrierter Schaltkreise vor elektromagnetischen Impulsen.
- 3.22 Bei Vergleichen zwischen den Vereinigten Staaten und Europa sind auch die strukturellen Unterschiede zwischen beiden zu bedenken. Die USA sind seit langem ein homogenes Land, dessen Wachstum auf schier unerschöpflichen materiellen Ressourcen basierte – Landwirtschaft, Gold, Erdöl, Menschen und, mit Ausnahme der Zeit nach 1929, auch Kapital. Das hat (mit der bis unlängst bestehenden Ausnahme des Bankenwesens) zur Entwicklung eines fest etablierten Binnenmarktes und der entsprechenden Infrastruktur zur Bedienung dieses Binnenmarktes geführt. Es ist noch ein weiter Weg, bis Europa über die gleichen Vorteile verfügen wird. Dessen ungeachtet liegen die USA trotz ihrer Stärke in bestimmten Bereichen

derzeit hinter Europa zurück, was insbesondere für den universellen Zugang zur Gesundheitsversorgung gilt.

3.23 Neben den Risiken eines technischen Scheiterns, mit denen jedes wirklich innovative Projekt behaftet ist, gilt es die finanziellen Risiken aufgrund möglicher Verstöße gegen die Vorschriften über staatliche Beihilfen und Transparenz, gegen das Diskriminierungsverbot und bei der Anwendung der Richtlinien zu berücksichtigen. Diese Risiken werden in Ziffer 4.3 (staatliche Beihilfen) erörtert.

4. **Anhang SEK(2007) 1668 zur Mitteilung über vorkommerzielle Auftragsvergabe** - Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen

4.1 **Vorgeschlagenes System (nachstehend: "das System")**

4.1.1 Zugrunde liegendes Prinzip: Wendet der öffentliche Auftraggeber die Teilung von Risiken und Nutzen zu Marktpreisen an, können FuE-Leistungen unter Berufung auf die Ausnahmebestimmungen¹⁸ in den Richtlinien¹⁹ in Auftrag gegeben und eingesetzt werden für die Sondierung bedarfsgerechter innovativer Lösungen (als Vorläufer für eine Ausschreibung für Endprodukte in gewerblichen Mengen), womit auch innovative Ideen grundsätzlich gefördert werden.

4.1.2 Notwendiger Vorläufer: der Auftraggeber muss sich mit der Geschäftstätigkeit und den Kapazitäten der Anbieter vertraut machen und seinen Bedarf hinsichtlich der Produktion klar definieren, ohne jedoch unnötig restriktive Bedingungen zu stellen.

4.1.3 Abwicklung: nach Festlegung der Anforderungen und Ermittlung der Anbieter sollte der öffentliche Auftraggeber mit einer angemessenen Zahl dieser Anbieter (empfohlen werden fünf) ein FuE-Projekt in drei Phasen starten und die Zahl der Anbieter schrittweise auf zwei verringern, die dann die Vorproduktionsphase und die Betatests durchführen. Danach sollten die Produktionsanforderungen gemäß den Bestimmungen der Richtlinien in einer Ausschreibung veröffentlicht werden.

4.2 **Bemerkungen**

4.2.1 Das System beruht im Wesentlichen auf den Verfahren, die in verschiedenen Ländern zur Beschaffung im Verteidigungsbereich angewandt werden. Diese Verfahren sind im Großen und Ganzen weltweit ähnlich gestaltet und gut bekannt.

4.2.2 Die Verteidigungsindustrie ist insofern eine besondere Branche, als die Akteure hier weit in die Zukunft schauen und sich auf politische und taktische Annahmen stützen müssen, die auf-

¹⁸ Kommissionsdokument "Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice", SEK(2007) 280, (Leitfaden für die Übernahme innovativer Lösungen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens – 10 Elemente der guten Praxis).

¹⁹ Vgl. Fußnote 2.

grund ihrer Natur nicht genau festgestellt werden können. Dazu wird - wie im System vorgesehen - in großem Umfang Forschung und begrenzte Entwicklung betrieben, nur ein kleiner Teil davon mündet jedoch in Produktionsprogrammen. FuE-Projekte und auch Produktionsaufträge unterliegen nur allzu oft dem Einfluss ständiger Änderungen, die sich ergeben, wenn innerhalb langer Planungszeiträume neue taktische oder politische Informationen verfügbar werden; dadurch werden regelmäßig die Mittelansätze überschritten. Von zivilen Behörden in Angriff genommene Entwicklungen dürften bei richtigem Projektmanagement nicht in diesem Maße Änderungen ausgesetzt sein.

- 4.2.3 Ob sich ein solches System für andere Teile des öffentlichen Sektors eignet, die weniger Erfahrung mit hoch technischen FuE-Projekten haben, ist noch die Frage.
- 4.2.4 Es bestehen klare Bedenken, dass die Ausnahmeregelungen, die in den Richtlinien für nicht nur vom Auftraggeber genutzte FuE-Dienstleistungen vorgesehen sind, als wettbewerbshemmendes Instrument eingesetzt werden könnten, um nationale "Platzhirsche" zu fördern, was dem Ziel der Richtlinien, zur Entwicklung eines europaweiten Binnenmarktes beizutragen, zuwiderläuft.
- 4.2.5 Sollten im Rahmen dieses Systems Projekte in Angriff genommen werden, müssen mehrere Einzelaspekte näher beleuchtet werden.

4.3 **Staatliche Beihilfen**

- 4.3.1 Bei der Einleitung eines öffentlichen Auftrags im Rahmen dieses Systems stellt sich zwangsläufig die Frage nach dem Vorliegen einer staatlichen Beihilfe, wie im Anhang zum Kommissionsdokument bemerkt wird. Die Fragen, ob bei einem bestimmten Projekt Elemente einer staatlichen Beihilfe gegeben sind oder nicht, und wenn ja, ob diese Beihilfe zulässig ist, würden den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen. Doch die Auswirkungen von Unwägbarkeiten auf ein im Rahmen des Systems unternommenes Projekt fallen wohl in den Bereich dieser Stellungnahme.
- 4.3.2 Laut Definition in der Mitteilung ist die vorkommerzielle Auftragsvergabe ein Ansatz für die Vergabe von Aufträgen für FuE-Dienstleistungen, bei dem die Risiken und der Nutzen so aufgeteilt werden, dass es sich nicht um eine staatliche Beihilfe handelt. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss empfiehlt dem Auftraggeber, sorgfältig die im Anhang zur Mitteilung aufgeführten Beispiele für die rechtskonforme Gestaltung und Durchführung der vorkommerziellen Auftragsvergabe zu prüfen. Bestehen bei der Anbahnung erster vorkommerzieller Aufträge im Rahmen von Pilotprojekten Zweifel, dann sollte vorab von der Kommission eine Bescheinigung eingeholt werden, dass kein Verstoß gegen die Vorschriften über staatliche Beihilfen oder gegen andere Vorschriften vorliegt, wobei diese Bescheinigung allen potenziellen Auftragnehmern zuzusenden ist. Die Feststellung, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, ist in jeder Hinsicht eine komplexe Angelegenheit.

- 4.3.3 Stellt sich heraus, dass unrechtmäßig eine staatliche Beihilfe gewährt wurde, könnte vom Auftragnehmer die Rückzahlung dieser Beihilfe verlangt werden, wobei der Auftragnehmer allerdings keinen Regressanspruch gegen den Auftraggeber der FuE-Leistungen hätte. Der Auftragnehmer ist somit einem konkreten und wahrscheinlich unversicherbaren Risiko ausgesetzt. Die Tatsache, dass der durch eine unrechtmäßig gewährte staatliche Beihilfe Begünstigte (ein Auftragnehmer) die erhaltenen Mittel zurückzahlen muss, und zwar ohne Rückgriff auf den Auftraggeber, ist natürlich kein besonderes Merkmal von FuE-Aufträgen, denn die gleichen Vorschriften gelten für alle öffentlichen Aufträge. Die Tatsache, dass ein validiertes Vergabeverfahren (d.h. ein in den Richtlinien geregeltes Verfahren) Anwendung findet, ist auch keine absolute Garantie dafür, dass keine staatliche Beihilfe vorliegt, denn eine Bevorzugung von Auftragnehmern kann in vielfältiger direkter und indirekter Form geschehen. Die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung bewirkt nicht automatisch ein kleineres oder größeres Risiko, dass der Auftrag nicht transparent, ohne Diskriminierung und zu Marktpreisen vergeben und abgewickelt wird.
- 4.3.4 Es ist sehr zu wünschen, dass die für öffentliche Aufträge zuständigen Abteilungen aller Behörden mehr Erfahrung gewinnen und so in die Lage versetzt werden, die Kriterien für den Ausschluss einer staatlichen Beihilfe richtig anzuwenden. Zu diesen Kriterien zählt auch der transparente und diskriminierungsfreie Einkauf zu Marktpreisen. Diese Erfahrung ist überall von Bedeutung, da diese Kriterien nicht nur für FuE-Aufträge, sondern für öffentliche Aufträge aller Art gelten, auch wenn die Risiken bei der vorkommerziellen Auftragsvergabe möglicherweise größer sind.
- 4.3.5 Im Anhang werden die Kriterien umrissen, anhand derer die Betroffenen sicher feststellen können, dass ein Projekt der vorkommerzielle Auftragsvergabe keine staatliche Beihilfe darstellt. Aus diesem Grund empfiehlt der EWSA der Kommission und den Mitgliedstaaten, die Fortbildung und Weitergabe von Kenntnissen über die rechtskonforme Gestaltung von Projekten der vorkommerzielle Auftragsvergabe zu fördern und so das Risiko zu vermeiden, dass die Behörden und ihre Auftragnehmer später Probleme wegen staatlichen Beihilfen haben.
- 4.3.6 Stellt sich heraus, dass bestimmte Arten von FuE-Projekten zu Unrecht von den Richtlinien freigestellt wurden, fällt der Vertrag wieder in den Anwendungsbereich der Richtlinien, wobei dies allerdings keine Frage von staatlichen Beihilfen ist. Gemäß der Rechtsmittel-Richtlinie würde dies die Unwirksamkeit des Auftrags bewirken, der wahrscheinlich weder ordnungsgemäß angemeldet war noch der Stillhalteverpflichtung unterlag²⁰. In diesem Falle wäre der Auftragnehmer dem Risiko ausgesetzt, dass er für die erbrachte Leistung keine Bezahlung erhält. Dieses Risiko, das wahrscheinlich auch unversicherbar ist, ist kein besonderes Merkmal von FuE-Aufträgen, wird aber durch den Einsatz der in den Richtlinien enthaltenen Freistellung für FuE-Leistungen noch verstärkt. Hier ist Vorsicht geboten und Beratung angezeigt.

20

Rechtsmittel-Richtlinie 2007/66/EG, Artikel 2 d): "Unwirksamkeit - (1) Die Mitgliedstaaten tragen in folgenden Fällen dafür Sorge, dass ein Vertrag durch eine von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird, oder dass sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergibt: a) falls der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies nach der Richtlinie [...] zulässig ist".

4.4 **Risiken**

- 4.4.1 Bei jedem FuE-Programm gibt es Risiken; nicht alle Innovationsprojekte erfüllen die Erwartungen hinsichtlich der Ergebnisse. In dem System wird ziemlich deutlich festgelegt, dass Auftraggeber und Auftragnehmer die Risiken und den Nutzen teilen sollten. Der Schwerpunkt liegt im Kommissionsdokument auf Erwägungen hinsichtlich staatlicher Beihilfen und Grundsätze des EG-Vertrags, die zwar wahrscheinlich unvermeidbar sind, diese bereits komplizierte Materie jedoch noch komplexer machen.
- 4.4.2 Wie bei jedem Risikomanagement sollten die Vertragsparteien eine Risikoübernahme vereinbaren, bei der die Partei das entsprechende Risiko übernimmt, die am besten in der Lage ist, das Risiko zu steuern und eine kontinuierliche Verbindung zu halten, um sicherzustellen, dass alle auftretenden oder sich verschärfenden Risiken ermittelt und aufgefangen werden.
- 4.4.3 Im Anhang werden Verträge mit Festpreisen erörtert, bei denen der öffentliche Auftraggeber einen Höchstpreis festlegt und die Bieter auffordert, Gebote bis zu diesem Höchstpreis abzugeben mit dem Ziel, dass der Auftragnehmer das Projekt im größeren oder kleineren Maße subventioniert und im Gegenzug Nutzungsrechte erhält. Solche Vereinbarungen können für jene Auftragnehmer besonders attraktiv sein, die die Ergebnisse der Entwicklungsarbeit gut auf einem größeren Markt vermarkten können. In Fällen, in denen die Chancen für eine breitere Vermarktung nicht auf der Hand liegen, jedoch ein beträchtlicher Nutzen für den Auftraggeber gegeben ist, komplizieren sie jedoch die Dinge. Im letzten Fall sollte der Auftraggeber wahrscheinlich eine andere Handlungsalternative in Betracht ziehen.

4.5 **Geistiges Eigentum**

- 4.5.1 Die sich ergebenden Rechte an geistigem Eigentum sind ein wichtiger Teil des Systems. Die Frage, wer solche Rechte besitzt und in welchem Umfang, betrifft die rechtliche Basis des Projekts und das praktische Ergebnis in Form von Gewinn aus der FuE.
- 4.5.2 Es gibt im Wesentlichen drei Möglichkeiten des Schutzes von geistigem Eigentum:
- durch Patente (gesetzliches Monopol);
 - durch Urheberrechte (die bei jedem individuellen Werk bestehen);
 - durch Geheimhaltung (wenn weder Patente noch Urheberrechte einen wirksamen Schutz gewähren).
- 4.5.3 Patente sind die stärkste und am besten wirtschaftlich nutzbare Form des Schutzes grundlegender Erfindungen, für die Lizenzen an Dritte erteilt werden können. Es ist aber auch die teuerste Möglichkeit. Die Patentanmeldung ist in diesem Fall wahrscheinlich eine Geldverschwendung, es sei denn, die Entdeckung entspricht den genannten Kriterien oder das Projekt wird in einem Wirtschaftszweig durchgeführt, in dem Patente als Instrument im Konkurrenz-

kampf eingesetzt werden. Patente können zudem nur mit großem Kostenaufwand verteidigt werden.

- 4.5.4 Urheberrechte kosten gar nichts, sondern bestehen einfach. Im Gegensatz zu einem Patentinhaber muss ein Inhaber von Urheberrechten jedoch den Nachweis erbringen, dass ein Verletzer seiner Rechte tatsächlich das Werk kannte und kopiert hat. Die spontane Nachbildung urheberrechtlich geschützter Inhalte, bei der der Nachbilder keine Einsicht in diese Inhalte hatte, gilt nicht als Nachahmung und kann daher nicht erfolgreich angefochten werden.
- 4.5.5 In der Wirtschaft ist Geheimhaltung ein übliches Mittel, um Wettbewerbsvorteile zu schützen. Erfindungen, die zum Patent angemeldet werden sollen, müssen unbedingt geheim gehalten werden. Ihre frühzeitige Offenbarung könnte sie für eine Patentierung ungeeignet machen. Kann eine wirtschaftlich wertvolle Erfindung weder durch Patente noch durch Urheberrechte wirksam geschützt werden, ist die Geheimhaltung die einzige Möglichkeit des Schutzes. Coca-Colas Rezeptur für sein gleichnamiges Getränk ist z.B. ein sorgsam gehütetes Geheimnis.
- 4.5.6 Geheimhaltung ist zwar eine wirksame Form des Schutzes geistigen Eigentums und kann in bestimmten Fällen die einzige Möglichkeit dieses Schutzes sein, sie passt aber nicht richtig in den Kontext der Transparenz.
- 4.5.7 Die Formulierung von Ausschreibungsspezifikationen für öffentliche Folgeaufträge über Endprodukte in gewerblichen Mengen als funktionale und nicht als normative Produktspezifikationen kann dazu beitragen, den Erfordernissen der Transparenz gegenüber bietenden Mitbewerbern gerecht zu werden, ohne zugleich die Einzelheiten der technischen Umsetzung der in der vorkommerziellen Phase entwickelten Einzellösungen zu offenbaren.
- 4.5.8 Rechte des geistigen Eigentums sind natürlich bei FuE- Projekten, wie sie in dem System vorgesehen sind, sehr wichtig. Im Hinblick auf die Feststellung, Gewährung und Verwaltung dieser Rechte ist jedoch große Sorgfalt und gesunder Menschenverstand angebracht. Es handelt sich hier nicht um einen einfachen Tätigkeitsbereich.
- 4.5.9 Bei der vorkommerziellen Auftragsvergabe werden die Rechte an geistigem Eigentum zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer aufgeteilt: der Auftragnehmer bleibt Inhaber der Schutzrechte, während der Auftraggeber ein lizenzfreies Nutzungsrecht sowie das Recht hat, die teilnehmenden Unternehmen zur Lizenzvergabe zu fairen und vernünftigen Marktbedingungen an dritte Auftragnehmer aufzufordern. Mit einem lizenzfreien Nutzungsrecht kann somit der öffentliche Auftraggeber die Ergebnisse der Forschung und Entwicklung intern nutzen und muss nicht Kosten für Lizenzen an die teilnehmenden Unternehmen zahlen. Mit dem Recht, die teilnehmenden Unternehmen zur Vergabe von Lizenzen zu Marktpreisen an Dritte aufzufordern, kann der öffentliche Auftraggeber den Zugang einer ausreichend großen und wettbewerbsfähigen Wertschöpfungskette gewährleisten, zugleich jedoch den teilnehmenden Unternehmen Einkommen aus den Rechten an geistigem Eigentum sichern, die sie in der vorkommerziellen Phase des Beschaffungsvorhabens erworben haben. In Europa haben öffentliche Auftraggeber möglicherweise nur wenig Erfahrung bei der Beurteilung des Marktwertes

von Rechten an geistigem Eigentum und daher werden Schulungsmaßnahmen und der Austausch von Erfahrungen zum Risiko-Nutzen-Verhältnis empfohlen.

4.5.10 Die Behörden müssen von den bewährten Praktiken der Privatwirtschaft beim Kauf und Verkauf von Rechten an geistigem Eigentum sowie von den weltweit verwendeten Standardklauseln bzw. -verträgen hinsichtlich der Aufteilung dieser Rechte zwischen Auftragnehmer und öffentlichem Auftraggeber lernen.

4.6 **Kriterien für Auftragnehmer und Auftraggeber**

4.6.1 Potenzielle Auftragnehmer müssen natürlich über die Fähigkeiten für das Management von Innovationsprojekten verfügen. Ihre Erfahrung kann durch einen *intelligenten* Kunden relativ einfach festgestellt werden.

4.6.2 Potenzielle Auftraggeber müssen auch über Fähigkeiten zum Management solcher Projekte verfügen. Die Ermittlung des neusten Stands der Technik im relevanten Markt, die Formulierung der Leistungsbeschreibung in Bezug auf das angestrebte Ergebnis, die Verhandlungen mit Anbietern und deren Auswahl sowie das Management des Projekts und der damit verbundenen Risiken erfordern umfassende Fähigkeiten und eingehende Erfahrung innerhalb der Organisation des Auftraggebers. Es wird vorausgesetzt, dass es in der Organisation - von der obersten bis zur untersten Ebene- eine geeignete Kultur des Managements solcher Projekte gibt, sonst besteht die Gefahr eines Misserfolgs, der teuer zu stehen käme. Die genannten Eigenschaften sind natürlich die eines *intelligenten* Kunden.

Brüssel, den 22. Oktober 2008

Der Präsident
des Europäischen Wirtschafts- und
Sozialausschusses

Der Generalsekretär
des Europäischen Wirtschafts- und
Sozialausschusses

Mario SEPI

Martin WESTLAKE
