

# VERMERK

## Vereinbarkeit partizipativer Planungswerkzeuge mit dem europäischen Vergaberecht

### AUSGANGSLAGE:

Mit der OP-OD-Methode sollen neue Wege im Bereich der Planung und Ideenauswahl beschritten werden. Durch einen partizipativen Planungsprozess und der offenen Zugänglichkeit desselben soll eine enorm große Lösungsvielfalt erzeugt werden. Intensive Diskussion aller Teilnehmer/innen und die Abwägung von Lösungsmöglichkeiten in der Gruppe soll Ergebnisse erzeugen, die denen des klassischen offenen Wettbewerbs überlegen sind.

Das Verfahren übernimmt jedoch ausdrücklich nicht das dem öffentlichen Vergabeverfahren eigene Wettbewerbsprinzip, den Grundsatz des Entscheids durch eine am Planungsprozess nicht beteiligte Jury und die Absicht, an Teilnehmer/innen des Planungswettbewerbs Folgeaufträge zu vergeben.

Es ist daher fraglich, ob sich die Methode mit den vergaberechtlichen Vorgaben in Einklang bringen lässt. Darauf soll der folgende Vermerk eingehen. Probleme der Methode im Zusammenhang mit urheber- und nutzungsrechtlichen Aspekten sind nicht Gegenstand der Betrachtung.

### FRAGESTELLUNG:

Kann das partizipative Planungswerkzeug OP-OD von öffentlichen Auftraggebern eingesetzt werden, ohne gegen vergaberechtliche Vorgaben zu verstoßen?

### ERGEBNIS:

Nein, OP-OD entspricht nur eingeschränkt den gesetzlichen Anforderungen an die öffentliche Auftragsvergabe.

### BEGRÜNDUNG:

#### I. Grundsätzliches

Das Vergaberecht sieht vor, dass öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben und dabei die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.<sup>1</sup> Deutschen öffentlichen Auftraggebern stehen als Vergabeinstrumente

#### Der Kanzler

Dezernat 9.0  
Recht

Ass. iur.  
**Tobias Römgens**  
Verwaltungsdirektor  
Dezernent

Templergraben 55  
52062 Aachen  
GERMANY

Sammelbau Templergraben,  
2. OG, Raum Nr. 202

Telefon: +49 241 80-99214  
Fax: +49 241 80-92018

tobias.roemgens@  
zhv.rwth-aachen.de  
www.rwth-aachen.de

Mein Zeichen:  
9.0 | 446/23 RO

**08.09.2023**

<sup>1</sup> Erwägungsgrund Nr. 1 der „Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG“ (RL 2014/24/EU)

- das offenen Verfahren,
- das nicht offene Verfahren,
- das Verhandlungsverfahren,
- der wettbewerbliche Dialog und
- die Innovationspartnerschaft

zur Verfügung.<sup>2</sup> Hierdurch wird abschließend vorgegeben, welche Verfahrensarten zur Umsetzung eines bestehenden Beschaffungsbedarfs durchgeführt werden dürfen.<sup>3</sup>

Die europäische Vergaberichtlinie sieht kein Sonderregelungsregime für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen vor, weist aber darauf hin, dass Wettbewerbe seit jeher überwiegend im Bereich der Stadt- und Raumplanung, der Architektur und des Bauwesens erfolgt sind.<sup>4</sup> Der bundesdeutsche Verordnungsgeber spezifiziert dies insoweit, als dass Architekten- und Ingenieurleistungen „*in der Regel*“ im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder im wettbewerblichen Dialog zu vergeben sind.<sup>5</sup>

Zwar stehen dem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Toolbox-Prinzips grundsätzlich alle Verfahrensarten des Vergaberechts zur Verfügung. In den meisten Fällen ist ein Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen jedoch schon rein praktisch geboten. Denn diese Vergabe birgt wegen der Unbeschreibbarkeit der Lösung im Vorfeld meist die Notwendigkeit von Verhandlungen in sich, sodass die anderen Verfahrensarten faktisch kaum in Frage kommen.<sup>6</sup>

Bei der Durchführung derartiger Teilnahmewettbewerbe sind – wie bei anderen Vergabearten auch – die Grundsätze der Vertraulichkeit und die Regelungen zu Interessenkonflikten einzuhalten.<sup>7</sup> Das Preisgericht eines solchen Wettbewerbs hat aus Preisrichtern zu bestehen, die von den Teilnehmern des Planungswettbewerbs unabhängig sind. Es trifft seine Entscheidungen nur aufgrund von Kriterien, die in der Wettbewerbsbekanntmachung genannt sind. Die Wettbewerbsarbeiten sind ihm

---

sowie § 97 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

<sup>2</sup> § 14 Abs. 1 der Vergabeverordnung (VgV).

<sup>3</sup> *Dabbagh*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 28. Edition, VgV § 14 Rn. 1.

<sup>4</sup> Erwägungsgrund Nr. 120 der Richtlinie 2014/24/EU.

<sup>5</sup> § 74 VgV.

<sup>6</sup> *Schneider*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, VgV § 74 Rn. 9 f.

<sup>7</sup> § 69 Abs. 2 VgV.

anonym vorzulegen.<sup>8</sup> Für die Teilnehmer kann eine bestimmte berufliche Qualifikation verlangt werden.<sup>9</sup>

## II. Schwierigkeiten bei der Anwendung von OP-OD in klassischen Vergabeverfahren

Die vorgenannten rechtlichen Rahmenbedingungen führen zu Schwierigkeiten bei der Anwendung von OP-OD. Im Einzelnen:

### a) Vertraulichkeit

Die Vertraulichkeit ist ein wesentlicher Grundsatz des Vergaberechts und eine zentrale Voraussetzung für die Durchführung ordnungsgemäßer und effektiver Vergabeverfahren. Verletzungen des Vertraulichkeitsgrundsatzes gefährden den geheimen Wettbewerb, verstoßen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und reduzieren dadurch erheblich die Attraktivität und Funktionsfähigkeit von Vergabeverfahren. Vor diesem Hintergrund stellt § 5 VgV<sup>10</sup> eine Schutzvorschrift dar, deren Ziel es – im Interesse der Vermeidung von Manipulationen sowie der Gewährleistung der Chancengleichheit und eines unverfälschten Wettbewerbs – ist, die unbefugte Weitergabe vertraulicher Daten und Informationen, betreffend die an einem Vergabeverfahren Beteiligten, zu verhindern.<sup>11</sup>

Dieser Voraussetzung läuft das OP-OD-Konzept diametral entgegen. Kern des Konzepts ist der offene Austausch zwischen allen Teilnehmenden. Eine Vertraulichkeit kann nicht gewährleistet werden, ohne dieses Wesenselement des Konzepts zu verfälschen.

Zwar finden sich für das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog in den § 17 bzw. § 18 VgV Sonderregelungen. Danach darf der öffentliche Auftraggeber vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters im Verhandlungsverfahren nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Für den wettbewerbli-

---

<sup>8</sup> § 72 Abs. 1, 2 VgV.

<sup>9</sup> Arg. ex § 72 Abs. 1 S. 2. Üblicherweise handelt sich um die **Bauvorlageberechtigung** im Rahmen der Objektplanung durch den Architekten (*Schneider*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, VgV 75 R. 20).

<sup>10</sup> „Sofern in dieser Verordnung [...] nichts anderes bestimmt ist, darf der öffentliche Auftraggeber keine von den Unternehmen übermittelten und von diesen als vertraulich gekennzeichneten Informationen weitergeben. Dazu gehören insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und die vertraulichen Aspekte der Angebote einschließlich ihrer Anlagen.“

<sup>11</sup> Ganske, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, VgV § 5 Rn. 1.

chen Dialog erstreckt sich diese Regelung auch auf die Lösungsvorschläge der Bieter. Die Weitergabe darf nur nach erfolgter Zustimmung *für den Einzelfall* erfolgen. Eine generelle Zustimmung ist allerdings ausgeschlossen.<sup>12</sup> Damit ist der offene Austausch und die Bearbeitung von Ideen anderer Teams so nicht möglich.

#### *b) Interessenkonflikte*

Wenn an der Vergabeentscheidung Personen teilnehmen, die zugleich bei einem Bewerber oder Bieter eine Funktion aufweisen, besteht die Gefahr eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot. In diesen Fällen besteht die Gefahr, dass eine solche Person mit Doppelmandat ihren Einfluss innerhalb des über die Vergabe entscheidenden Gremiums zugunsten des mit ihr verknüpften Bewerbers/Bieters geltend macht und diesen damit gegenüber anderen Bewerbern/Bietern bevorzugt.<sup>13</sup>

Ein Interessenkonflikt besteht für Personen, die

- an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder
- Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können

und die ein

- direktes oder indirektes
- finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben,

das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte, § 6 Abs. 2 VgV.

Der im Rahmen von OP-OD stattfindende Austausch zwischen Teilnehmenden und Entscheidungsgremium verwischt die vergaberechtlich geforderte Trennung zwischen diesen beiden Gruppen. Indem Teilnehmende im partizipativen Planungsprozess zugleich (Mit-)Entscheidungsträger sind, besteht die Gefahr, dass Entscheidungen für oder gegen bestimmte Lösungsmöglichkeiten auch von eigenen (finanziellen und/oder persönlichen) Interessen geleitet werden. Besonders bei kleinen Arbeitsgruppen kann dies das Ergebnis verfälschen. Die Methode kann auch an dieser Stelle nicht mit dem Vergaberecht in Einklang gebracht werden.

---

<sup>12</sup> Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, VgV § 5 Rn. 13.

<sup>13</sup> Voppel, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Auflage 2018, Rn. 1

### c) *Eignung der Teilnehmer*

§ 75 Abs. 1 und 2 VgV bestimmt, wer zuzulassen ist, *wenn* der öffentliche Auftraggeber eine bestimmte Berufsqualifikation fordert. Nicht geregelt ist hingegen, *ob* und gegebenenfalls *unter welchen Voraussetzungen* ein öffentlicher Auftraggeber eine Berufsqualifikation fordern darf. Dass ein öffentlicher Auftraggeber – jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen – berechtigt sein muss, eine bestimmte Berufsqualifikation zu fordern, lässt sich zumindest im Umkehrschluss aus der Regelung des § 75 Abs. 1 und 2 VgV herleiten. Andernfalls machte diese Regelung nämlich keinen Sinn. Zu den möglichen Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit ein öffentlicher Auftraggeber dazu berechtigt ist, lassen sich hingegen allenfalls aus der allgemeinen Regelung des § 44 VgV zu den Anforderungen an die Befähigung und die Erlaubnis zur Berufsausübung entnehmen.<sup>14</sup>

Im OP-OD-Verfahren sollen auch Laien die Möglichkeit haben, an Planungen mit eigenen Ideen und Lösungsvorschlägen teilzunehmen. Das Verfahren soll also gerade nicht auf Architekten und Ingenieure beschränkt werden. Da die Forderung einer Berufsqualifikation Sache des Auftraggebers ist, kann im OP-OD-Verfahren darauf verzichtet werden. Es ist allerdings zu beachten, dass bei fehlender Bauvorlageberechtigung keine Genehmigungsplanung oder höherwertige Planungsstände gefordert werden können. Da das aber auch im Regelfall nicht das Ziel von OP-OD ist, ist dieser Problempunkt vernachlässigbar.

### d) *Unabhängigkeit der Preisrichter*

Die unter b) erläuterten Vorschriften zu Interessenkonflikten werden für Preisgerichte weiter konkretisiert:

Das Preisgericht darf nur aus Preisrichtern bestehen, die von den Teilnehmern des Planungswettbewerbs unabhängig sind, § 72 Abs. 1 S. 1 VgV.

Durch die Einsetzung des Gremiums soll sichergestellt werden, dass eine objektive und sachkundige Bewertung durch Fachleute erfolgt, mit dem Ziel, die qualitativ beste Arbeit zu identifizieren. Das bedeutet, dass kein Abhängigkeitsverhältnis oder eine andere Verflechtung zwischen einem Preisrichter und einem Wettbewerbsteilnehmer bestehen darf. Die Preisrichter haben damit eine einem Schiedsrichter vergleichbare Stellung.

---

<sup>14</sup> *Schneider*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, VgV § 75 Rn. 18.

Das OP-OD-Verfahren sieht vor, dass die Teilnehmer selbst Teil des „Preisgerichts“ sind und Ideen kollektiv als gut oder schlecht beurteilt werden. Diese Vermischung von Teilnehmern und Preisrichtern ist mit dem Vergaberecht nicht in Einklang zu bringen.

e) *über das geforderte Maß hinausgehende Teilleistungen*

Das Preisgericht hat in seinen Entscheidungen die in der Wettbewerbsbekanntmachung als bindend bezeichneten Vorgaben des Ausrichters zu beachten. Nicht zugelassene oder über das geforderte Maß hinausgehende Teilleistungen sind von der Wertung auszuschließen, § 79 Abs. 4 VgV.

Den Auslobungsbedingungen kommt damit eine zentrale Steuerungsfunktion im Wettbewerbsverfahren zu. Dies gilt umso mehr, als sie nicht mehr verändert werden dürfen. Das Preisgericht muss die Arbeiten in der Form werten, in der sie eingereicht sind. Es ist insbesondere daran gehindert, Überarbeitungen zuzulassen, um den als bindend vorgegebenen Anforderungen zu genügen, selbst wenn diese leicht durchzuführen sind.<sup>15</sup>

Für den kollektiv-kreativen Prozess von OP-OD ist diese Vorgabe sehr hinderlich. Letztlich wird der Dialog zwischen Teilnehmenden und Preisgericht damit verhindert. Im Rahmen eines Verfahrens im wettbewerblichen Dialog ist zwar *im Nachgang des Wettbewerbs* ein Austausch zwischen Vergabestelle und Teilnehmenden möglich; im Wettbewerb selbst ist dieser aber faktisch ausgeschlossen.

Die zweite Vorgabe des Ordnungsgebers ist weniger problematisch. Zwar stellt es grundsätzlich einen Verfahrensfehler dar, wenn das Preisgericht eine nicht zugelassene oder über das geforderte Maß hinausgehende Leistung gleichwohl mit in die Entscheidungsfindung einbezieht, insbesondere mit einem Preis versieht: Verstößt eine (Teil-)Leistung gegen die Voraussetzungen des § 79 Abs. 4 S. 2, muss ein Ausschluss zwingend erfolgen.<sup>16</sup> Durch diese Regelung soll dem Grundsatz Rechnung getragen werden, wonach geeignete Aufgabenstellungen so zu wählen sind, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger sich beteiligen können. Es soll mit anderen Worten verhindert werden, dass größere Büroorganisationen sich durch

---

<sup>15</sup> Martini, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, VgV § 79 Rn. 33.

<sup>16</sup> Ganske, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, VgV § 79 Rn. 35.

ein „Mehr an Leistung“ Vorteile im Wettbewerb verschaffen können.<sup>17</sup>

Will der öffentliche Auftraggeber aber Unvorhergesehenes zulassen und Flexibilität eröffnen, muss er seine Anforderungen gleich entsprechend offen formulieren.<sup>18</sup> Das ist im Sinne der OP-OD-Methode zwar wünschenswert, es ist aber fraglich, ob Wettbewerbe ohne zwingende Vorgaben (und damit ohne absehbare Kosten- und Ergebnisplanung) für öffentliche Auftraggeber und deren politische Gremien eine nutzbare Alternative darstellen.

#### f) *Verpflichtende Anwendung der RPW 2013*

Die „*Richtlinie über die Anwendung der Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW 2013)*“ sieht vor, dass im Bereich des Landesbaus bei Bauaufgaben des Landes, des Bau- und Liegenschaftsbetriebs NRW und des Landesbetriebs Straßenbau Nordrhein-Westfalen Planungswettbewerbe durchgeführt werden, die vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung eingeführte Richtlinie für Planungswettbewerbe Anwendung findet.<sup>19</sup> Da die Hochschule des Landes NRW vom Land getragene, rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (§ 2 Abs. 1 S. 1 Hochschulgesetz des Landes NRW), gilt diese Richtlinie auch für Planungswettbewerbe von Hochschulen.

Die RPW 2013 sehen unter anderem, analog zum Vergaberecht, eine klare und eindeutige Aufgabenstellung sowie die Anonymität der Wettbewerbsbeiträge und die Unabhängigkeit der Preisrichter vor, vgl. Präambel, § 1 Abs. 4 und § 6 Abs. 1 der RPW 2013. Zwar wird die Forderung nach Anonymität im Kooperativen Verfahren aufgeweicht, § 3 Abs. 5 RPW 2013; diese Erleichterung gilt jedoch zum einen nur für konkrete Zwischenschritte und nicht generell, zum anderen ist sie für den Bereich der (inzwischen außer Kraft getretenen) VOF ausdrücklich wieder ausgeschlossen. Da in den Bereich der VOF insbesondere Architekten- und Ingenieurleistungen fielen, ist die Anonymität für Planungsverfahren nach den RPW 2013 weiterhin zwingend.

Dass diese Kriterien durch OP-OD nicht erfüllt werden können, ist bereits dargestellt worden.

---

<sup>17</sup> *Schneider*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, VgV § 79 Rn. 155.

<sup>18</sup> *Ganske*, a.a.O.

<sup>19</sup> Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung, des Ministeriums der Finanzen und des Ministeriums für Verkehr, MBI. NRW. 2022 S. 100.

Zudem verlangt die RWP 2013, dass bei der Umsetzung des Projekts einer der Preisträger, in der Regel der Gewinner, unter Berücksichtigung der Empfehlungen des Preisgerichts mit den weiteren Planungsleistungen zu beauftragen ist, sofern kein wichtiger Grund der Beauftragung entgegensteht, § 8 Abs. 2 RPW 2013. Diese verpflichtende Beauftragung ist bei der OP-OD-Methode problematisch, da es nach Abschluss einer Wettbewerbsrunde nicht zwingend zu einem Planungsauftrag kommt, sondern sich gegebenenfalls weitere Wettbewerbsrunden anschließen sollen.

Zudem dürfen Preisrichter, Sachverständige, Wettbewerbsbetreuer/-vorprüfer und Berater später keine Planungsleistungen für die Wettbewerbsaufgabe übernehmen, was bei der bei OP-OD geplanten Mischung aus Teilnehmenden und Preisgericht zu einem nicht auflösbaren Widerspruch führt.

#### *g) Abweichungen von den RPW 2013*

Es ist dem Auslober grundsätzlich möglich, in Ausnahmefällen aus sachlich zwingenden Gründen im Einvernehmen mit der zuständigen Architekten- oder Ingenieurkammer von einzelnen Vorschriften der Richtlinie abzuweichen, § 2 Abs. 4 S. 3 RPW 2013.

Es ist allerdings zum einen bereits sehr fraglich, ob ein Vorgehen nach der OP-OD-Methode einen sachlich zwingenden Grund darstellt. Denn zwingend ist die Anwendung dieser Methode nicht; schließlich stehen mit den „normalen“, vergaberechtlich vorgesehenen Verfahren erprobte Instrumente zur Entscheidungsfindung zur Verfügung. Dass der partizipative Ansatz von OP-OD bessere Ergebnisse zu generieren in der Lage ist, dürfte nicht als zwingender Grund anzusehen sein.

Zum anderen ist eine Abweichung nur von einzelnen Vorschriften vorgesehen. Da OP-OD mit einer ganzen Reihe von sehr grundsätzlichen Bestimmungen kollidiert, ist zweifelhaft, dass die Architekten- oder Ingenieurkammer dem Verfahren zustimmt. Eine Prognose, ob dem Verfahren wohlwollend begegnet wird, ist kaum möglich.

#### *h) Auflagen in Förderbescheiden*

Ein großes abschließendes Problem ist die Abhängigkeit der auslobenden Stelle von Fördermitteln. Zahlreiche Bauprojekte der öffentlichen Hand lassen sich nur durch Fördergelder übergeordneter (supra-)nationaler Stellen realisieren. Die Zuwendung derartiger Fördermittel ist regelmäßig mit Auflagen verse-



hen, die insbesondere vorschreiben, die Regelungen des Vergaberechts genau einzuhalten. Verstöße gegen diese Auflage werden im absoluten Regelfall mit der Rückzahlung der damit falsch verausgabten Mittel sanktioniert.

Es besteht die Gefahr, dass die Anwendung von OP-OD mit all ihren bereits diskutierten Abweichungen vom deutschen und europäischen Vergaberecht zu einer Mittelnachforderung – oder, sofern im Vorfeld des Fördermittelantrags kommuniziert, zu einem negativen Förderbescheid – führen könnte. Damit wäre die Realisierung des betreffenden Bauprojekts mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit unmöglich gemacht.

### **III. OP-OD in den Vergabearten des Wettbewerblichen Dialogs und der Innovationspartnerschaft**

Neben den klassischen Verfahrensarten (Offenes / Nicht offenes Verfahren sowie Verhandlungsverfahren) besteht im Überschwellenbereich auch die Möglichkeit, Aufträge im Wege des Wettbewerblichen Dialogs und der Innovationspartnerschaft an den Markt zu bringen. Diese Verfahren sind für OP-OD geeigneter, es bestehen aber auch hier Schwierigkeiten:

#### *a) Wettbewerblicher Dialog, § 18 VgV*

In dieser Vergabeart eröffnet der öffentliche Auftraggeber zunächst einen Teilnahmewettbewerb, in dem er ungeeignete Unternehmen ausschließt. Da das Verfahren auf eine Auftragsvergabe abzielt (s.u.), müssten Teilnahmeanträge von Laien voraussichtlich von Anfang an aussortiert werden. Insoweit entspricht das Verfahren weitgehend der Regelung für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.<sup>20</sup>

Mit den so ausgewählten Unternehmen eröffnet er einen Dialog, in welchem er ermittelt und festlegt, wie seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können. Dabei kann er, wie im Verhandlungsverfahren, mit den ausgewählten Unternehmen alle Aspekte des Auftrags erörtern.

Eine Gleichbehandlung muss gewährleistet sein. Insbesondere dürften vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergegeben werden. Einen offenen Dialog gibt es also nur zwischen dem Auftraggeber und einzelnen Teilnehmern, nicht unbedingt untereinander. Das ist für den in OP-OD angestrebten Austausch nicht förderlich; Teilnehmer können nicht von vornherein verpflichtet werden, sich mit allen anderen offen auszu-

<sup>20</sup> Voppel, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Auflage 2018, § 18 Rn. 10.

tauschen, sondern die Zustimmung darf nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung *bestimmter Informationen* erteilt werden, § 18 Abs. 5 S. 4 VgV.

Der Dialog kann in mehreren Phasen geführt werden. Idealerweise verringert sich die Zahl der zu erörternden Ideen in jeder Dialogphase, bis am Ende „*noch so viele Lösungen vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist*“, § 18 Abs. 6 S. 4 VgV.

Nach Abschluss der Dialogphase fordert der öffentliche Auftraggeber die verbliebenen Unternehmen zur Abgabe von endgültigen, konkreten Angeboten auf. nach den festgelegten und bekanntgemachten Zuschlagskriterien bewertet und das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Das Verfahren wird schließlich durch die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot beendet, es gelten in diesem Kontext die üblichen Verpflichtungen für den Auftraggeber.<sup>21</sup> Dieser Abschluss des Wettbewerblichen Dialogs ist obligatorisch, es kann daher nicht grundlos auf eine Auftragsvergabe verzichtet werden.

#### *b) Innovationspartnerschaft, § 19 VgV*

Der Anwendungsbereich der Innovationspartnerschaft ist weder europarechtlich, noch nach nationalem Recht genau bestimmt.<sup>22</sup> Klar ist lediglich, dass die von dem öffentlichen Auftraggeber begehrte Leistung nicht bereits auf dem Markt zur Verfügung stehen darf, damit das Verfahren Anwendung finden kann, § 19 Abs. 1 S. 2 VgV.

Das ist für die Anwendung von OP-OD ein beachtliches Hindernis. Denn auch wenn das Verfahren an sich neu und innovativ ist, so ist doch die angestrebte Leistung, nämlich eine architektonische Planungsleistung, ohne Weiteres auf dem Markt verfügbar. Es muss aber bei der Leistung selbst um Forschung und Entwicklung gehen, was bei der Planung von Gebäuden kaum einschlägig sein wird. Entsprechend konsequent verzichtet *Voppel* „mangels Anwendungsbereichs bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen“ auf eine Kommentierung der Norm.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *Dörn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, VgV § 18 Rn. 31.

<sup>22</sup> *Wagner-Cardenal*, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, 3. Auflage 2022, VgV § 19 Rn. 10.

<sup>23</sup> *Voppel*, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Auflage 2018, § 19.

#### **IV. OP-OD als rein vorbereitendes Verfahren**

Das Vorstehende muss jedoch nicht bedeuten, dass partizipative Planungswerkzeuge wie OP-OD für öffentliche Auftraggeber unanwendbar wären.

Es ist durchaus denkbar, einen offen zugänglichen OP-OD-Prozess **vor** einem Teilnahmewettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren oder wettbewerblichem Dialog durchzuführen. Das könnte insbesondere in Form einer Bürgerbeteiligung eine Maßnahme sein, um einerseits einen Ideekatalog für den sich anschließenden Wettbewerb zu erstellen, und andererseits die Akzeptanz öffentlicher Bauprojekte zu erhöhen. Durch eine Einbeziehung der örtlichen Bevölkerung könnten auch Nicht-Fachleute einen Beitrag zu Bauvorhaben ihrer Kommune leisten.

In dem sich anschließenden „klassischen“ Teilnahmewettbewerb nach vergaberechtlichen Regeln könnten solche Ideen dann als Vorgabe für die weiteren Planungen durch qualifizierte Architekt/innen dienen. Sofern das sich anschließende Verfahren ein wettbewerblicher Dialog nach § 18 VgV ist, können – bei allen oben erläuterten Einschränkungen – immerhin noch Teilaspekte von OP-OD übernommen werden.

Tobias Römgens