

Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft

Entwurf eines dritten Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes

1. Anlass

Am 16.4.2016 ist das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, mit dem umfangreiche Veränderungen des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeordnung (VgV) und weiterer vergaberechtlicher Rechtsvorschriften verbunden waren. Die sich daraus ergebenden Rechtsänderungen machen Änderungen an verschiedenen Vorschriften des Hamburgischen Vergabegesetzes (HmbVgG) erforderlich.

Daneben sind weitere Änderungsbedarfe identifiziert worden, die im Gesetzentwurf im Einzelnen erläutert werden sowie zur besseren Lesbarkeit in der Anlage 1 synoptisch dargestellt werden.

2. Petitum

Der Senat beantragt, die Bürgerschaft wolle das beigefügte Gesetz beschließen.

Drittes Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes

Artikel 1

Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes

Das Hamburgische Vergabegesetz vom 13. Februar 2006 (HmbGVBl. S. 57, zuletzt geändert am 15. Dezember 2015 (HmbGVBl. S. 361), wird wie folgt geändert:

1. § 1 wird wie folgt geändert:

1.1. In Satz 1 wird die Bezeichnung „§ 99“ durch die Bezeichnung „§ 103“, die Textstelle „15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2115)“ durch die Textstelle „26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)“, die Textstelle „18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966, 2968)“ durch die Textstelle „26. Juli 2016 (BGBl. I S. 1768)“ die Wörter „unabhängig von den Schwellenwerten“ durch die Wörter „ungeachtet des Erreichens der Schwellenwerte“ und die Bezeichnung „§ 100“ durch die Bezeichnung „§106“ ersetzt.

1.2. Der bisherige einzige Satz wird Absatz 1.

1.3. Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„Sollen öffentliche Aufträge gemeinsam mit Auftraggebern anderer Länder vergeben werden, ist mit diesen zwecks Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes eine Einigung anzustreben. Kommt diese nicht zustande, kann von den Bestimmungen abgewichen werden.“

2. § 2 wird wie folgt geändert:

2.1. Absatz 1 wird wie folgt geändert:

Die Wörter „sonstigen“ und „zusätzlich“ sowie die Textstelle „(Auftraggeber)“ werden gestrichen.

2.2. Absatz 2 erhält folgende Fassung:

„(2) Bei juristischen Personen des privaten Rechts, an denen die Freie und Hansestadt Hamburg unmittelbar oder mittelbar mit Mehrheit beteiligt ist oder auf die sie in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen kann, haben die zuständigen Behörden darauf hinzuwirken, dass unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB die vergaberechtlichen Bestimmungen nach Maßgabe von § 2a sowie die übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes angewendet werden.“

2.3. Folgender Absatz 3 wird angefügt:

„(3) Absätze 1 und 2 gelten nicht für juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB, die mit mindestens 80 vom Hundert ihres Umsatzes im entwickelten Wettbewerb zu anderen Unternehmen stehen, soweit sie Aufträge in diesem Bereich vergeben.“

3. § 2 a wird wie folgt geändert:

3.1. Die Überschrift wird wie folgt geändert:

Die Wörter „der Vergabe- und Vertragsordnungen“ werden gegen die Wörter „vergaberechtlicher Bestimmungen auf Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte“ ersetzt.

3.2. Absatz 1 wird wie folgt geändert:

Die Textstelle „Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A) in der Fassung vom 20. November 2009 (BAnz. 2009 Nr. 196 a, 2010 Nr. 32)“ wird durch die Textstelle „die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in der Fassung vom 2. Februar 2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1) in der jeweils geltenden Fassung mit Ausnahme von § 50“, die Bezeichnung „§ 98“ durch die Bezeichnung „§ 99“ und die Bezeichnung „§ 100“ durch die Bezeichnung „§106“ ersetzt.

3.3. Hinter Absatz 1 wird folgender neuer Absatz 2 eingefügt:

„(2) Bei der Vergabe von Konzessionen ist nur § 3 Absätze 1 bis 4 anzuwenden.“

3.4. Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3 und wie folgt gefasst:

„(3) Die für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Behörde kann in einer Verwaltungsvorschrift gemäß § 12 Grenzen für Auftragswerte festlegen, unterhalb derer in Einschränkung zu Absatz 1 Auftraggeber nach § 2 eine Auftragsvergabe nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten (Beschränkte Ausschreibung) oder eine Auftragsvergabe ohne förmliches Verfahren (Verhandlungsvergabe, freihändige Vergabe) durchführen können. Das Vergabeverfahren richtet sich in diesen Fällen im Übrigen nach den vergaberechtlichen Regelungen nach Absatz 1.“

4. § 3 wird wie folgt geändert:

4.1. Absatz 1 wird wie folgt geändert:

Das Wort „Für“ wird durch die Wörter „Öffentliche Aufträge über“ ersetzt. Die Wörter „öffentliche Aufträge“ werden gestrichen. Hinter dem Wort „schriftlich“ wird die Textstelle „per Telefax oder in Textform mithilfe elektronischer Mittel“ eingefügt.

4.2. Absatz 2 wird wie folgt geändert:

Hinter dem Wort „Auftraggeber“ werden die Wörter „nach Festlegung durch diesen“, hinter dem Wort „schriftlich“ die Textstelle „ per Telefax oder in Textform mithilfe elektronischer Mittel“ eingefügt und hinter dem Wort „zahlen“ der Punkt durch ein Komma ersetzt und die Textstelle „soweit die Leistung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird.“ angefügt.

4.3. Absatz 3 wird wie folgt geändert:

Hinter dem Wort „Angebotsabgabe“ werden die Wörter „nach Festlegung durch diesen“, hinter dem Wort „schriftlich“ die Textstelle „ per Telefax oder in Textform mithilfe elektronischer Mittel“ eingefügt.

4.4. Absatz 7 wird wie folgt geändert:

Die Textstelle „Absätze 1 bis 6“ wird durch „Absätze 1 bis 4“, die Bezeichnung „§ 2 Absatz 2 Satz 3“ durch die Bezeichnung „§ 2 Absatz 3“ ersetzt.

4.5. Die Absätze 4 und 6 werden aufgehoben.

4.6. Der alte Absatz 5 wird Absatz 4, der alte Absatz 7 wird Absatz 5.

5. § 3 a wird wie folgt geändert:

5.1. Die Überschrift wird wie folgt geändert:

Die Wörter „Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen“ werden durch die Wörter „Sozialverträgliche Beschaffung“ ersetzt.

5.2. Absatz 2 wird wie folgt geändert:

5.2.1. Satz 1 wird wie folgt geändert:

Die Textstelle „in den Fällen nach Absatz 3“ wird gestrichen.

5.2.2. Satz 2 wird wie folgt geändert:

Hinter dem Wort „Nachweise“ wird ein Komma und das Wort „Zertifizierungen“ eingefügt.

5.3. Absatz 3 wird wie folgt geändert:

5.3.1. Satz 1 wird wie folgt geändert:

Hinter dem Wort „kommt“ wird ein Punkt eingefügt und die Textstelle „und die von der für Grundsatzaangelegenheiten des Vergaberechts zuständigen Behörde in einer entsprechenden Liste aufgeführt werden.“ gestrichen.

5.3.2. Satz 2 wird gestrichen.

5.4. Hinter Absatz 3 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Bei Aufträgen über Lieferleistungen sollen vorrangig Produkte beschafft werden, die fair gehandelt wurden, sofern hierfür ein entsprechender Markt vorhanden und dies wirtschaftlich vertretbar ist. Nachweise zum fairen Handeln können durch ein entsprechendes Gütezeichen erbracht werden.“

6. § 3 b wird wie folgt geändert:

6.1. Absatz 1 wird wie folgt geändert:

Vor dem Wort „Auftraggeber“ wird das Wort „Die“, dahinter die Textstelle „nach § 2“ eingefügt.

6.2. Absatz 2 wird wie folgt geändert:

Hinter dem Wort „Energieverbrauch“ wird ein Komma und die Wörter „die zugesagte Reparaturfähigkeit“ eingefügt.

6.3. Absatz 3 wird wie folgt geändert:

Der Punkt wird durch ein Komma ersetzt und die Textstelle „gegebenen Falls durch die Zusammenfassung gleichartiger Bedarfe in Rahmenvereinbarungen.“ angefügt.

6.4. Absatz 4 wird wie folgt geändert:

In Satz 2 wird das Wort „Umweltzeichen“ durch „Umweltgütezeichen“ ersetzt.

6.5. Absatz 5 wird wie folgt geändert:

In Satz 2 Nr. 2 wird das Wort „Gütezeichen“ durch das Wort „Umweltgütezeichen“ ersetzt und hinter dem Wort „Informationen“ die Wörter „von unabhängigen Dritten“ eingefügt.

6.6. Absatz 6 wird wie folgt geändert:

Nach Satz 1 wird der Satz „§ 49 Absatz 2 VgG ist entsprechend anzuwenden.“ eingefügt.

6.7. Absatz 7 wird wie folgt geändert:

Nach dem Wort „Auftraggeber“ wird die Textstelle „nach § 2“ eingefügt.

7. § 4 wird wie folgt geändert:

In Absatz 1 wird hinter dem Wort „Auftraggeber“ die Textstelle „nach § 2“ eingefügt, das Wort „beschränkten“ gegen „Beschränkten“ und die Wörter „freihändigen Vergaben“ gegen die Wörter „Verhandlungsvergaben und Freihändigen Vergaben“ ersetzt.

8. § 5 erhält folgende Fassung:

**„§ 5
Nachunternehmereinsatz**

(1) Auftragnehmer sind für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmen vertraglich zu verpflichten,

1. bevorzugt kleine und mittlere Unternehmen als Nachunternehmen zu beteiligen, soweit dies mit der vertragsmäßigen Ausführung des Auftrages vereinbar ist,
2. Nachunternehmen davon in Kenntnis zu setzen, dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt,
3. bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmen die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B), bei der Weitergabe von Dienstleistungen die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil B (VOL/B), zum Vertragsbestandteil zu machen
4. den Nachunternehmern die für den Auftragnehmer geltenden Pflichten der Absätze 2 und 3 sowie von §§ 3, 3a und § 10 Absatz 2 aufzuerlegen und die Beachtung dieser Pflichten durch die Nachunternehmer zu kontrollieren. und
5. den Nachunternehmern keine, insbesondere hinsichtlich der Zahlungsweise, ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber nach § 2 vereinbart sind.

(2) Im Übrigen sind § 36 VgV und § 26 UVgO bei Liefer- und Dienstleistungen, bei Bauaufträgen die §§ 8 II Nr. 2 VOB/A und § 4 VOB/B anzuwenden.“

9. § 6 wird wie folgt geändert:

Die Textstelle „10 v. H.“ wird durch die Textstelle „20 v. H.“ ersetzt. In Satz 1 und Satz 2 wird hinter dem Wort „Auftraggeber“ jeweils die Textstelle „nach § 2“ eingefügt.

10. § 7 wird wie folgt geändert:

- 10.1. In Nr. 2 werden hinter der Textstelle „3 a“ ein Komma und die Textstelle „3b, 5, 10“ eingefügt.
- 10.2. In Nr. 3 werden hinter dem Wort „sonstige“ die Wörter „auf Grundlage dieses Gesetzes“ eingefügt.

11. § 8 wird aufgehoben.

12. § 9 wird aufgehoben.

13. § 10 erhält folgende Fassung:

„§ 10
Kontrollen

Der Auftraggeber nach § 2 ist berechtigt, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer auf Grund dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen. Zu diesem Zweck müssen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer folgende Unterlagen über die eingesetzten Beschäftigten bereithalten:

1. Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer,
2. Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen gemäß § 7 Absatz 1,
3. die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Verträge.

Der Auftragnehmer hat seine Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen.“

14. § 11 wird wie folgt geändert:

14.1. Absatz 1 wird wie folgt geändert:

Hinter dem Wort „Auftraggeber“ wird die Textstelle „nach § 2“ und hinter den Wörter „Vertragsstrafe in Höhe von“ die Wörter „bis zu“ eingefügt. Das Wort „Auftragssumme“ wird durch das Wort „Abrechnungssumme“ ersetzt.

14.2. Absatz 2 wird wie folgt geändert:

Hinter dem Wörtern „Auftraggeber“ wird jeweils die Textstelle „nach § 2“ eingefügt.

15. § 12 erhält folgende Fassung:

„§ 12
Erlass von Verwaltungsvorschriften

Die für Grundsatzfragen des Vergaberechts zuständige Behörde kann Verwaltungsvorschriften erlassen

1. zur Anwendung des Vergaberechts insbesondere zu den Einzelheiten der Verfahren und der Grenzen für Auftragswerte gemäß § 2 a Abs. 3,
2. zur Ausgestaltung der Vertragsbedingungen bei der Vergabe von Lieferungen und Leistungen,
3. zur Festlegung der Warengruppen, in denen von einer Gewinnung oder Herstellung unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gemäß § 3 a Absatz 3 auszugehen ist. Unbeschadet der Erbringung anderer, gleichwertiger Nachweise, kann die zuständige Behörde zusätzlich anerkannte unabhängige Nachweise oder Zertifizierungen für eine Herstellung unter bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen benennen, bei deren Vorlage die Erfüllung der Anforderungen nach § 3 a Absatz 1 vermutet wird,
4. hinsichtlich zusätzlicher Anforderungen für den Nachunternehmereinsatz gemäß § 5 bei Bauaufträgen.“

Artikel 2

Schlussbestimmungen

Dieses Gesetz tritt am ersten Tage des zweiten auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft.

Vergabeverfahren, die vor diesem Zeitpunkt begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren sowie an diesem Zeitpunkt anhängige Nachprüfungsverfahren werden nach dem Recht zu Ende geführt, das zur Zeit der Einleitung des Verfahrens galt.

Begründung

A. Allgemeines

Am 16.4.2016 ist das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, mit dem umfangreiche Veränderungen des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung (VgV) und weiterer vergaberechtlicher Rechtsvorschriften verbunden waren. Die sich daraus ergebenden Rechtsänderungen machen Änderungen an verschiedenen Vorschriften des Hamburgischen Vergabegesetzes (HmbVgG) erforderlich.

Zentrale Punkte des Änderungsgesetzes sind:

- Verpflichtung zur Anwendung der auf die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), einem zwischen Bund und Ländern abgestimmten Regelungswerk an Stelle des 1. Abschnitts der VOL/A.
- Anpassung des § 3 HmbVgG an die Rechtsprechung des EuGH zum Mindestlohn bei Einsatz von Nachunternehmern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat.
- Verzicht auf Detailangaben in der Tariftreueerklärung (§ 3 Absatz 4 HmbVgG), als Maßnahme des Bürokratieabbaus.
- Verpflichtung zur vorrangig Beschaffung fair gehandelter Produkte in besonderen Warengruppen (§ 3a Absatz 4. HmbVgG).

Weitere Änderungsbedarfe ergaben sich aus den bekannt gewordenen Bedürfnissen der Praxis; zudem wurden einige redaktionelle Änderungen, Klarstellungen und Straffungen vorgenommen.

B. Einzelbegründung

Zu § 1 (Sachlicher Anwendungsbereich)

Zu Absatz 1

Ohne inhaltliche Änderung wird die Vorschrift an die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) neu benannte Paragraphen-Zählung angepasst.

Die Formulierung „ungeachtet des Erreichens der Schwellenwerte“ bringt ohne inhaltliche Veränderung klarer zum Ausdruck, dass § 103 GWB unterhalb wie oberhalb der EU-Schwellenwerte anzuwenden ist.

Zu Absatz 2

Die Ausnahmeregelung für freiberufliche Tätigkeiten, wird aufgehoben. Auch im GWB und der Vergabeverordnung (VgV) werden freiberufliche Tätigkeiten bis auf wenige Ausnahmen vergaberechtlich wie andere Dienstleistungen behandelt.

Die Aufhebung dieser Vorschrift hat zur Folge, dass nunmehr auch § 3 (Tariftreueerklärung und Mindestlohn) auf die freiberuflichen Leistungen Anwendung findet, wenn Freiberufler zur Erbringung der Leistung Angestellte einsetzen.

Die neue Formulierung des Absatzes 2 schafft Klarheit hinsichtlich des anzuwendenden Rechts für den Fall, dass mehrere Länder Aufträge in Kooperation vergeben. Diese ebenso in § 2 Abs. 5 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz sowie § 2 Abs. 6 Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen zu findende Regelung gibt dem Auftraggeber auf der einen Seite auf, mit den anderen Län-

dem eine Einigung hinsichtlich der Geltung der Inhalte dieses Gesetzes anzustreben, ermöglicht ihm aber auch eine Abweichung, sollte eine Einigung nicht möglich sein.

Zu § 2 (Persönlicher Anwendungsbereich)

Zu Absatz 1

Der Auftraggeberbegriff wird an § 98 GWB angepasst; im Übrigen redaktionelle Straffung.

Zu Absatz 2

Absatz 2 wurde in Anlehnung an den Wortlaut des § 65 Absatz 3 LHO neu formuliert. Die Regelung übernimmt bewusst die zwingende Formulierung aus § 65 Absatz 3 LHO und knüpft damit an die in § 65 Absatz 1 insbesondere Nummer 3 formulierten Grundsätze an. Die zuständigen Behörden müssen z. B. durch eine entsprechende Formulierung der Geschäftsanweisungen und das Hinwirken auf eine Beschlussfassung im jeweiligen Gremium die Anwendung des Vergaberechts gewährleisten. Bei mittelbarer Beteiligung ist bei Gestaltung des Gesellschaftervertrags, der dieser Gründung zugrunde liegt, darauf hinzuwirken, dass dieser ebenfalls die Verpflichtung zur Umsetzung des Vergaberechts beinhaltet.

Zu Absatz 3

Absatz 3 erweitert die bisherige 80%-Regelung auf juristische Personen des öffentlichen Rechts. Es gibt bei diesem Ausnahmetatbestand keinen Grund für eine unterschiedliche Behandlung von Personen des privaten und des öffentlichen Rechts. Sollten diese öffentlichen Auftraggeber Aufträge in einem vom Wettbewerb gekennzeichneten Bereich vergeben, sind sie nicht an das Hamburgische Vergabegesetz gebunden. Es ist Aufgabe der Aufsichtsgremien, auf einen verantwortungsbewussten Umgang mit dieser Vorschrift hinzuwirken. Die Bindung an das Vergaberecht im Übrigen bleibt selbstverständlich bestehen.

Zu § 2 a (Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen auf Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte)

Zur Überschrift

In der Überschrift ist nunmehr von der Anwendung „vergaberechtlicher Bestimmungen“ die Rede, weil der bisherige Begriff „Vergabe- und Vertragsordnung“ durch die Vergaberechtsreform überholt ist.

Zu Absatz 1

Absatz 1 ordnet für den Unterschwellenbereich die Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) an, womit diese Gesetzesrang erhält. Bei diesem Regelungswerk handelt es sich um eine Vorschrift, die der Bund in Kooperation mit den Ländern als einheitliche Vergabevorschrift entwickelt hat. Der Bund wird seine Vergabestellen per Erlass zur Anwendung verpflichten. Auch die Länder und Kommunen werden für ihre Vergabestellen die Geltung der UVgO anordnen. Diese Vorgehensweise ist daher auch für Hamburg angezeigt. Der bisherige Verweis auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL), 1. Abschnitt, entfällt, wie auch bereits im Oberschwellenbereich in der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) seit dem 12.04.2016 der Verweis auf die VOL/A, 2. Abschnitt, entfallen ist.

Aus dem Verweis auf UVgO ergibt sich zugleich die Verpflichtung zur Anwendung der allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (§ 21 Abs. 2 UVgO).

Aus dem Verweis ist jedoch § 50 UVgO ausgenommen. Dieser enthält in Anlehnung an die VV zu § 55 BHO lediglich die Aussage, dass im Bereich freiberuflicher Leistungen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sei. Diese vage Orientierung am Vergaberecht wird dem Umstand nicht gerecht, dass auch für diese Leistungen ein Bedarf für wettbewerbliche Verfahren besteht. Hierbei kommt es allein auf den

Inhalt der Leistung an, der Status des Auftragnehmers („Freiberufler“) ist nicht maßgeblich. Zudem werden seit Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes im Oberschwellenbereich die freiberuflichen Leistungen bis auf wenige Sonderregelungen wie Liefer- und Dienstleistungen behandelt. Dies ist auch für die Unterschwelle angezeigt. Es gelten mithin alle Vorschriften des Hamburgischen Vergabegesetzes und der Unterschwellenvergabeordnung auf für freiberufliche Leistungen.

- Weitere Ausnahmen: (noch offen, ggf. Anpassungsbedarfe aus der Behördenabstimmung).

Die Verpflichtung einer entsprechenden Anwendung der Sektorenverordnung ist bereits in der bisherigen Fassung enthalten. Sie ist auch nach der Vergaberechts-Novelle erforderlich. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass nicht alle Regelungen des Sektorenvergaberechts auch unterhalb der Schwellenwerte unverändert angewendet werden können.

Die Unterschwellenvergabeordnung ist teilweise restriktiver als die Sektorenverordnung. Es wäre widersprüchlich, wenn im Unterschwellenbereich engere Regelungen gelten würden als im EU-Vergaberecht. Daher finden die Regelungen der Sektorenverordnung für diesen Bereich nur Anwendung, soweit sie sinnvoll übertragbar sind. Um eine Schlechterstellung von Sektorenauftraggebern im Unterschwellenbereich zu vermeiden, können Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB im Übrigen unterhalb der Schwellenwerte auf Bestimmungen der VOB/A (für den Baubereich) oder der Unterschwellenvergabeordnung (für den Liefer- und Leistungsbereich) zurückgreifen, soweit diese Bestimmungen für sie weniger einschränkende Regelungen im Vergleich zur Sektorenverordnung enthalten. Dies gilt z. B. in Bezug auf von Auftraggebern einzuhaltende Fristen bei Vergabeverfahren, Anforderungen an Bekanntmachungen sowie hinsichtlich der Möglichkeit, als Vergabeart eine Beschränkte Ausschreibung ohne einen vorgeschalteten Öffentlichen Teilnahmewettbewerb zu wählen.

Zu Absatz 2 neu

Die Vorschrift enthält den ehemals in § 3 Absatz 6 enthaltenen Hinweis, dass für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen § 3 Absätze 1 bis 4 anzuwenden ist. Damit wird zugleich geregelt, dass im Unterschwellenbereich Konzessionen nicht unter das Hamburgische Vergabegesetz fallen, Auch die Unterschwellenvergabeordnung regelt die Konzessionen nicht. Ob Regelungsbedarf auch im Unterschwellen-Bereich besteht, wird man erst beurteilen können, wenn hinreichende Erfahrungen mit der Konzessionsvergabeordnung im Oberschwellenbereich vorliegen.

Durch die Einfügung dieser Vorschrift wird der ehemalige Absatz 2 zu Absatz 3

Zu Absatz 3 (ehemals Absatz 2)

Die Neuformulierung bringt den bereits in der alten Fassung intendierten Regelungsgehalt deutlicher zum Ausdruck, dass auf der einen Seite die für Grundsatzfragen des Vergaberechts zuständige Behörde Wertgrenzen festlegen kann, welche auf der anderen Seite die Auftraggeber nach § 2 anwenden dürfen und setzt damit eine Forderung des Rechnungshofs um (Jahresbericht 2016, Tz. 122-123). In Absatz 1 wurde der Begriff der Verhandlungsvergabe hinzugefügt, wie er auch in der Unterschwellenvergabeordnung in § 12 verwendet wird. Dieser Begriff ersetzt, soweit es um Liefer- und Dienstleistungen geht, den Begriff der Freihändigen Vergabe. Weil der Begriff der Freihändigen Vergabe aber in der VOB/A weiterhin verwendet wird, ist es erforderlich, beide Termini zu verwenden.

Zu § 3 (Tariftreueerklärung und Mindestlohn)

Zu Absatz 1

Die Formulierung des Absatz 1 wurde sprachlich durch die Einfügung des Begriffs „öffentliche Aufträge“ an die nachfolgenden Absätze angepasst. Mit der Ergänzung der Abgabe per Fax und in Textform nach § 126 b des Bürgerlichen Gesetzbuchs mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 7 UVgO werden die Formvorschriften vereinheitlicht. Entsprechend werden auch die Absätze 2 und 3 angepasst.

Zu Absatz 2

Die Ergänzung „nach Festlegung durch den Auftraggeber“ macht die Regelung zukunftssicher im Hinblick auf die E-Vergabe, weil ab dem festgelegten Zeitpunkt eine vollständige elektronische Kommunikation vorgeschrieben ist.

Die Pflicht zur Selbstverpflichtung, den Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung einen Mindestlohn gemäß Mindestlohngesetz zu zahlen, gilt nunmehr nur noch, soweit die Leistung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird. Denn der Europäische Gerichtshof hat mit seinem Urteil in der Rechtssache C 549/13 vom 18.09.2014 entschieden, dass der vergaberechtliche Mindestlohn nicht auf Arbeitnehmer eines Nachunternehmers mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat erstreckt werden darf, wenn diese Arbeitnehmer den betreffenden Auftrag ausschließlich in diesem Staat ausführen.

Zu Absatz 3

Vgl. zum Fax und zur Textform die Ausführungen zu Absatz 1.

Zu Absatz 4 alt

Der ehemalige Absatz 4 ist aufgehoben worden. Die dort enthaltene Verpflichtung, bereits bei der Abgabe des Angebots die Art der tariflichen Bindung sowie die gezahlte Höhe des Stundenlohns anzugeben, sollte dazu dienen, die Angaben nachvollziehen und überprüfen zu können. Diese Regelung hat sich wegen der geforderten Detailtiefe der Nachweise als hohe bürokratische Hürde für potentielle Auftragnehmer dargestellt; ihre Streichung führt jedoch zu keiner materiellen Veränderung, weil die Bieter weiterhin zur Abgabe der Tariftreue- und Mindestlohnklärung gemäß § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 HmbVgG verpflichtet sind. Die Einhaltung dieser Verpflichtung kann zudem weiterhin kontrolliert werden.

Die Abschaffung dieser Regelung kommt den KMU entgegen und leistet einen Beitrag zum Bürokratieabbau.

Im Zuge dieser Aufhebung wird der ehemalige Absatz 5 zu Absatz 4.

Zu Absatz 5 (ehemals Absatz 7)

Durch die Abhebung des ehemaligen Absatzes 4 und die Verlagerung des Regelungsinhalts des ursprünglichen Absatzes 6 in § 2 Abs. 2 wird der alte Absatz 7 zu Absatz 5.

Die Änderung des Verweises auf nunmehr § 2 Absatz 3 ist eine Folgeänderung zur Änderung des § 2. Die Anforderungen nach § 3 gelten unverändert auch für die Aufträge, die die öffentlichen Unternehmen im Bereich des entwickelten Wettbewerbs vergeben.

Zu Absatz 6 alt

Der Inhalt des aufgehobenen Absatzes 6 wird jetzt in modifizierter Form in § 2 a Absatz 2 geregelt (vgl. Begründung dort).

Zu § 3 a (Sozialverträgliche Beschaffung)

Zur Überschrift

Durch die Ergänzung der Vorschrift durch eine Regelung zu Fair-Trade-Produkten war eine Änderung des Titels der Norm erforderlich. Der Terminus „sozialverträgliche Beschaffung“ vereint als Oberbegriff die in der Norm geregelten Aspekte „ILO-Kernarbeitsnormen“ und „Fair-Trade-Produkte“.

Zu Absatz 2

Redaktionelle Straffung.

Zu Absatz 4

Die Vorschrift verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, fair gehandelten Produkten den Vorzug bei der Beschaffung zu geben, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Eine Voraussetzung ist, dass mindestens zwei Unternehmen vergleichbare Produkte anbieten. Ein Markt liegt demzufolge dann noch nicht vor, wenn Produkte erstmals von einem einzigen Anbieter als fair gehandelt verkauft werden. Das zusätzliche Erfordernis der wirtschaftlichen Vertretbarkeit begrenzt als übergreifendes Prinzip des Haushaltsvergaberechts diese Verpflichtung und ist als Aufforderung an die öffentlichen Auftraggeber zu verstehen zu prüfen, ob trotz des zu erwartenden Mehrpreises für faire Produkte das sozialpolitische Ziel der Förderung des sozialen Handels im konkreten Einzelfall mit haushaltsrechtlichen Erfordernissen in Einklang zu bringen ist. Eine weitergehende Festlegung ist wegen der Marktdynamik in diesem Bereich nicht möglich, die neue Regelung erlaubt eine flexible Anpassung des Verwaltungshandelns an zukünftige Marktentwicklungen.

Die Einführung dieser Vorschrift entspricht der Zielsetzung des Bürgerschaftlichen Ersuchen 21/5966, in dem der Senat aufgefordert wurde darzulegen, wie Fairer Handel intensiviert und die Beschaffung der Stadt Hamburg noch stärker anhand fairer Kriterien erfolgen kann.

Zu § 3 b (Umweltverträgliche Beschaffung)

Zur Überschrift

Die Neugestaltung der Überschrift verdeutlicht, dass die Vorschrift nicht für Bauaufträge gilt. Diese Vorschrift war dem § 3 der alten VgV vom 11.2.2003 (BGBl. I S. 169), jetzt § 67 VgV, teilweise nachgebildet. Sie bezog sich auf Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und berücksichtigte somit nicht die Spezifika von Bauaufträgen. Dieser begrenzte Anwendungsbereich wird hier bereits in der Überschrift verdeutlicht. Für den Baubereich werden diese Sachverhalte in spezifischen Verwaltungsvorschriften (VV-Bau) umfassender geregelt, die z. T. über die gesetzliche Regelung hinausgehen.

Zu Absatz 2

Die Vorschrift wird um den Aspekt der zugesagten Reparaturfähigkeit ergänzt, da dies unmittelbare Auswirkungen auf die Nutzungsdauer eines Produktes und somit die Lebenszyklusbetrachtung hat. Eine zugesicherte Reparaturfähigkeit soll dann in die Wertung mit einfließen, wenn ein Hersteller garantiert, dass ein Gerät für einen längeren Zeitraum insbesondere nach einem Modellwechsel repariert werden kann

Zu Absatz 3

Die Zusammenfassung gleichartiger Bedarfe in Rahmenvereinbarungen verdeutlicht die unter Umweltfreundlichkeits- und Energieeffizienz Gesichtspunkten zu begrüßende Bündelung von Beschaffungen.

Zu Absatz 4

Die Änderung des Wortlauts in „Umweltgütezeichen“ dient der Schaffung einer einheitlichen Terminologie innerhalb der Vorschrift und ist lediglich redaktioneller Natur.

Zu Absatz 5

In Nr. 2 ist hinsichtlich der Anforderungen an die Gütezeichen ergänzt worden, dass diese zur Gewährleistung der Aussagekraft von unabhängigen Dritten festgelegt wurden.

Zu Absatz 6

Die Vorschrift verweist in Satz 2 auf § 49 Abs. 2 VgV und erklärt damit die für den Oberschwellenbereich konzipierte Vorschrift, welche die Anforderung an Systeme oder Normen des Umweltmanagements regelt, auch für den Unterschwellenbereich für anwendbar.

Zu § 4 (Mittelstandsförderung und Eignungsnachweis durch Präqualifizierungssystem)

Zu Absatz 1

Die Einfügungen sind eine redaktionelle Anpassung an § 8 UVgO.

Zu § 5 (Nachunternehmereinsatz)

Zu Absatz 1

Der neu gestaltete Absatz fasst die bisherigen Regelungen der Absätze 1 und 2 zusammen.

Zu Absatz 2

Der neu gestaltete Absatz 2 harmonisiert § 5 mit den Regelungsvorgaben des § 36 VgV. Der ursprünglich sehr umfangreich gestaltete § 5 HmbVgG hat insoweit in Bezug auf die Regelungstechnik seine Bedeutung im Liefer- und Dienstleistungsbereich verloren und kann um diese seit neuestem anderweitig geregelten Inhalte durch eine Verweisung entlastet werden.

Zu § 6 (Wertung unangemessen niedriger Angebote)

Der Wert der Abweichung vom nächst höheren Angebot, ab dem eine Angebotskalkulation von Bauleistungen vom öffentlichen Auftraggeber zu überprüfen ist, wurde auf 20% erhöht und damit an die Entwicklung in der Rechtsprechung angepasst (vgl.; OLG Düsseldorf Beschl. v. 25. 4. 2012, Verg 61/11, OLG München, Beschluss vom 30.11.2015 – Verg 7/15). Der bisherige Wert von 10% bildet nach allgemeiner Auffassung keine belastbare Grundlage für die Annahme der Unauskömmlichkeit eines Angebots.

Zu § 7 (Wertungsausschluss)

Durch die Ergänzungen in den Nummern 2 und 3 wird nunmehr ohne inhaltliche Änderung deutlich unterschieden zwischen den auf Grundlage dieses Gesetzes geforderten Erklärungen, welche um die §§ 3 b, 5 und 10 ergänzt wurden, oder sonstigen nicht auf Grundlage dieses Gesetzes geforderten Nachweisen, die sowohl die Eignung als auch Leistungsmerkmale und Zuschlagskriterien betreffen können. Damit sind alle denkbaren Nachweiskonstellationen abgedeckt.

Zu § 8 (Unternehmensverzeichnis)

Die Vorschrift wird vollständig aufgehoben, weil sie sich als entbehrlich erwiesen hat. In Zeiten digitaler E-Vergabesysteme ist das dort vorgesehene Instrumentarium überholt. Zudem gibt es inzwischen für den Bau- und Liefer- und Dienstleistungsbereich inzwischen Präqualifikationssysteme, die die Aufgaben des ehemals angedachten Unternehmensverzeichnisses abdecken.

Zu § 9 (Sicherheitsleistung bei Bauleistungen)

Die Vorschrift wird aufgehoben, weil die Sicherheitsleistungen bereits in der VOB/A abschließend geregelt sind

Zu § 10 (Kontrollen)

Die Vorschrift ist ohne Inhaltsänderung umformuliert und übersichtlicher gestaltet worden, indem normenklar zwischen der Kontrollberechtigung und der Pflicht zur Bereithaltung der Unterlagen der Nummern 1 bis 3 unterschieden wird.

Zu § 11 (Sanktionen bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen)

In Absatz 1 wurde der Begriff der Auftragssumme gegen den der Abrechnungssumme ausgewechselt. Unter der Abrechnungssumme ist hierbei die nach der Schlussabrechnung durch den Auftraggeber geschuldete Vergütung inklusive Zusatzleistungen und Preisgleitung, aber ohne Skonti, Sicherheits- oder Gewährleistungseinbehalte oder Schadensersatzansprüche zu verstehen (vgl. Ziffer 6.10 VV-Bau) und stellt in der Phase der Vertragsabwicklung eine eindeutig bestimmbare Basis für die Berechnung etwaiger Schadensersatzansprüche dar. Auf die Höhe der Auftragssumme, die naturgemäß ein prognostisches Element beinhaltet, kann es in dieser Phase nicht mehr ankommen; dieser Begriff ist demzufolge intransparent und könnte zur Unwirksamkeit einer solchen Klausel gem. § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB führen.

Zudem wurde der Wortlaut dahin präzisiert, dass nunmehr „bis zu“ 1 v. H. der Abrechnungssumme als Strafe vereinbart werden kann. In der Rechtsprechung ist diese Vorschrift allerdings als Ermessensvorschrift mit Hinweise auf das Wort „regelmäßig“ interpretiert und damit ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB nicht festgestellt worden (Hanseatisches OLG, Urteil vom 25.02.15, 1 U 117/14). Diese Änderung dient mithin lediglich der Klarstellung im Sinne dieser Rechtsprechung.

Zu § 12 (Erlass von Verwaltungsvorschriften)

Die Vorschrift wurde neu gestaltet, um die bisher in verschiedenen Regelungen enthaltenen Ermächtigungen zum Erlass von Verwaltungsvorschriften zusammenzufassen.

Zu Nr. 1 und 2

Die Nummern 1 und 2 entsprechen dem ursprünglichen Inhalt des § 12 und wurden in Nummer 2 um die Wertgrenzen ergänzt.

Zu Nr. 3

Die Berechtigung zur Festlegung von Warengruppen, in denen von einer Gewinnung oder Herstellung unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen auszugehen ist, wurde ohne inhaltliche Veränderung aus § 3 a Abs. 3 S. 1 in diese Vorschrift überführt.

Zu Nr. 4

Für den Baubereich ist in Nr. 4 eine Befugnis eingefügt worden, den Nachunternehmereinsatz im Baubereich durch die Formulierung zusätzlicher Anforderungen in Verwaltungsvorschriften abweichend zu regeln. Hiermit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Bedeutung der Nachunternehmerthematik im Baubereich besonders hoch ist und nach teilweise strengeren Vorgaben verlangt, welche aber nicht auf den Liefer- und Dienstleistungsbereich übertragen werden können. Dieser Schwierigkeit wird durch eine Auslagerung auf die Ebene der Verwaltungsvorschriften Rechnung getragen, wodurch die andernfalls anzeigte notwendig komplexe Ausgestaltung des § 5 vermieden wird.