

zieht, dann muß diesen Änderungen erst recht *a maiore ad minus* auf der Ebene des abgeleiteten Sekundärrechts Rechnung getragen werden.

Im Beihilfenrecht wurde der bei den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu Tage tretende materiellrechtliche Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Daseinsvorsorge durch den Rückgriff auf das verfahrensrechtliche Instrument der Transparenz in Gestalt des offenen Ausschreibungsverfahrens aufgelöst. Wenn sich nun ein Zweig des Gemeinschaftsrechts, dessen Bewertungsmaßstäbe sich bislang einzig und allein an betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierten, sozialen Aspekten öffnet, weil ein bestimmtes Verfahren angewandt wird, das fairen, freien und offenen Wettbewerb garantiert, dann kann die „soziale Invasion“ des benachbarten Rechtsgebietes, dem dieses Verfahren immanent ist, nicht als gemeinschaftsrechtlich unzulässig angesehen werden. Man kann nicht einerseits das Vergabeverfahren als ein Instrument benutzen, um eine substantielle Modifikation des Beihilfensystems zu rechtfertigen – schließlich geht es um nichts Geringeres als die Definitionsmacht und Kontrollhoheit über den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG – ohne zu akzeptieren, daß dieser Auslegungswechsel seinerseits das materielle Recht der öffentlichen Auftragsvergabe beeinflußt. Die fortschreitende Vernetzung des Gemeinschaftsrechts ist eine Angelegenheit gegenseitiger „Befruchtung“.

#### D. Vorteile sozialer Vergabekriterien

Dazu haben soziale Vergabekriterien den Vorteil, daß sie den Bieterunternehmen wertvolles Humankapital zuführen. Erfahrungen aus der Wirtschaftswissenschaft mit *diversity management*-Ansatz und Studien der Kommission zur *corporate responsibility* zeigen, daß gemischte Belegschaften zu einer Steigerung von Innovation, Kreativität, Loyalität und Produktivität führen können.

Außerdem entsprechen soziale Vergabekriterien der wachsenden Bedeutung, die dem auf Art. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EG basierenden Instrument des *mainstreaming* beigemessen wird. Sowohl der *mainstreaming*-Ansatz als auch soziale Vergabekriterien sind Querschnittsinstrumente. Beide Ansätze gehen von der Erkenntnis aus, daß soziale und gleichstellungsspezifische Aspekte bei allen Entscheidungen *mit Außenwirkung* berücksichtigt werden müssen und daß es keine Reservate zur Verfolgung von Chancengleichheitszielen geben darf. Die staatliche Nachfrage ist ein solcher Akt mit Außenwirkung. Der Anknüpfungspunkt der staatlichen Nachfrage hat den Vorteil, daß alle staatlichen Einrichtungen gleichermaßen für das Ziel der Chancengleichheit sensibilisiert werden. Soziale Vergabekriterien führen überdies zu einem Umdenkungsprozeß in der Privatwirtschaft.

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe ist Ausdruck eines Wandels, welcher die gesamte Gemeinschaftsrechtsordnung ergriffen hat, nämlich den Übergang von einem gemeinsamen Wirtschaftsraum zu einer Werte- und Sozialgemeinschaft. Das offen formulierte Ziel einer „immer engeren Integration“ gemäß Art. 1 EU umfaßt auch die soziale Integration. Eine exemplarische Bestandsaufnahme des harten und weichen Normeninventars hat gezeigt, daß der soziale *acquis communautaire* gemessen an den Anfängen der Gemeinschaft eine mittlerweile beachtliche Bandbreite aufweist. Die Gemeinschaft bekundet in Art. 125-130 EG, 125-130 EG sowie Art. 13 EG und Art. 141 Abs. 3 EG auf Primärebene ihr Engagement in Sachen Arbeits-, Beschäftigungs- und Gleichstellungspolitik. Auf Sekundärebene zeugen die Gleichbehandlungsrichtlinien, RL 76/207/EWG, RL

2000/78/EG und RL 2000/43/EG, sowie VO 2204/2002/EG von der Verantwortung der Gemeinschaft für die Integration gesellschaftlich benachteiligter Gruppen. Dies schlägt sich auch in den *soft law*-Instrumenten nieder wie beispielsweise der GR-Charta, dem Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa und der Methode der offenen Koordinierung.

Die Intensivierung der sozialen Integration der Gemeinschaft wird mittlerweile als eine Frage der Notwendigkeit erkannt. Eine rein wirtschaftlich orientierte Integration stößt bei den Bevölkerungen der Mitgliedstaaten auf immer weniger Akzeptanz. Eine dauerhafte Kluft zwischen wirtschaftlicher und sozialer Integration birgt die Gefahr, daß die bisher erreichten Erfolge nicht mehr wahrgenommen, bzw. die Sinnhaftigkeit der Gemeinschaft als Institution angezweifelt wird. Werden die sozialen Zielvorgaben des EG-Vertrags nicht in die Tat umgesetzt, entsteht der Gemeinschaft auf Dauer ein irreparabler Schaden. Auf diese Gefahr muß die Gesamtheit aller gemeinschaftlichen Normen reagieren, auch das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe.

### *E. Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien*

Dazu bewähren sich soziale Vergabekriterien auf allen drei Stufen des Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der sich der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gemäß Art. 4 Abs. 1 EG und die Vertragsziele eines hohen Beschäftigungsniveaus, eines hohen Maßes an sozialem Schutz gemäß Art. 2 EG, die gesellschaftliche Integration gesellschaftlicher Randgruppen gemäß Art. 13 EG sowie der Gleichstellung von Mann und Frau gemäß Art. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EG und Art. 141 Abs. 4 EG gegenüberstehen.

Mithilfe sozialer Vergabekriterien können Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt integriert werden. Die Methode, die Vergabe öffentlicher Aufträge unter anderem an die Erfüllung von sozialen Vergabekriterien zu koppeln, wirkt als Anreiz für die Bieterunternehmen, in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber verstärkt auf eine Beschäftigung von Angehörigen gesellschaftlich benachteiligter Gruppen zu setzen. Soziale Vergabekriterien weisen grundsätzlich gegenüber rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien *kein spezifisches Diskriminierungspotential* auf. Die Integrität der öffentliche Auftragsvergabe ist ein allgemeines Problem. Im Einklang mit Forderungen der Kommission ist es daher notwendig, auf erweiterte Sanktionsmöglichkeiten hinzuwirken. Um Diskriminierungen EG-ausländischer Bieterunternehmen zu vermeiden, müssen öffentliche Auftraggeber *soziale Vergabekriterien* neutral, i.e. *ohne geographischen Anknüpfungspunkt*, formulieren. Öffentliche Auftraggeber dürfen daher für die Durchführung des öffentlichen Auftrags nicht die Einstellung von Arbeitslosen aus einer bestimmten Region fordern. Die öffentlichen Auftraggeber sind jedoch nicht daran gehindert, auf das Reservoir an Arbeitslosen in ihrem Verantwortungsbereich sowie die Dienste ihrer Arbeitsvermittlungsagenturen hinzuweisen.

Die öffentlichen Auftraggeber können Einstellungsquoten für Angehörige bestimmter Personengruppen als Vergabekriterien festlegen, auch wenn der geforderte Prozentsatz über den Durchschnittswerten anderer Mitgliedstaaten liegt. Solange es sich bei dem sozialen Vergabekriterium um ein gemeinschaftsweit anerkanntes Quotenziel handelt, ist nicht davon auszugehen, daß ein solches soziales Vergabekriterium mittelbare Diskriminierungswirkung entfaltet. Ansonsten würde man diejenigen Mitgliedstaaten bestrafen, die auf das Engagement der Gemeinschaft hin in diesem Bereich eine Vorreiterrolle übernommen haben. Die Gemeinschaft würde sonst widersprüchliche Signale aussenden.