

Viertes Gesetz  
zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes

Vom ...

§ 1  
Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes

Das Hamburgische Vergabegesetz vom 13. Februar 2006 (HmbGVBl. S. 57), zuletzt geändert am 18. Juli 2017 (HmbGVBl. S. 222), wird wie folgt geändert:

1. In § 1 werden folgende Absätze 3 und 4 angefügt:

„(3) Dieses Gesetz ist ungeachtet des Erreichens des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 106 GWB nicht auf Sachverhalte anzuwenden, für die gemäß §§ 107, 108, 109, 116, 117 oder 145 GWB Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Teils 4 des GWB gelten.“

(4) Der Senat wird ermächtigt, die Anwendung dieses Gesetzes in einer besonderen Krisensituation, die kurzfristige Beschaffungen zwingend erforderlich macht, durch eine Rechtsverordnung für die Vergabeverfahren ganz oder teilweise auszusetzen, die zur Bewältigung der Krisensituation erforderlich sind, wobei eine Befristung von jeweils höchstens einem Jahr festgesetzt werden soll. In der Rechtsverordnung ist im Einzelnen zu bestimmen:

1. die Art der betroffenen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen,
2. die außer Kraft gesetzten Vorschriften,
3. die von der Aussetzung betroffenen öffentlichen Auftraggeber,
4. der Zeitpunkt, an dem die Rechtsverordnung außer Kraft tritt.“

2. § 2a wird wie folgt geändert:

2.1 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

2.1.1 Satz 1 wird wie folgt geändert:

2.1.1.1 In Nummer 1 wird hinter dem Wort „Dienstleistungen“ die Textstelle „ab einem Wert von 100 000 Euro (ohne Umsatzsteuer)“ eingefügt.

2.1.1.2 In Nummer 2 wird hinter dem Wort „Fassung“ die Textstelle „mit der Maßgabe, dass die freihändige Vergabe nach § 3a Absatz 3 Satz 2 VOB/A bis zu einem Auftragswert von 150 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) zulässig ist“ eingefügt.

2.1.2 Satz 2 wird aufgehoben.

2.1.3 In Satz 3 werden die Wörter „entsprechend an“ durch folgende Textstelle ersetzt:  
„entsprechend an

1. für Liefer- und Dienstleistungen ab einem Wert von 200 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) und
2. für Bauleistungen mit der Maßgabe, dass eine Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bis zu einem Auftragswert von 300 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) zulässig ist“.

2.2 In Absatz 2 wird die Textstelle „§ 3 Absätze 1 bis 4“ durch die Textstelle „§ 3 Absätze 1 bis 8 und 10“ ersetzt.

2.3 Absatz 3 erhält folgende Fassung:

„(3) Die für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Behörde kann in einer Verwaltungsvorschrift gemäß § 12

1. für Vergaben bis zum Erreichen des Schwellenwertes nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 das Verfahren und Grenzen für Auftragswerte festlegen, bis zu deren Erreichen in Einschränkung zu Absatz 1 Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsvergaben durchgeführt sowie Direktaufträge abgeschlossen werden können,
2. für Vergaben nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Abweichungen von den Verfahrensanforderungen zulassen und Grenzen für Auftragswerte festlegen, bis zu deren Erreichen in Einschränkung zu Absatz 1 Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb, Freihändige Vergaben durchgeführt sowie Direktaufträge abgeschlossen werden können.“
3. § 3 erhält folgende Fassung:

### „§ 3

#### Vergabespezifisches Mindestentgelt, Tariftreuerklärung und Mindestlohn

- (1) Öffentliche Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich in Textform bei der Angebotsabgabe verpflichtet haben, ihren Beschäftigten bei der Ausführung dieser Leistungen ein Entgelt zu zahlen, das mindestens der Höhe der jeweils einschlägigen nach Satz 2 erlassenen Rechtsverordnung entspricht (vergabespezifisches Mindestentgelt), soweit die Leistung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird. Der Senat wird ermächtigt, auf Vorschlag der für Arbeitsrecht zuständigen Behörde durch Rechtsverordnungen vergabespezifische Mindestentgelte branchenspezifisch festzulegen, wobei die jeweils geltenden Branchentarifverträge mit tariffähigen Gewerkschaften als Grundlage dienen. Der Senat überprüft alle zwei Jahre die Höhe der in den Verordnungen nach Satz 2 festgelegten Mindestentgelte, erstmals im Jahre 2024.
- (2) Öffentliche Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799), zuletzt geändert am 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1174, 1179), in der jeweils geltenden Fassung, erfasst, dürfen unbeschadet des Absatzes 1 nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich in Textform bei der Angebotsabgabe verpflichtet haben, ihren Beschäftigten bei der Ausführung dieser Leistungen ein Entgelt zu zahlen, das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen auf Grund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gebunden ist. Satz 1 gilt entsprechend für die Beachtung des Tarifvertragsgesetzes in der Fassung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert am 20. Mai 2020 (BGBl. I S. 1055, 1057), des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der Fassung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 159), zuletzt geändert am 4. Januar 2023 (BGBl. I S. Nr. 10 S. 1, 16), in der jeweils geltenden Fassung und anderer gesetzlicher Bestimmungen über Mindestentgelte soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist.
- (3) Öffentliche Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen dürfen unbeschadet der Absätze 1 und 2 nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe durch Erklärung in Textform gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nach Festlegung durch diesen verpflichtet haben, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung einen Mindestlohn nach § 1 Absatz 2 des Mindestlohngesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348), zuletzt geändert am 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 969), in der jeweils geltenden Fassung zu zahlen, soweit die Leistung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird.
- (4) Öffentliche in der Freien und Hansestadt Hamburg zu vergebende Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. EU Nr. L 315 S. 1), geändert am 14. Dezember 2016 (ABl. EU Nr. L 354 S. 22) in der jeweils geltenden Fassung, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich in Textform bei der Angebotsabgabe verpflichtet haben, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende), ein Entgelt zu zahlen, das mindestens der Höhe der jeweils einschlägigen nach Satz 2

erlassenen Rechtsverordnung entspricht (vergabespezifisches Mindestentgelt), soweit die Leistung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird. Der Senat wird ermächtigt, auf Vorschlag der für Verkehr zuständigen Behörde durch Rechtsverordnungen vergabespezifische Mindestentgelte für den Bereich des öffentlichen Personenverkehrs festzulegen, wobei die jeweils geltenden Branchen- und Haustarifverträge mit tariffähigen Gewerkschaften berücksichtigt werden. Der Senat überprüft alle zwei Jahre die Höhe der in den Verordnungen nach Satz 2 festgelegten Mindestentgelte, erstmals im Jahre 2024. Beabsichtigt der Auftraggeber bei einem anstehenden Betreiberwechsel vom ausgewählten Betreiber gemäß Artikel 4 Absatz 5 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu verlangen, dass der ausgewählte Betreiber Arbeitnehmer des bisherigen Betreibers zu deren bisherigen Arbeitsbedingungen übernimmt, hat der bisherige Betreiber die hierzu erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen oder Einsicht in Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen und Aufzeichnungen zu gewähren, aus denen die bisherigen Arbeitsbedingungen hervorgehen. Hierdurch entstehende Aufwendungen des bisherigen Betreibers werden durch den Auftraggeber erstattet.

- (5) Es ist die für die Beschäftigten der Unternehmen günstigste Regelung nach den Absätzen 1 bis 3 anzuwenden.
  - (6) In den Vergabeunterlagen ist anzugeben, auf welcher Rechtsgrundlage in Anwendung der Absätze 1 bis 5 das Entgelt für die jeweilige Leistung zu zahlen ist. Hierbei kann auf eine nach den Absätzen 1 und 4 erlassenen Rechtsverordnung Bezug genommen werden.
  - (7) Öffentliche Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe nach Festlegung durch diesen in Textform verpflichten, im Fall der Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes dafür zu sorgen, dass die Verleiher den Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern bei der Ausführung der Leistung das gleiche Arbeitsentgelt gewähren wie vergleichbaren Beschäftigten des Entleihers.
  - (8) Auf bevorzugte Bieter gemäß § 3a Absatz 5 Satz 1 finden die Absätze 1 und 3 bis 7 keine Anwendung.
  - (9) Auf die Absätze 1 bis 8 findet § 2 Absatz 3 keine Anwendung.
  - (10) Die Absätze 1 bis 7 finden Anwendung
    1. für Liefer- und Dienstleistungen ab einem Auftragswert von 100 000 Euro (ohne Umsatzsteuer),
    2. für Bauleistungen ab einem Auftragswert von 150 000 Euro (ohne Umsatzsteuer),
    3. für Leistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene im Sinne des Absatzes 4 ab Erreichen des jeweiligen Schwellenwertes nach § 106 GWB.“
4. In § 3a wird folgender Absatz 5 angefügt:
- „(5) Öffentliche Aufträge, die von anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen, anerkannten Blindenwerkstätten oder Inklusionsbetrieben (bevorzugte Bieter) ausgeführt werden können, werden diesen bevorzugt angeboten; zudem kann bevorzugten Bietern nach Maßgabe der Verwaltungsvorschrift nach Satz 2 beim Zuschlag und den Zuschlagskriterien ein Vorteil gewährt werden. Die für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Behörde kann in einer Verwaltungsvorschrift nach § 12 die Einzelheiten festlegen.“
5. In § 6 Satz 1 wird die Zahl „10“ durch die Zahl „20“ ersetzt.

6. § 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 für ihn tätige Unternehmen (Nachunternehmer sowie auch für diese tätige Unternehmen), folgende vollständige und überprüfbare Unterlagen über die eingesetzten Beschäftigten bereithalten und dem Auftraggeber auf eigene Kosten auf Verlangen binnen einer angemessenen Frist am Ort der Kontrolle vorlegen und erläutern:

1. Entgeltabrechnungen,
2. Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen gemäß § 7 Absatz 1,
3. die zwischen den jeweiligen Auftragnehmern, Nachunternehmer sowie für diese tätige Unternehmen abgeschlossenen Verträge.

Bei hinreichendem Verdacht ist der Auftraggeber zur Kontrolle verpflichtet. Der Auftragnehmer hat seine Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen. Die für Grundsatzfragen des Vergaberechts zuständige Behörde ist berechtigt, eine zentrale Stelle zur Unterstützung der Kontrollen zu benennen. Die Auftraggeber nach § 2 sind verpflichtet, die zentrale Stelle bei ihrer Tätigkeit zu unterstützen.“

7. § 12 wird wie folgt geändert:

7.1 Die Wörter „kann Verwaltungsvorschriften erlassen“ werden durch die Textstelle „kann über die in den vorstehenden Vorschriften geregelten Fällen hinaus Verwaltungsvorschriften erlassen, insbesondere“ ersetzt.

7.2 Nummer 1 erhält folgende Fassung:

„1. zur Anwendung des Vergaberechts und den Einzelheiten der Verfahren,“.

§ 2  
Schlussbestimmungen

- (1) Dieses Gesetz tritt am ersten Tage des zweiten auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft.
- (2) Vergabeverfahren, die vor dem in Absatz 1 genannten Zeitpunkt begonnen wurden, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren sowie zu diesem Zeitpunkt anhängige Nachprüfungsverfahren werden nach dem Recht zu Ende geführt, das im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt.

## Begründung

### A. Allgemeines

Die letzte Gesetzesänderung hatte im Wesentlichen die Anpassung des Hamburgischen Vergabegesetzes an die mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz verbundenen Rechtsänderungen zum Ziel (vgl. Drittes Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes vom 18.7.2017; HmbGVBl, S. 222).

Seit dieser Änderung haben sich viele gesellschaftliche Entwicklungen stark beschleunigt. Zu nennen sind hierbei insbesondere die Digitalisierung sowie gesellschaftspolitische Herausforderungen wie die Pandemie und die mit dem russischen Angriffskrieg auf die Ukraine in Verbindungen stehende Infla-

tion. Das Vergaberecht muss vor diesem Hintergrund einen Beitrag leisten, um auf die Herausforderungen der Gegenwart angemessen reagieren und die Handlungsfähigkeit des Staates bei der Daseinsvorsorge gewährleisten zu können, ohne die sozialpolitischen Belange aus dem Blick zu verlieren.

Das vorgelegte Gesetz reagiert hierauf insbesondere mit einer weitreichenden Erleichterung der Vergabeverfahren im Bereich unter 100.000 Euro im Liefer- und Dienstleistungsbereich sowie der Möglichkeit, in krisenhaften Situationen das Vergaberecht mittels einer Rechtsverordnung zeitlich beschränkt auszusetzen. Die hiermit einhergehende Verschlankung der Vergabeverfahren setzt somit den bereits eingeschlagenen Weg der Entbürokratisierung konsequent fort.

Beim Blick auf die zuvor beschriebenen gesellschaftspolitischen Herausforderungen dürfen auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht aus dem Blick geraten, die im Rahmen von öffentlichen Aufträgen für die Freie und Hansestadt Hamburg tätig werden und damit einen wertvollen Beitrag dazu leisten, dass der Staat seine Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen kann.

Daher ist es angezeigt, dafür Sorge zu tragen, dass dort, wo der Staat auf eine angemessene Vergütung Einfluss hat, diese Gestaltungsmöglichkeit auch genutzt wird. Das vergabespezifische Mindestentgelt stellt folgerichtig sicher, dass für Menschen, die in Erfüllung eines öffentlichen Auftrags arbeiten, ein angemessenes Entgeltniveau etabliert wird.

Auch im Bereich der sog. bevorzugten Bieter nimmt das Gesetz das strategische Handlungsfeld „sozialpolitische Aspekte“ in den Blick, indem eine Privilegierung für anerkannte Werkstätten für behinderte Menschen, anerkannte Blindenwerkstätten und Inklusionsbetriebe eingeführt wird.

Mit dem Vierten Änderungsgesetz erfolgt somit eine zukunftsgerichtete Anpassung. Es werden zusammengefasst die Voraussetzungen für eine erforderliche Entbürokratisierung des Vergabeverfahrens im Dienst- und Lieferleistungsbereich unterhalb der EU-Schwellenwerte geschaffen und im Hinblick auf soziale Kriterien gezielt Akzente gesetzt.

Zentrale Punkte des Vierten Änderungsgesetzes sind:

- für Dienst- und Lieferleistungen unter einem Auftragswert von 100.000 Euro die Einführung eines Bereichs, der per Verwaltungsvorschrift abweichend von der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) geregelt werden kann,
- die Einführung eines vergabespezifischen Mindestentgelts, das per Rechtsverordnung orientiert an bestehenden Tarifverträgen ausgestaltet wird,
- die verstärkte Berücksichtigung von sog. bevorzugten Bietern im Unterschwellenbereich.

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

## **B. Einzelbegründung**

### **Zu § 1**

#### **Zu Absatz 3 neu**

Der neu geschaffene Absatz 3 nimmt in den dort aufgeführten Fällen das Hamburgische Vergabegesetz insgesamt von der Anwendung aus.

Die Vorschrift übernimmt § 1 Absatz 2 der Unterschwellenvergabeordnung, der bestimmte Bereichsausnahmen aus dem GWB auch für die Schwelle für anwendbar erklärt. Diese Vorschrift kommt zwar im Liefer- und Dienstleistungsbereich bereits über § 2a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 zur Anwendung, dennoch wurde in der Rechtsanwendungspraxis die Frage aufgeworfen, ob nicht die übrigen

Vorschriften des Hamburgischen Vergabegesetzes noch in irgendeiner Weise Geltung beanspruchen könnten. Die vorliegende Rechtsänderung stellt klar, dass in diesen Fällen das gesamte Gesetz nicht zur Anwendung kommt.

Die Vorschrift hat insbesondere zur Folge, dass auch im Baubereich für Unterschwellenvergaben die Bereichsausnahmen und Ausnahmevorschriften des GWB zur Anwendung kommen können. Dies war bislang zwar immer angenommen worden, aber insbesondere die Übertragung der Inhouse-Grundsätze des § 108 GWB bei Bauvergabeverfahren im Unterschwellenbereich war mit dogmatischen Schwierigkeiten verbunden, die darin wurzeln, dass die VOB/A eine dem § 1 Absatz 2 UVgO vergleichbare Norm nicht kennt. Die nunmehr erfolgte Klarstellung folgt dem Bedürfnis der Praxis nach Rechtssicherheit in diesem Bereich.

### **Zur Absatz 4 neu**

Die Vorschrift gibt dem Senat die Möglichkeit, in den genannten Situationen die Anwendung des Vergabegesetzes mittels Erlasses einer Rechtsverordnung befristet, ganz oder teilweise auszusetzen.

Die vielfältigen krisenhaften Szenarien der Vergangenheit (sog. Flüchtlingskrise 2015/16, Corona-Pandemie 2020, Ukraine-Krieg seit Anfang 2022) haben immer wieder zu Diskussionen über die Anwendbarkeit des Vergaberechts und Erleichterungen in diesem Bereich geführt. Vielfach wurde insbesondere der Begriff der „Dringlichkeit“ in z. B. § 8 Absatz 4 Nummer 9 UVgO sowohl in den Stellungnahmen der EU als auch des BMWK sehr extensiv interpretiert.

Die Rechtsprechung der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte folgte dabei immer dem gleichen Muster: Zunächst wurde die Annahme von Dringlichkeit bejaht, mit zeitlichem Fortschreiten der Krisen aber immer häufiger verneint, weil die Auftraggeber die dann nicht mehr neue Entwicklung in ihrer Planung hätten berücksichtigen müssen, sodass eine Zurechenbarkeit zum Verhalten des Auftraggebers im Rechtssinne gegeben sei.

Der Senat kann für den Unterschwellenbereich in einer besonderen Krisensituation durch Erlass einer Rechtsverordnung das Vergabegesetz befristet ganz oder teilweise aussetzen. Hiermit wird für die Beschaffungsstellen die erforderliche Rechtssicherheit geschaffen. Rechtsfolge ist, dass das Vergaberecht im Unterschwellenbereich im definierten Bereich nicht gilt und stattdessen der allgemeine Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Platz greift.

Der Begriff der besonderen Krisensituation ist weit gefasst und umfasst jedenfalls aus anderen Sicherheitsgesetzen bekannte Begriffe wie den der „Katastrophe“, des „Notstands“, und der „pandemischen Lage“. Diese Krisen müssen kurzfristige Beschaffungen zwingend erforderlich machen, was umso eher gegeben ist, je stärker die zu beschaffenden Leistungen dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzurechnen sind. Im Gegensatz zu anderen Vorschriften des Vergaberechts, die den Begriff der Dringlichkeit tatbestandlich voraussetzen, ist gerade nicht gefordert, dass diese Situation ohne Verschulden seitens der öffentlichen Auftraggeber eingetreten ist. In einer Krisensituation steht so das Wohl der Bevölkerung im Mittelpunkt und nicht die Frage der Feststellung ggf. vorliegender Fehleinschätzungen oder -planungen. Gleichzeitig ist die Vorschrift als Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen um eine zweckentfremdende Umgehung des Vergaberechts zu verhindern.

Die teilweise Aussetzung kann unterschiedlich ausgestaltet werden. So kann es z. B. angezeigt sein, das Vergabegesetz zur Bewältigung einer bestimmten Situation außer Kraft zu setzen („Beschaffungen, die der Unterbringung von geflüchteten Menschen dienen“) oder auch nur für einen Teilbereich, also z.B. für die Beschaffung von Dienst- und Lieferleistungen, nicht aber für Bauleistungen. Weiter denkbar ist zudem, einzelne Vorschriften zeitweise auszusetzen.

Die Befristung beträgt grundsätzlich ein Jahr, das Wort „jeweils“ weist darauf hin, dass mehrere Verlängerungen der Aussetzung denkbar sind. Es kommt nur darauf an, dass der Senat die Entscheidung in jedem Jahr auf der Grundlage einer Neubewertung der aktuellen Situation erneut trifft.

Die vorgenannten Aspekte werden dadurch rechtlich abgesichert, dass gemäß Nummern 1 bis 4 in der Rechtsverordnung die Art der betroffenen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen (Nr. 1), die außer Kraft gesetzten Vorschriften (Nr. 2), die von der Aussetzung betroffenen öffentlichen Auftraggeber (Nr. 3) und der Zeitpunkt, an dem die Rechtsverordnung außer Kraft tritt (Nr. 4), zu regeln sind.

## **Zu § 2a**

### **Zu Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 2**

Die neu eingefügte Wertgrenze von 100.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) führt dazu, dass bei Aufträgen unterhalb dieses Wertes die Unterschwellenvergabeordnung nicht mehr angewendet werden muss (vgl. hierzu die Ausführungen zu Absatz 3). In diesem Bereich werden die zur Anwendung kommenden Vorschriften künftig über die Hamburgische Vergaberichtlinie (HmbVgRL) bestimmt. Im Baubereich hingegen bleibt es bei der vollumfänglichen Verpflichtung zur Anwendung der VOB im Unterschwellenbereich.

### **Zu Absatz 1 Satz 2 (weggefallen)**

Aufgrund der Neuregelung des Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 kann dieser Satz entfallen, weil der neue Absatz 3 generelle Regelungsmöglichkeiten für die Verwaltung eröffnet, die den ehemaligen Regelungsbereich der Norm jedenfalls mit umfassen.

### **Zu Absatz 1 Satz 3**

Der Grundsatz der entsprechenden Anwendung der Sektorenverordnung bleibt im Grundsatz erhalten, setzt aber erst ab einem Wert von 200.000 Euro ein. Grund sind die Änderungen des Absatzes 1 Satz 1: Dort wird für den Bereich der Liefer- und Dienstleistungen ein Bereich unter 100.000 Euro geschaffen, der ein vereinfachtes vergaberechtliches Regime ermöglicht. Hiervon profitierten Sektorenauftraggeber aber ausgerechnet dann nicht, wenn der Auftrag in den Bereich ihrer Sektorentätigkeit fiel; ein Bereich, der im Oberschwellenbereich durch die Regelungen der Sektorenverordnung privilegiert ist. Hier schafft die vorgeschlagene Regelung Abhilfe.

Für Sektorenauftraggeber trägt die bei Liefer- und Dienstleistungen höhere Wertgrenze (200.000 Euro ohne Umsatzsteuer) zudem dem Umstand Rechnung, dass im Unterschwellenbereich die Angebotseingänge deutlich zurückgehen und zudem eine Gleichstellung vor den Hintergrund der jeweiligen EU-Schwellenwerte für Sektorenauftraggeber (derzeit 431.000 Euro) und die öffentlichen Auftraggeber (215.000 Euro) unangemessen ist.

Auch für Liefer- und Dienstleistungen sowie Bauleistungen sollen in Anwendung der vorstehend dargestellten Systematik zum Sektorenbereich bei öffentlichen Auftraggebern entsprechende Wertgrenzen gelten.

### **Zu Absatz 2**

Redaktionelle Anpassung infolge der übrigen Änderungen.

### **Zu Absatz 3**

### **Zu Nummer 1**

#### **Vereinfachtes Beschaffungsverfahren**

Die neu eingefügte Vorschrift eröffnet der für das Vergaberecht im Liefer- und Dienstleistungsbereich zuständigen Behörde die Möglichkeit, unterhalb der Schwelle des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 das Verfahren für diese Vergaben festzulegen. Gemeint ist damit die Gesamtheit aller in diesem Zusammenhang anzuwendenden Vorschriften. Das Verfahren wird in einer Verwaltungsvorschrift nach § 12 festgelegt, wobei viele Ausgestaltungsmöglichkeiten denkbar sind, z. B. die grundsätzliche Anordnung, die Unterschwellenvergabeordnung anzuwenden, von dieser aber dort abzuweichen, wo in der Praxis die größten Umsetzungsschwierigkeiten liegen. Hiermit wird im Ergebnis dem Bedürfnis nach einem rechtlich klar definierten Verfahren auf der einen und vergaberechtlichen Erleichterungen auf der anderen Seite gleichermaßen genüge getan.

Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde: Das Einkaufsvolumen und die Verfahrenszahl haben sich über die letzten Jahre kontinuierlich gesteigert. So hat sich die Anzahl der Vergabeverfahren mit

einem Auftragswert ab 100.000 Euro von 137 im Jahr 2014 bis auf 264 Verfahren im Jahr 2020 fast verdoppelt. Die große Mehrzahl der Verfahren stellen jedoch nach wie vor die Direktaufträge dar (rd. 87 %), deren Anteil am finanziellen Gesamtvolumen (ohne Rahmenvereinbarungsausschreibungen) jedoch lediglich 10 % der digital erfassten Liefer- und Dienstleistungen ausmachte. Hingegen wurden mit 0,32 % der Gesamtverfahren, deren Wert über 100.000 Euro lag, mehr als die Hälfte des finanziellen Gesamtvolumens vergeben (Bezugsjahr: 2019).

Dies verdeutlicht die Möglichkeiten der FHH, im Bereich der Verfahren über 100.000 Euro strategische Akzente zu setzen sowie eine nachhaltige, steuernde Wirkung auf den Markt und den Wettbewerb zu erzielen. Im Bereich dieser Verfahren ist eine Bereitschaft der Bieter zu erwarten, sich mit den seitens der FHH gestellten Anforderungen auseinanderzusetzen und diese zu erfüllen, um mit der FHH in vertragliche Beziehung zu treten.

Im Bereich der Verfahren unter 100.000 Euro, der durch die Gesetzesänderung im Jahre 2017 deutlich formeller geworden ist, zeichnet sich hingegen eine andere Entwicklung ab: Die Beschaffungseinheiten der Stadt verzeichnen eine schwindende Zahl an Angeboten pro Vergabeverfahren. Um einem möglicherweise entstehenden Trend frühzeitig entgegenzuwirken und die gewünschte Bietervielfalt zu erhalten, ist die Finanzbehörde im Rahmen der Senatsdrucksache „Weniger Bürokratie und mehr Digitalisierung“ mit der Überprüfung der geltenden Wertgrenzen für erleichterte Vergabeverfahren im Vergaberecht des Unterschwellenbereichs beauftragt worden.

Sofern es nicht gelingt die Herausforderung zwischen rechtlich Erforderlichem und wirtschaftlich Vertretbarem zu meistern, wird der Einkauf der FHH in naher Zukunft zunehmend mit unattraktiven Geschäftspartnerinnen und -partnern, einer fehlenden Angebotsbreite sowie zu hohen Preisen zu kämpfen haben. Erste Anzeichen werden in den Einkaufseinheiten bereits deutlich wahrgenommen: Insbesondere innovative Angebote fehlen, und Verfahren müssen teilweise wegen Bietermangel aufgehoben werden.

Eine Verfahrensvereinfachung wird die Zufriedenheit der Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer sowie die Attraktivität der FHH als Geschäftspartnerin in dem Bereich der Liefer- und Dienstleistungen nachhaltig stärken.

### **Direktaufträge**

Bei Auftragsvergaben mit einem niedrigen Gesamtvolumen stellen die Anforderungen eines formellen Vergabeverfahrens einen zentralen Kostenfaktor dar, der meistens die aus dem Wettbewerb resultierenden Einsparungen übersteigt und Bieter wie Vergabestellen gleichermaßen belastet. Die hohen formalen Anforderungen in diesem Bereich widersprechen dem Grundsatz der Förderung von klein- und mittelständischen Unternehmen und tragen zu einer Reduktion der Angebotsvielfalt bei. Die hohe Verfahrenszahl im Bereich unter 100.000 Euro bindet Kapazitäten, ohne eine entsprechende Steuerungswirkung zu entfalten. Direktaufträge bieten die Möglichkeit einer bedarfsorientierten Beschaffung in Bereichen mit geringer gesamtwirtschaftlicher und haushälterischer Steuerungswirkung.

Direktaufträge nach § 14 UVgO sind keine Vergabeverfahren, schaffen bei standardisierten oder weitverbreiteten Gütern eine Angebotsvielfalt und ausreichend Wettbewerb. Die Möglichkeit, die Wertgrenze für Direktaufträge von derzeit 1.000 Euro anzuheben, trägt zur Entlastung der Vergabestellen bei, begründet sich im Prinzip der Wirtschaftlichkeit (§ 7 LHO) sowie aus der Wirtschaftlichkeitsprüfung der zentralen Beschaffungsstellen durch den Rechnungshof und trägt der Preisentwicklung der letzten Jahre Rechnung. Bei Vergabeverfahren mit einem geringen Auftragsvolumen übersteigen die Verfahrenskosten die möglichen wettbewerblichen Vorteile eines formellen Vergabeverfahrens. Gleichzeitig trägt die Verfahrensvereinfachung zur Entbürokratisierung bei und kann damit die Zufriedenheit von Auftragnehmerinnen und Auftragnehmern steigern.

### **Zu Nummer 2**

Im Unterschied zu Nummer 1 (Liefer- und Dienstleistungsbereich) wird für den Baubereich keine generelle Ausnahme für die Anwendbarkeit der VOB geschaffen. Der für Grundsatzangelegenheiten des Bauvergaberechts zuständigen Behörde wird jedoch die Möglichkeit eingeräumt, im Einzelfall Abweichungen von den Verfahrensanforderungen der VOB zuzulassen und die Wertgrenzen für einzelne Verfahrensarten sowie für den Direktauftrag festzulegen, bis zu deren Erreichen diese Verfahren auch ohne das Vorliegen weiterer Tatbestandsvoraussetzungen durchgeführt werden dürfen. Die fachliche Bewertung der für Bauvergaberecht zuständigen Behörde ergab, dass aufgrund der Komplexität der Beschaffungen im Baubereich, der stärkeren Formalisierung der Vergabeverfahren und dem in der Baubranche üblichen elektronischen Austausch von Informationen über den Planungs-, Kalkulations-



und Angebotsprozess seitens der Auftragnehmer/innen und der Vergabestellen keine dringende Notwendigkeit gesehen wird, im Unterschwellenbereich einen Bereich ohne oder mit stark vereinfachten Verfahrensregeln abweichend von den Regeln des Bundes zu schaffen. Hinreichende Flexibilität wird durch die Möglichkeit punktueller Ausnahmen in Einzelfällen geschaffen.

### **Zu § 3**

#### **Zu Absatz 1**

Die neu eingeführte Vorschrift macht die Vergabe öffentlicher Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen von einer Verpflichtungserklärung der Bieter abhängig, die Beschäftigten nach Maßgabe der vom Senat erlassenen Rechtsverordnungen zu bezahlen.

Der Senat wird ermächtigt, per Rechtsverordnung vergabespezifische Mindestentgelte festzulegen, wobei die jeweils geltenden Branchentarifverträge Berücksichtigung finden. Die dort geregelten Entgelte werden jedoch nicht automatisch übernommen, vielmehr können Anpassungen und abweichende Systematisierungen vorgenommen werden. Diesbezüglich unterbreitet die für Arbeitsrecht zuständige Behörde dem Senat Vorschläge.

Geregelt wird in dieser Vorschrift ausschließlich die Entgeltkomponente. Dieses Vorgehen ist mit dem nach § 128 Absatz 2 Satz 1 GWB erforderlichen Auftragsbezug vereinbar.

Diese Regelung hat ihre Grundlage in § 129 GWB, der verlangt, dass zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen in einem Bundes- oder Landesgesetz geregelt werden. Die Vorschrift ist auch konform mit EU-Recht. Nachdem der EuGH entschieden hatte, dass eine Verweisung auf lediglich repräsentative Tarifverträge nicht zulässig (Rüffert, Urt. v. 3. 4. 2008 – C-346/06), die Festlegung von landes- und vergabespezifischen Mindestlöhnen jedoch mit EU-Recht vereinbar ist (Regiopost, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14), verzichtet Absatz 1 auf eine bloße Bezugnahme auf bestehende Tarifverträge, sondern versteht diese als Grundlage für eine Festlegung vergabespezifischer Mindestentgelte seitens der für Arbeitsrecht zuständigen Behörde, wobei sachlich begründete Abweichungen möglich bleiben. Die diesbezügliche Entwicklung in der Rechtsprechung sowie die Gesetzgebung des Bundes und der Länder gilt es zu beobachten, um ggf. erforderliche Anpassungsbedarfe zu identifizieren.

Diese Vorgehensweise ist mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar, weil nur ein gradueller Unterschied zu den unstrittig zulässigen Mindestlohnregelungen in Landesgesetzen besteht.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 entspricht im Wesentlichen Absatz 1 a. F. Die Reduktion auf die „Textform“ ist lediglich redaktioneller Natur und eine Anpassung an die mittlerweile übliche Regelung in Landesvergabegesetzen und ermöglicht abhängig von der übrigen Ausgestaltung des Verfahrens grundsätzlich auch weiterhin die schriftliche Abgabe und die Übermittlung per Telefax.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 entspricht Absatz 2 a. F. Auch hier wurde eine Reduktion auf die „Textform“ vorgenommen, vgl. zu Absatz 2.

#### **Zu Absatz 4**

Die Vorschrift regelt erstmals im Hamburgischen Vergabegesetz die vergaberechtliche Einordnung des ÖPNV. Die Vorschrift ist Absatz 1 nachgebildet und folgt konsequent dem Prinzip, tarifvertragliche Entgelte, die nicht unter Absatz 2 fallen, in einer Rechtsverordnung abzubilden. Die Zuständigkeit der für Verkehr zuständigen Behörde hat ihren Grund in der dort gegebenen Expertise für den ÖPNV-Bereich. Die Regelung zum Betreiberwechsel soll die Rechte der Mitarbeitenden im Falle einer Übernahme des öffentlichen Auftrags durch einen anderen Betreiber stärken. Die Regelung statuiert eine Auskunftspflicht des ursprünglichen Betreibers über die bisherigen Arbeitsbedingungen.

## **Zu Absatz 5**

Der Gesamtkonzeption des § 3 liegt die grundsätzliche Annahme zugrunde, dass das vergabespezifische Entgelt-Niveau auf Grundlage des Absatz 1 am höchsten liegt, gefolgt von den für allgemeinwirksamen erklärten Tarifverträgen nach Absatz 2 und dem Mindestlohn nach Absatz 3. Diese Abstufung kann sich dann ändern, wenn Veränderungen in denen durch Absatz 2 und 3 geregelten Bereichen eintreten. Dies soll den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aber nicht zum Nachteil gereichen. Die Vorschrift stellt daher sicher, dass die günstigste Regelung zur Anwendung kommt.

## **Zu Absatz 6**

Die Vorschrift regelt, dass der öffentliche Auftraggeber in seinen Vergabeunterlagen angeben muss, welche Rechtsgrundlage im Rahmen der Ausführung des öffentlichen Auftrags zur Anwendung kommt. Dies ist Voraussetzung, um der Günstigkeitsregelung in Absatz 5 Geltung zu verschaffen.

Eine Verweisung ist hierbei lediglich auf nach Absatz 1 erlassene Rechtsverordnungen erlaubt, wobei im Einzelnen genau zu differenzieren ist, für welche Leistung welche Rechtsverordnung einschlägig ist.

## **Zu Absatz 7**

Absatz 7 entspricht Absatz 3 a. F.

## **Zu Absatz 8**

Absatz 8 entspricht von der Regelungstechnik Absatz 4 a. F., nimmt aber hinsichtlich der bevorzugten Bieter nunmehr Bezug auf die in § 3a Absatz 5 neu eingeführte Definition. Die in Absatz 2 enthaltene auf allgemeinwirksame Tarifverträge abstellende Regelung wird nicht in Bezug genommen, weil sie durch Landesrecht nicht außer Kraft gesetzt werden kann; auch der alte Absatz 4 hatte den damaligen Absatz 1, der auf Tarifverträge nach Arbeitnehmer-Entsendegesetz verwies, nicht von der Geltung ausgenommen.

## **Zu Absatz 9**

Absatz 9 entspricht Absatz 5 a. F. und ordnet wie dieser an, dass alle vorstehenden Regelungen nicht zur Anwendung kommen bei gegebenem Tatbestand. Die in § 2 Absatz 3 geregelte 80%-Regelung findet auf die Mindestentgeltregelungen der Absätze 1 bis 8 ausdrücklich keine Anwendung.

## **Zu Absatz 10**

Die Vorschrift macht die Anwendbarkeit der Regelung, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen die Abgabe einer Verpflichtungserklärung der Bieter voraussetzt, vom Erreichen bestimmter Wertgrenzen abhängig. Die Verpflichtung, entsprechende Entgelte nach Absatz 2 und 3 zu bezahlen, bleibt unabhängig von einer entsprechenden Verpflichtungserklärung aufgrund des lediglich deklaratorischen Charakters bestehen. Hier entfällt allerdings die entsprechende Kontrolle.

Die Vorschrift nimmt bei Unterschreiten dieser Wertgrenzen lediglich die Absätze 1 bis 7 von der Anwendbarkeit aus, damit die Ausnahmenvorschriften der Absätze 8 und 9 nicht sinnwidrig ebenfalls dieser Grenze unterliegen.

Für Dienstleistungen liegt dieser Wert bei 100.000 Euro, welcher mit § 2a Absatz 1 Nummer 1 neu insofern korrespondiert, dass unterhalb dieses Werts mittels dieses Änderungsgesetzes ein Bereich geschaffen wird, der nach § 2a Absatz 3 Nummer 1 neu von der für Grundsatzfragen des Vergaberechts zuständigen Behörde rechtlich ausgestaltet werden kann. Beide Vorschriften dienen dem Ziel, in diesem Bereich eine Entbürokratisierung zu erreichen, und legen dabei mittels der Wertgrenze den Fokus auf die Vergabeverfahren mit Auftragswerten ab 100.000 Euro, bei denen eine besonders hohe Steuerungswirkung vermittelt durch die Nachfragemacht der öffentlichen Hand zu erwarten ist. Für Bauleistungen liegt der Wert bei 150.000 Euro.

Für Leistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im Sinne des Absatzes 4 kommt die Vorschrift erst ab Erreichen des jeweiligen Schwellenwertes nach § 106 GWB zur Anwendung. Dieser hoch angesetzte Schwellenwert ist angesichts der ohnehin in diesem Bereich regelmäßig sehr hohen Auftragswerte angemessen und schränkt den Anwendungsbereich des Gesetzes daher in der Praxis nicht unverhältnismäßig ein.

Die Vorschrift erfasst auch die Absätze 2 und 3, die nach alter Rechtslage uneingeschränkt zur Anwendung kamen. Dies ist aber aus Gründen der Regelungsklarheit und besserer Umsetzbarkeit in der Praxis unter dem Gesichtspunkt des Bürokratieabbaus angezeigt und zu verschmerzen angesichts des Umstands, dass die Regelung des Absatz 2 (neu), der allgemeinwirksame Tarifverträge in Bezug nimmt, und des Absatz 3 (neu), der auf das Mindestlohngesetz des Bundes verweist, ohnehin lediglich deklaratorischer Natur sind und im Wesentlichen eine Appellfunktion haben sowie bei Verstößen Sanktionen gemäß § 11 HmbVgG ermöglichen.

### **Zu § 3a Absatz 5 neu**

Die Vorschrift ist § 224 SGB IX nachempfunden, adressiert aber zusätzlich die Blindenwerkstätten. Durch die Regelungstechnik, die Einzelheiten einer Regelung durch Verwaltungsvorschrift vorzusehen und nicht wie § 224 SGB IX eine Bevorzugung lediglich „nach Maßgabe einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift“ zu ermöglichen, ist eine Anwendung der Norm auch bereits dann möglich, wenn die Behörde eine solche Verwaltungsvorschrift noch nicht erlassen hat. Die Norm gilt ausdrücklich nur für den Unterschwellenbereich, weil mit § 224 SGB IX insoweit eine konkurrierende Norm durch den Bundesgesetzgeber erlassen wurde.

### **Zu § 6**

Die Schwelle, ab der die Differenz eines Angebots zum nächsthöheren auf eine ordnungsgemäße Kalkulation hin überprüft werden muss (sog. Aufgreifschwelle), wird von 10 % auf 20 % erhöht. Abweichungen von 10 % kommen mittlerweile immer häufiger vor und führen in der Praxis zu einem hohen Prüfaufwand, ohne jedoch in der Vergangenheit nennenswerte Verstöße aufgedeckt zu haben. Daher ist es auch unter Entbürokratisierungsgesichtspunkten und im Sinne der beschleunigten Vergabe von Bauleistungen angezeigt, die Überprüfungsschwelle zu erhöhen. Auch die gefestigte Rechtsprechung setzt den notwendigen Preisabstand überwiegend bei 20 % an.

### **Zu § 10**

#### **Zu Satz 1**

Die Änderungen dienen der Klarstellung des Umfangs der Kontrollrechte. Die Vorschrift normiert nicht nur eine Kontrollbefugnis, sondern auch eine Verpflichtung im Falle eines hinreichenden Tatverdachts.

Die Kontrollen umfassen neben den Nachunternehmern auch alle weiteren beauftragten Subunternehmer. Zudem muss die Vorlagepflicht bezüglich der Unterlagen auch vor Ort und in angemessener Frist erfüllt werden. So wird vermieden, dass in der Praxis versucht wird, die Kontrollen effektiv zu verhindern, indem die Unterlagen nur am Unternehmenssitz zur Verfügung gestellt und damit nur unter hohem Aufwand für die Verwaltung zugänglich gemacht werden.

Die für Grundsatzfragen des Vergaberechts zuständige Behörde kann eine zentrale Stelle für Unterstützung der Kontrollen benennen.

### **Zu § 12**

#### **Zu Satz 1**

Die Vorschrift regelt nunmehr in Satz 1, dass Verwaltungsvorschriften über die in den vorstehenden Vorschriften geregelten Fällen hinaus erlassen werden dürfen. Damit werden die in den §§ 1-11 enthaltenen Ermächtigungsgrundlagen als Spezialvorschriften eingeordnet, die aber nicht abschließend zu verstehen sind, sondern denen mit § 12 eine Generalklausel an die Seite gestellt wird, die durch die nachfolgenden ebenfalls nicht abschließenden Beispiele konkretisiert wird.

#### **Zu Satz 1 Nummer 1**

Durch die Änderung des Satzes 1 (Verweis auf in vorhergehenden Vorschriften geregelte Fälle) konnte der Verweis auf die Festsetzung von Grenzen für Auftragswerte in § 2a Absatz 3 a. F. entfallen, weil er eine verzichtbare inhaltliche Doppelung darstellt.