

Hinweise auf das Landesrecht der Freien und Hansestadt Hamburg

für die Ausführung von Bauleistungen im Hochbau, Garten-/Landschaftsbau und Ingenieurbau

Nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/B muss ein/e Auftragnehmer*in bei seiner/ihrer Leistungsausführung die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen beachten.

Für die Ausführung von Bauleistungen in der Freien und Hansestadt Hamburg (**Sprinkenhof GmbH**; nachfolgend auch **Auftraggeberin**) gelten landesrechtliche Bestimmungen, die ihre Auftragnehmer*innen nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/B beachten müssen. Die insoweit wichtigsten Landesgesetze sind:

- Das Hamburgische Vergabegesetz (**HmbVgG**) macht konkrete Vorgaben zu
 - Tariftreue und Mindestlohn (§ 3 Abs. 1 und 2 HmbVgG),
 - Leiharbeitskräften (§ 3 Abs. 3 HmbVgG),
 - sozialverträglicher Beschaffung (§ 3a HmbVgG),
 - umweltverträglicher Beschaffung (§ 3b HmbVgG),
 - Mittelstandsförderung (§ 4 HmbVgG),
 - Nachunternehmern (§ 5 HmbVgG),
 - Angebotswertung (§§ 6 und 7 HmbVgG),
 - Kontrollrechten des Auftraggebers/ der Auftraggeberin (§ 10 HmbVgG),
 - Sanktionen bei Pflichtverstößen des Auftragnehmers/ der Auftragnehmerin (§ 11 HmbVgG).
- Das Hamburgische Transparenzgesetz (**HmbTG**) verpflichtet die Auftraggeberin, bestimmte Verträge im Informationsregister zu veröffentlichen und beantragte Auskünfte zu erteilen.

Die Vorgaben dieser Landesgesetze sind bei der Vergabe vom Bietenden und bei der Ausführung der Bauleistungen vom Auftragnehmenden wie folgt zu beachten:

1 Umweltschutz (§ 3b HmbVgG)

Die Anforderungen an eine umweltverträgliche Beschaffung nach § 3b HmbVgG sind für den Baubereich in Ziffer 6.9.3 des Bauhandbuchs VV-Bau geregelt.

Zum Schutz der Umwelt, der Landschaft und der Gewässer hat ein/e Auftragnehmer*in die durch seine/ihre Arbeiten hervorgerufenen Beeinträchtigungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken.

Behördliche Anordnungen oder Ansprüche eines Dritten wegen der Auswirkungen der Arbeiten hat der/die Auftragnehmer*in der Auftraggeberin unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

Weitergehende Vorgaben bleiben unberührt.

2 Nachunternehmer (§ 5 HmbVgG)

Der Einsatz von Nachunternehmern ist nur ausnahmsweise zulässig, weil ein/e Auftragnehmer*in die Leistungen, auf die sein/ihr Betrieb eingerichtet ist, grundsätzlich selbst auszuführen hat (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B).

Nachunternehmer sind alle Unternehmen, denen der/die Auftragnehmer*in (Teil-)Leistungen überträgt, unabhängig von ihrem Unterordnungsgrad. Dazu zählen auch mit dem/der Auftragnehmer*in verbundene, wirtschaftlich und/oder rechtlich selbstständige Unternehmen (z.B. Tochter-/Schwestergesellschaften und konzernverbundene Unternehmen).

§ 5 HmbVgG statuiert besondere Anforderungen an die Übertragung von Bauleistungen an Nachunternehmer. Bei jedem Einsatz oder Wechsel von Nachunternehmern treffen den/die Bieter*in bzw. Auftragnehmer*in die nachstehenden Pflichten. Eine Pflichtverletzung kann insbesondere zu Vertragsstrafe und Kündigung führen. Die Haftung des Auftragnehmenden gegenüber der Auftraggeberin bleibt vom Nachunternehmereinsatz unberührt.

2.1 Vorherige Zustimmung des Auftraggebers

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 HmbVgG darf ein/e Bieter*in/Auftragnehmer*in eine (Teil-)Leistung nur dann auf eine/n Dritte/n übertragen, wenn die Auftraggeberin im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat.

Mithin bedarf *jeder* beabsichtigte Einsatz und Wechsel von Nachunternehmern der *vorherigen* schriftlichen Zustimmung der Auftraggeberin. Die Einwilligung muss der/die Bieter*in/Auftragnehmer*in vorab mit Vordruck *Antrag Nachunternehmereinsatz* beantragen, dem der Vordruck *Erklärung des Nachunternehmers* beizufügen ist.

Eine Vergabestelle prüft vor Erteilung ihrer Zustimmung bei jedem Nachunternehmer stets das Vorliegen der Eignung und der Ausführungsbedingungen (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 HmbVgG). Liegen Ausschlussgründe vor, kann sie seine/ihre Auswechslung verlangen.

Die jeweils erforderlichen Erklärungen und Nachweise sind in den Vordrucken *Antrag Nachunternehmereinsatz* und *Erklärung des Nachunternehmers* enthalten, die Bieter*innen/Auftragnehmer*innen und jeder Nachunternehmer ausfüllen und unterzeichnen müssen. Ist der Nachunternehmer eine Bietergemeinschaft, muss jedes Mitglied die Erklärungen abgeben und Nachweise vorlegen.

2.2 Informations- und Nachweispflichten des Auftragnehmers/der Auftragnehmerin

Bei jedem Nachunternehmereinsatz muss der/die Bieter*in bzw. Auftragnehmer*in folgende Informations- und Nachweispflichten beachten:

Bei Angebotsabgabe muss er/sie im Vordruck *Angebot* die konkreten (Teil-)Leistungen nach Art und Umfang benennen, die er/sie an Nachunternehmer weitergeben will (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 HmbVgG).

Das gilt auch, wenn vom Nachunternehmer nur unwesentliche Teile der Leistung ausgeführt werden sollen.

Im Fall der Eignungsleihe über einen Nachunternehmer (nur zulässig bei europaweiten Vergaben nach § 6d EU VOB/A) muss ein/e Bieter*in schon bei Abgabe des Angebots bzw. Teilnahmeantrags den/die Nachunternehmer (Eignungsleiher) namentlich benennen und alle weiteren eignungsrelevanten Angaben zum Nachunternehmer im Vordruck *Eignung* machen. Die Vordrucke *Eignung*, *Antrag Nachunternehmereinsatz* und *Erklärung des Nachunternehmers* sind zusammen mit dem Teilnahmeantrag bzw. Angebot einzureichen (Nr. 4 *Aufforderung Angebotsabgabe*).

In den anderen Fällen (bei allen Unterschwellenvergaben sowie bei Oberschwellenvergaben ohne Eignungsleihe) muss der/die Bieter*in erst vor Zuschlagserteilung weitere Angaben zu seinem(n)/ ihrem(n) Nachunternehmer(n) auf dem Vordruck *Antrag Nachunternehmereinsatz* machen (z.B. jeden Nachunternehmer namentlich benennen, die Kontaktdaten und den/die gesetzliche/n Vertreter*in angeben, die Verfügbarkeit der erforderlichen Mittel nachweisen, usw.).

Vor Zuschlagserteilung kann die Auftraggeberin alle erforderlichen Nachweise verlangen (vgl. § 4 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B). So können insbesondere zur Eignungsprüfung sämtliche Nachweise vom Nachunternehmer verlangt werden, die auch vom Bietenden gefordert wurden.

Die Vordrucke *Antrag Nachunternehmereinsatz* und *Erklärung des Nachunternehmers* legen fest, wann welche Erklärungen und Nachweise vom Bietenden und seinem(n)/ ihrem(n) Nachunternehmer(n) abzugeben bzw. vorzulegen sind. Sie sind vollständig vom Bietenden und jedem Nachunternehmer ausgefüllt mit allen geforderten Nachweisen binnen sechs Tagen nach der gesonderten Anforderung der Vergabestelle abzugeben (Nr. 4 *Aufforderung Angebotsabgabe*).

Im Zuschlagsschreiben sind die zugelassenen Nachunternehmer mit ihren Leistungsanteilen konkret aufgeführt. Diese Vorgaben sind Vertragsbestandteil, ein/e Auftragnehmer*in darf davon nicht eigenmächtig abweichen.

Nach der Auftragserteilung stimmt die Auftraggeberin einem Einsatz oder Wechsel von Nachunternehmern nur ganz ausnahmsweise zu, wenn der/die Auftragnehmer*in mit seinem/ ihrem Antrag auf Zustimmung die besonderen Umstände nachweist, die den Einsatz/Wechsel des Nachunternehmers erfordern, und sämtliche Nachweise für seinen/ ihren Nachunternehmer vorlegt (vgl. § 5 Abs. 2 HmbVgG).

2.3 Eignung des Nachunternehmers

Die Vordrucke *Antrag Nachunternehmereinsatz* und *Erklärung des Nachunternehmers* (auch gemeinsam „Vordrucke *Nachunternehmer*“ genannt) enthalten die erforderlichen Erklärungen und Nachweise zur Eignung:

Ein/e Bieter*in/Auftragnehmer*in darf Leistungen nur an Nachunternehmer übertragen, die fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig bzw. nicht ausgeschlossen sind (vgl. § 2 VOB/A (EU); § 5 Abs. 2 HmbVgG).

Dazu gehört u.a., dass der Nachunternehmer keine nachweislich schwere Verfehlung begangen hat, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt (vgl. § 6a Abs. 2 Nr. 7 VOB/A bzw. § 6e EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A).

Der/Die Bieter*in/Auftragnehmer*in kann für Nachunternehmer, die in der Liste des „Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V.“ (sog. PQ-Verzeichnis) eingetragen sind, eine PQ-Nummer im Vordruck *Antrag Nachunternehmereinsatz* angeben.

Jeder Nachunternehmer muss eine Eigenerklärung über den Nichtausschluss von öffentlichen Aufträgen der FHH abgeben (Vordruck *Erklärung des Nachunternehmers*).

Jeder Nachunternehmer muss eine Selbstauskunft abgeben, dass er/sie in den letzten zwei Jahren nicht gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 oder 2 SchwarzArbG oder § 21 AEntG mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder einer Geldbuße von mindestens 2.500 Euro belegt wurde (Vordruck *Erklärung des Nachunternehmers*).

Der/Die Bieter*in bzw. Auftragnehmer*in muss als Nachweis, dass ihm/ihr die erforderlichen Mittel des Unternehmens zur Verfügung stehen, eine Verpflichtungserklärung seines/ihres Nachunternehmers vorlegen. Diese Erklärung, mit der sich der benannte Nachunternehmer verpflichtet, die (Teil-)Leistung im Falle der Auftragserteilung an den Bietenden zu erbringen, ist im Vordruck *Erklärung des Nachunternehmers* enthalten.

2.4 Ausführungsbedingungen

Die Vordrucke *Antrag Nachunternehmereinsatz* und *Erklärung des Nachunternehmers* (auch gemeinsam „Vordrucke *Nachunternehmer*“ genannt) enthalten die erforderlichen Erklärungen und Nachweise zu den Ausführungsbedingungen:

Der/Die Bieter*in bzw. Auftragnehmer*in ist verpflichtet, seinem(n)/ihrem(n) Nachunternehmer(n) die Pflichten aus § 5 Abs. 1 und 2, §§3a und § 10 Satz 2 HmbVgG aufzuerlegen (§5 Abs. 4. Nr. 4 HmbVgG):

- Ein Nachunternehmer muss ihm übertragene Leistungen grundsätzlich im eigenen Betrieb ausführen (§ 5 Abs. 2 HmbVgG). Eine unumgängliche Weitervergabe übertragener Leistungen an einen Nach-Nachunternehmer muss der/die Bieter*in bei der Auftraggeberin auf gesondertem Vordruck *Erklärung des Nachunternehmers* beantragen.
- Jeder Nachunternehmer muss durch Vorlage der Unterlagen des § 7 Abs. 2 HmbVgG (Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG, Bescheinigung der Berufsgenossenschaft, Unbedenklichkeitsbescheinigung der Sozialkasse, ggf. Bescheinigung in Steuersachen) nachweisen, dass er/sie seinen/ihren gesetzlichen Verpflichtungen zur vollständigen Entrichtung von Steuern und Beiträgen nachkommt (§ 5 Abs. 2 HmbVgG).
- Jeder Nachunternehmer muss die Einhaltung von Tariftreue und Mindestlohn erklären (§ 3 HmbVgG).
- Erforderlichenfalls muss jeder Nachunternehmer eine gesonderte Erklärung über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen abgeben (§ 3a HmbVgG).
- Der/Die Bieter*in/Auftragnehmer*in muss seinem/ihrer Nachunternehmer die Pflicht auferlegen, vollständige und prüffähige Entgeltabrechnungen über die eingesetzten Beschäftigten sowie die zwischen Auftragnehmer*in und Nachunternehmer geschlossenen Verträge bereitzuhalten und auf Verlangen der Auftraggeberin vorzulegen (§ 10 Satz 2 HmbVgG).

Zudem muss der/die Bieter*in bzw. Auftragnehmer*in die weiteren Pflichten des § 5 Abs. 4 HmbVgG beachten:

- Er/Sie muss bevorzugt kleine und mittlere Unternehmen als Nachunternehmer einsetzen, soweit dies mit der vertragsmäßigen Ausführung der Leistung vereinbar ist.
- Er/Sie muss seine/ihre Nachunternehmer bei Anforderung eines Angebots davon in Kenntnis setzen, dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt.
- Er/Sie muss die „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B)“ bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer zum Vertragsinhalt machen.
- Er/Sie darf seinen/ihren Nachunternehmern keine ungünstigeren Bedingungen auferlegen, als zwischen ihm/ihr und der Auftraggeberin vereinbart sind; auf Verlangen der Auftraggeberin hat er/sie dies nachzuweisen.

2.5 Kontrollen durch den/die Auftragnehmer*in

Der/Die Bieter*in bzw. Auftragnehmer*in ist verpflichtet, die Einhaltung der Pflichten aus § 5 Abs. 1 und 2, §§ 3, 3a und § 10 Satz 2 HmbVgG durch seine(n)/ihre(n) Nachunternehmer zu kontrollieren (§ 5 Abs. 4 Nr. 4 HmbVgG). Insbesondere muss er/sie prüfen, ob die Angebote seiner/ihrer Nachunternehmer unter Einhaltung von Tariftreue und Mindestlohn kalkuliert sind. Und er/sie muss sich von seinen/ihren Nachunternehmern die erforderlichen Rechte vertraglich einräumen lassen, um die Einhaltung der Vorschriften über die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung und Schwarzarbeit (Sozialgesetzbuch Drittes Buch; Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz; Arbeitnehmerentsendegesetz) durch die Nachunternehmer prüfen und überwachen zu können.

Die Vordrucke *Antrag Nachunternehmereinsatz* und *Erklärung des Nachunternehmers* (auch gemeinsam „Vordrucke *Nachunternehmer*“) enthalten nur zum Teil die dazu erforderlichen Erklärungen und Nachweise.

Zur Bestätigung aller Erklärungen und Angaben wird gegebenenfalls ein Gewerbezentralregisterauszug gemäß §150a Gewerbeordnung angefordert. Dazu und für eine Abfrage beim Register zum Schutz fairen Wettbewerbs nach § 7 GRfW muss der/die Bieter*in die erforderlichen Daten seines/ihrer Nachunternehmers im Vordruck *Erklärung des Nachunternehmers* angeben.

Damit die Vergabestelle die Angemessenheit des Angebotspreises auch beim Einsatz von Nachunternehmern nachvollziehen kann, muss der/die Bieter*in die Vorlage des *Preisermittlungsblatts 1* seines/ihrer Nachunternehmers sicherstellen; der Vordruck *Erklärung des Nachunternehmers* enthält die diesbezügliche Verpflichtung des Bietenden.

3 Leiharbeitskräfte

Die Vorgaben des § 3 Abs. 3 HmbVgG sind wie folgt umzusetzen:

Nach § 1b Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betrieben des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern*innen verrichtet werden, grundsätzlich unzulässig. Der/Die Auftragnehmer*in muss dies beachten und die Nachunternehmer darauf hinweisen und kontrollieren.

4 Kontrollen der Auftraggeberin (§ 10 HmbVgG)

Die Auftraggeberin ist nach § 10 Satz 1 HmbVgG berechtigt, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen und von dem/der Auftragnehmer*in abgegebenen Erklärungen (insbesondere zu Tariftreue, Mindestlohn und Nachunternehmereinsatz) zu überprüfen. Sie kann nach § 10 Satz 2 Nr. 1 HmbVgG insbesondere die Vorlage von vollständigen und prüffähigen Entgeltabrechnungen über die Beschäftigten des Auftragnehmenden und seiner/ihrer Nachunternehmer verlangen (vgl. Vordruck *Eignung* und beide Vordrucke *Nachunternehmer*).

Die Auftraggeberin führt diese Kontrollen durch ihre Mitarbeiter*innen insbesondere der „SOKO Bau“ durch.

5 Vertragsstrafe für Gesetzesverstöße

- 5.1 Der/Die Auftragnehmer*in verpflichtet sich nach § 5 Abs. 4 Nr. 4 HmbVgG dafür zu sorgen, dass bei der Leistungsausführung keine illegale Beschäftigung von Arbeitskräften, Schwarzarbeit oder Verstöße gegen das AEntG stattfindet und die Verpflichtungen aus den §§ 3, 3a, 5 und 10 Satz 2 HmbVgG eingehalten werden.
Die Einstandspflicht des Auftragnehmenden bezieht sich auch auf das Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen bzw. Dritter, die er mit der Leistungsausführung beauftragt hat (Nachunternehmer) oder die ihrerseits von einem Nachunternehmer – gleich welchen Unterordnungsgrads – beauftragt wurden (Nach-Nachunternehmer).
- 5.2 Begehen der/die Auftragnehmer*in oder eine sonstige in Nr. 5.1 genannte Person bzw. dessen/deren Erfüllungsgehilfe bei der Leistungsausführung einen Verstoß gegen
- die Erklärung zu Tariftreue und Mindestlohn nach § 3 HmbVgG (vgl. Vordruck *Eignung*),
 - die Regelungen zur sozialverträglichen Beschaffung nach § 3a HmbVgG (vgl. Vordruck *Eignung*),
 - eine der Pflichten beim Einsatz von Nachunternehmern oder Leiharbeitskräften nach § 5 HmbVgG (vgl. Vordruck *Nachunternehmer*) oder
 - die Pflicht zur Bereithaltung von Entgeltabrechnungen über die Beschäftigten und von Verträgen nach § 10 HmbVgG (vgl. Nr. 2.4 und Vordruck *Erklärung des Nachunternehmers*)
- kann die Auftraggeberin vom Auftragnehmenden für jeden schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe in Höhe von bis zu ein Prozent der Abrechnungssumme je Verstoß, höchstens jedoch fünf Prozent der Abrechnungssumme, verlangen (vgl. § 11 Abs. 1 HmbVgG).
Die Abrechnungssumme ist die nach der Schlussabrechnung geschuldete Vergütung inklusive Zusatzleistungen und Preisgleitung, aber ohne Skonti, Sicherheits- und Gewährleistungseinbehalte, Schadensersatzansprüche oder Umsatzsteuer.
- Die Vertragsstrafe ist auch zu entrichten, wenn ein Nachunternehmer oder ein Nach-Nachunternehmer jeden Unterordnungsgrads den Verstoß begangen hat und dies dem Auftragnehmenden bekannt war oder hätte bekannt sein müssen oder über § 278 BGB (Erfüllungsgehilfe) zugerechnet werden kann.
- 5.3 Der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe verjährt fünf Jahre nach Abnahme.

6 Hamburgisches Transparenzgesetz (HmbTG)

Der Vertrag unterliegt dem HmbTG. Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen wird er nach Maßgabe der Vorschriften des HmbTG im Informationsregister veröffentlicht. Unabhängig von der möglichen Veröffentlichung kann der Vertrag Gegenstand von Auskunftsanträgen nach dem HmbTG sein.

Für durch die Verletzung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses bei der Veröffentlichung im Informationsregister oder der Herausgabe auf Antrag nach dem HmbTG entstehende Schäden haftet die Freie und Hansestadt Hamburg nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Wird der Vertrag im Informationsregister veröffentlicht, ist mit der Ausführung nicht vor Zugang einer gesonderten Aufforderung durch die Auftraggeberin gemäß Ziffer 2.1 der *Besonderen Vertragsbedingungen (BVB)* zu beginnen. Vorzeitige Leistungsausführungen, Vorbereitungshandlungen sowie Materialbestellungen erfolgen auf alleiniges Risiko des Auftragnehmenden; eine Kostenerstattung durch die Auftraggeberin ist ausgeschlossen.