

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

YVES BOT

vom 20. September 2007¹

1. Kann einer Aktiengesellschaft, deren Kapital ausschließlich von der öffentlichen Verwaltung gehalten wird, unmittelbar die Erbringung reservierter und nicht reservierter Postdienste übertragen werden, ohne dass damit gegen die Gemeinschaftsvorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit den Art. 43 EG und 49 EG verstoßen würde? Dies ist im Kern die Frage, die dem Gerichtshof von der Audiencia Nacional (Spanien) gestellt wird.

2. In meinen Schlussanträgen werde ich dem Gerichtshof vorschlagen, für Recht zu erkennen, dass die Gemeinschaftsvorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit den Art. 43 EG und 49 EG nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die dem Erbringer des Universalpostdienstes unmittelbar die Erbringung reservierter und nicht reservierter Postdienste übertragen.

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

1. Primärrecht

3. Art. 43 EG untersagt Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats. Art. 49 EG wiederum verbietet Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind.

4. Art. 86 Abs. 1 EG bestimmt, dass „[d]ie Mitgliedstaaten ... in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbe-

¹ — Originalsprache: Französisch.

sondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten“.

5. Art. 86 Abs. 2 EG sieht eine Ausnahme vom Verbot der Begründung oder Beibehaltung besonderer oder ausschließlicher Rechte für bestimmte Unternehmen vor, falls die Anwendung der Vorschriften des Vertrags die Erfüllung der besonderen Aufgabe, die dem mit einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe betrauten Unternehmen übertragen ist, rechtlich oder tatsächlich verhindern würde.

2. Richtlinie 97/67/EG

6. Im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarkts, in dem insbesondere der freie Dienstleistungsverkehr gewährleistet sein muss, und unter Berücksichtigung der Notwendigkeit, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt der Gemeinschaft sicherzustellen², hat diese mit dem Erlass der Richtlinie 97/67 einen Funktionsrahmen für einen Mindestpostdienst geschaffen.

2 — Vgl. erster und zweiter Erwägungsgrund der Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität (ABl. 1998, L 15, S. 14).

7. Diese Richtlinie garantiert das Mindestangebot eines Universalpostdienstes und legt dessen Umfang fest, indem sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit bietet, bestimmte Dienste einem einzigen Anbieter vorzubehalten, so dass diese Dienste im Monopolbereich verbleiben können.

8. Die Richtlinie will somit schrittweise und in kontrollierter Form den Postsektor dem Wettbewerb öffnen³.

9. Nach Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 97/67 sind Postdienste die Dienste in Zusammenhang mit der Abholung, dem Sortieren, dem Transport und der Zustellung von Postsendungen.

10. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie ist unter „Universaldienst“ das Recht auf „ständig flächendeckende postalische Dienstleistungen einer bestimmten Qualität zu tragbaren Preisen für alle Nutzer“ zu verstehen.

3 — Am 11. Juli 2007 haben die europäischen Abgeordneten in erster Lesung einen Bericht verabschiedet, der den Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67 über die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste (KOM[2006] 594 endg.) unterstützt (vgl. Bericht des Europäischen Parlaments A6-0246/2007). Bezüglich des Zeitpunkts, zu dem die vollständige Liberalisierung des Marktes für Postdienste verwirklicht sein sollte, muss indessen ein Kompromiss gefunden werden. Das Europäische Parlament schlägt vor, dass dieser Marktbereich am 31. Dezember 2010 vollständig liberalisiert sein sollte, während die Kommission als Zeitpunkt den 31. Dezember 2008 vorschlägt.

11. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie bestimmt: grenzüberschreitenden Postsendungen, entweder als beschleunigte Sendungen oder als normale Sendungen, in den in der Richtlinie festgelegten Preis- und Gewichtsgrenzen⁴.

„Jeder Mitgliedstaat erlässt die erforderlichen Maßnahmen, damit der Universaldienst mindestens folgendes Angebot umfasst:

- Abholung, Sortieren, Transport und Zustellung von Postsendungen bis 2 kg;
 - Abholung, Sortieren, Transport und Zustellung von Postpaketen bis 10 kg;
 - die Dienste für Einschreib- und Wertsendungen.“
13. Diese Ausnahme von der Liberalisierung der Postdienste gilt nämlich nur für Briefsendungen mit einem Gewicht von weniger als 350 g und zu einem Preis unter dem Fünffachen des öffentlichen Tarifs für eine Briefsendung der ersten Gewichtsklasse der schnellsten Kategorie der Standardsendungen⁵.
14. Nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 97/67 können die Mitgliedstaaten, soweit es für die Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendig ist, die eingehende grenzüberschreitende Post und Direktwerbung⁶ innerhalb der Preis- und Gewichtsgrenzen, wie sie für die reservierbaren Dienste festgelegt sind, weiterhin reservieren.

12. Die Richtlinie 97/67 enthält in diesem Zusammenhang eine Liste von Diensten, die dem/den Erbringer(n) des Universalpostdienstes jedes Mitgliedstaats vorbehalten werden können. Es handelt sich um Abholung, Sortieren, Transport und Zustellung von Inlandsbriefsendungen und eingehenden

15. Die Richtlinie 97/67 wurde in der Folge durch die Richtlinie 2002/39/EG geändert⁷.

4 — Art. 7 Abs. 1.

5 — Ebd.

6 — Zur Definition der Direktwerbung vgl. Art. 2 Nr. 8 der Richtlinie 97/67.

7 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 (ABl. L 176, S. 21).

16. Die Richtlinie 2002/39 trat indessen am Tag ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, d. h. am 5. Juli 2002, in Kraft. Im Ausgangsverfahren liegen die erheblichen Tatsachen vor diesem Zeitpunkt. Die Richtlinie 2002/39 ist also im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

3. Richtlinie 92/50/EWG

17. Da die fehlende Öffnung der öffentlichen Aufträge für den Wettbewerb ein Hindernis für die Vollendung des Binnenmarkts darstellte und die Entwicklung wettbewerbsfähiger europäischer Unternehmen auf dem Weltmarkt behinderte, beschloss die Gemeinschaft, die öffentlichen Dienstleistungsaufträge den Wettbewerbsregeln zu unterstellen.

18. Die öffentlichen Dienstleistungsaufträge sind in Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge⁸ als die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge definiert.

8 — ABl. L 209, S. 1; in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 (ABl. L 328, S. 1, im Folgenden: Richtlinie 92/50) geänderten Fassung.

19. Nach Art. 6 der Richtlinie gilt diese nicht für „die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber ... ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese gemäß veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat“.

20. Nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. a zweiter Gedankenstrich Ziff. ii der Richtlinie 92/50 gilt diese für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die insbesondere Dienstleistungen der Briefbeförderung auf dem Land- und dem Luftweg zum Gegenstand haben, die von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden und deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer mindestens 200 000 Sonderziehungsrechten (SZR) entspricht⁹.

B — Nationales Recht

1. Zu den Postdiensten

21. Die Richtlinie 97/67 wurde durch das Gesetz 24/1998 über den Universalpost-

9 — Nach der Definition des Internationalen Währungsfonds (IWF) sind die Sonderziehungsrechte (SZR) eine internationale Währungsreserve, die geschaffen wurde, um die vorhandenen amtlichen Reserven der Mitgliedstaaten zu ergänzen. Ihr in US-Dollar ausgedrückter Wert wird vom IWF täglich über einen Währungskorb ermittelt, zu dem der Euro, der US-Dollar, der japanische Yen und das Pfund Sterling gehören.

dienst und die Liberalisierung der Postdienste (Ley 24/1998 del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales) vom 13. Juli 1998 in spanisches Recht umgesetzt¹⁰.

22. Nach den Art. 1 und 2 der Ley postal werden die Postdienste als im Allgemeininteresse liegende Dienste angesehen und der Universalpostdienst den Pflichten des öffentlichen Dienstes unterstellt.

23. Art. 18 dieses Gesetzes reserviert bestimmte Postdienste für den mit der Erbringung des Universalpostdienstes betrauten Wirtschaftsteilnehmer. Reserviert sind folgende Dienste:

- der Postgirodienst;

- die Abholung, die Zulassung, das Sortieren, die Aushändigung, die Behandlung, der Laufweg, der Transport und die Zustellung überregionaler Sendungen von Briefen und Postkarten, eingeschrieben oder nicht, sofern ihr Gewicht 100 g nicht übersteigt. Ab 1. Januar 2006 ist die Gewichtsgrenze 50 g.

Andere Betreiber können diese Art von Tätigkeiten in Bezug auf überregionale Sendungen nur dann durchführen, wenn sie von den Nutzern einen Preis erhalten, der mindestens das Dreifache des Betrags für gewöhnliche Sendungen der ersten Gewichtsklasse der schnellsten Kategorie der Standardsendungen beträgt, der von dem mit der Universalpostdienstleistung beauftragten Wirtschaftsteilnehmer festgesetzt wurde. Ab 1. Januar 2006 beträgt der Preis mindestens das Zweieinhalbfache.

Inländische oder grenzüberschreitende Sendungen von Direktwerbung, Büchern, Katalogen und Zeitschriften gehören nicht zu den reservierten Diensten.

Der Austausch von Dokumenten kann nicht reserviert sein;

- der grenzüberschreitende Dienst für eingehende und ausgehende Briefe und Postkarten in den unter den zweiten Gedankenstrich aufgestellten Preis- und Gewichtsgrenzen sowie

- die Entgegennahme — als Postdienst — der Anträge, Schriftsätze und Mitteilungen, die die Bürger an die Organe der öffentlichen Verwaltung richten.

10 — BOE Nr. 167 vom 14. Juli 1998, S. 23473 (im Folgenden: Ley postal).

2. Zu den öffentlichen Aufträgen

24. Nach Art. 11 des Gesetzes über öffentliche Verträge (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), dessen Neufassung durch das Real Decreto Legislativo 2/2000 vom 16. Juni 2000¹¹ genehmigt wurde, werden öffentliche Aufträge dem Publizitäts- und dem Wettbewerbsgrundsatz — vorbehaltlich der in diesem Gesetz genannten Ausnahmen — sowie dem Gleichheits- und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz unterworfen.

25. Nach Art. 206 Abs. 4 des Gesetzes über öffentliche Aufträge ist der Posttransport auf dem Land- und dem Luftweg als öffentlicher Auftrag im Sinne von Art. 11 des Gesetzes anzusehen und damit den Wettbewerbsregeln unterworfen.

26. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d des Gesetzes über öffentliche Aufträge schließt Kooperationsvereinbarungen, die die Verwaltung mit natürlichen oder juristischen Personen, die dem Privatrecht unterliegen, vereinbart, wenn ihr Gegenstand nicht von den in diesem Gesetz oder in besonderen Verwaltungsvorschriften geregelten Verträgen erfasst wird, von seinem Anwendungsbereich aus.

3. Gesetz 14/2000

27. Art. 58 des Gesetzes 14/2000 über Steuer-, Verwaltungs- und soziale Maßnahmen (Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) vom 29. September 2000¹² hat die Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima (im Folgenden: Correos) geschaffen; er legt fest, dass das Kapital von Correos der Staatsverwaltung gehört. Außerdem bedarf nach dieser Vorschrift jede Verfügung über das Gesellschaftskapital und jeder direkte oder indirekte Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch andere Personen oder Einrichtungen als die Staatsverwaltung einer Genehmigung durch einen Akt mit Gesetzesrang.

28. Ferner können die öffentlichen Verwaltungen gemäß Art. 58 mit Correos Kooperationsvereinbarungen im Sinne von Art. 3 des Real Decreto 2/2000 für die Erbringung von Tätigkeiten im Rahmen ihres Gesellschaftszwecks, nämlich insbesondere für Postdienste, abschließen.

11 — BOE Nr. 148 vom 21. Juni 2000, S. 21775.

12 — BOE Nr. 313 vom 30. Dezember 2000, S. 46631 (im Folgenden: Gesetz 14/2000).

II — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

29. Durch eine am 6. Juni 2002 unterzeichnete Kooperationsvereinbarung zwischen dem Ministerium für Erziehung, Kultur und Sport (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, im Folgenden: Ministerium) und Correos wurde dieser die Erbringung von Post- und Telegrafendiensten anvertraut.
30. Nach Art. 1 dieser Vereinbarung verpflichtet sich Correos zur Erbringung folgender Postdienste:
- Briefe (gewöhnliche, Einschreiben und Eilbriefe), lokale, überregionale und internationale, ohne Gewichts- oder Umfangsbeschränkung;
 - Pakete (postalische, blaue und internationale) ohne Gewichts- oder Umfangsbeschränkung sowie nationale Eilpost und internationaler Schnellpostdienst (Express Mail Service [EMS]) ohne Gewichts- oder Umfangsbeschränkung;
31. In der Vereinbarung ist festgelegt, dass das Entgelt für die Erbringung der Dienste vom Umsatz abhängig ist. Auf jeden Fall meint das vorliegende Gericht, dass der Jahresbetrag dieser Gegenleistung 12 020,42 Euro übersteige.
32. Die Kooperationsvereinbarung wurde ohne öffentliche Ausschreibung abgeschlossen.
33. Aus diesem Grund legte der Berufsverband der Unternehmen für Postverteilung und -behandlung (Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia; im Folgenden: Berufsverband) beim Secretario General Técnico des Ministeriums Widerspruch gegen die Verwaltungsentscheidung ein, mit der der öffentliche Auftrag an Correos vergeben worden war.
34. Mit Entscheidung vom 20. März 2003 wies der Secretario General Técnico des

Ministeriums diesen Widerspruch zurück. Der Berufsverband erhob dagegen bei der Audiencia Nacional Klage.

IV — Prüfung

A — Zur Zulässigkeit

III — Vorlagefrage

35. Die Audiencia Nacional hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Sind die Art. 43 EG und 49 EG in Verbindung mit Art. 86 EG bei ihrer Anwendung im Rahmen der Liberalisierung der Postdienste nach den Richtlinien 97/67 und 2002/39 und im Rahmen der für öffentliche Aufträge geltenden Kriterien, die die einschlägigen Richtlinien aufstellen, in dem Sinne auszulegen, dass sie einer Vereinbarung, die die Erbringung von Postdiensten — sowohl reservierte als auch nicht reservierte, d. h. liberalisierte — umfasst, entgegenstehen, die zwischen einer staatlichen Gesellschaft mit ausschließlich öffentlichem Kapital, die außerdem der für die Erbringung des Universalpostdienstes ermächtigte Wirtschaftsteilnehmer ist, und einer Behörde der Staatsverwaltung geschlossen wird?

36. Die spanische Regierung hält die Frage für unzulässig. Ihrer Meinung nach betrifft sie nämlich in Wirklichkeit die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Vereinbarung, die dem staatlichen Bereich angehört.

37. Die spanische Regierung bringt in ihren Erklärungen vor, dass die dem Gerichtshof in Wahrheit vorgelegte Frage klar aus der Vorlageentscheidung hervorgehe. Die Audiencia Nacional habe nämlich den Gerichtshof nicht etwa ersucht, die Richtlinien 97/67 und 92/50 auszulegen, sondern zu ermitteln, ob die Kooperationsvereinbarung mit dieser Gemeinschaftsregelung vereinbar sei.

38. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass der Gerichtshof, auch wenn es nicht seine Sache ist, im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 234 EG über die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden, weil deren Auslegung den nationalen Gerichten obliegt,

doch befugt bleibt, dem nationalen Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es diesem ermöglichen, über die Frage der Vereinbarkeit dieser Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden¹³.

39. Im Zusammenhang mit dem Ausgangsverfahren kann der Gerichtshof nicht über die Vereinbarkeit des Gesetzes 14/2000 mit dem Gemeinschaftsrecht entscheiden; er kann aber alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben, die es dem vorliegenden Gericht ermöglichen werden, selbst über die Vereinbarkeit zu entscheiden.

40. Folglich ist die Frage meines Erachtens zulässig.

B — Zur Vorlagefrage

41. Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht im Kern wissen, ob die Richtlinien 97/67 und 92/50 sowie Art. 86 EG in Verbindung mit den Art. 43 EG und 49 EG in dem Sinne auszulegen sind, dass sie nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die es den öffentlichen Stellen gestatten,

die Erbringung von reservierten und nicht reservierten Postdiensten einer Einheit zu übertragen, deren gesamtes Kapital von der öffentlichen Verwaltung gehalten wird, ohne eine solche Vergabe den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu unterwerfen.

42. Die Frage läuft hier darauf hinaus, ob das Gemeinschaftsrecht dahin auszulegen ist, dass es einem Gesetz entgegensteht, das die potenziellen Anbieter davon abhält, ein Angebot für einen Auftrag über reservierte und nicht reservierte Postdienste abzugeben, und ihnen dadurch die Möglichkeit nimmt, diesen Auftrag zu erhalten.

43. Ich beginne meine Untersuchung mit der Prüfung, ob Art. 7 der Richtlinie 97/67 dahin auszulegen ist, dass die Dienste von Correos reservierte Dienste sind.

44. Für den Fall, dass diese Dienste nicht reservierte Dienste und damit den Wettbewerbsregeln unterworfen sind, werde ich ermitteln, ob die Richtlinie 92/50 für den Correos erteilten öffentlichen Dienstleistungsauftrag gilt. Der Gerichtshof hat näm-

¹³ — Urteil vom 19. April 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).

lich entschieden, dass auf öffentliche Aufträge, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fallen, die Vertragsbestimmungen über den freien Verkehr Anwendung finden¹⁴. Ich habe daher zunächst zu prüfen, ob diese Richtlinie für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens gilt. Ist dies nicht der Fall, muss der Sachverhalt anhand des Primärrechts untersucht werden.

45. Sollte die Richtlinie nicht anwendbar sein, werde ich den Sachverhalt anhand des Primärrechts und insbesondere der tragenden Grundsätze des Vertrags untersuchen.

1. Zur Auslegung des Art. 7 der Richtlinie 97/67

46. Der Gerichtshof hat sich nicht zum ersten Mal mit der Auslegung des Art. 7 der Richtlinie 97/67 zu befassen. Bereits in seinem Urteil vom 11. März 2004, *Asempre und Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería*¹⁵, hat der Gerichtshof diese Vorschrift eng ausgelegt. Er hat festgestellt, dass die Mitgliedstaaten angesichts der Zielsetzung dieser Richtlinie, nämlich

der Liberalisierung der Postdienste, keine zusätzlichen Voraussetzungen für Postdienste aufstellen können, um damit den Katalog der für die Anbieter von Universaldienstleistungen reservierten Dienste zu erweitern¹⁶.

47. Die Liste der reservierten Dienste ist daher als erschöpfende Aufzählung zu betrachten. Als reservierte Dienste können daher angesehen werden die Abholung, das Sortieren, der Transport und die Zustellung von Inlandsbriefsendungen sowie die Direktwerbung und die abgehende grenzüberschreitende Post, soweit dies für die Aufrechterhaltung des Universalpostdienstes für die erstgenannten Tätigkeiten erforderlich ist.

48. Die reservierten Dienste betreffen allerdings, wie wir gesehen haben, ausschließlich Briefsendungen mit einem Gewicht von weniger als 350 g und einem Preis von weniger als dem Fünffachen des öffentlichen Tarifs.

49. Im vorliegenden Fall betrifft die Kooperationsvereinbarung dem vorliegenden Gericht zufolge die Erbringung von Postdiensten, die über die als reserviert geltenden Dienste hinausgehen.

14 — Urteile vom 21. Juli 2005, *Coname* (C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 16), und vom 20. Oktober 2005, *Kommission/Frankreich* (C-264/03, Slg. 2005, I-8831, Randnr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

15 — C-240/02 (Slg. 2004, I-2461).

16 — Randnrn. 21 bis 26.

50. Den Akten ist nämlich zu entnehmen, dass der Gesellschaftszweck von Correos gemäß Art. 58 Abs. 2 des Gesetzes 14/2000 Betrieb und Verwaltung sämtlicher Postdienste umfasst. Zwischen reservierten und nicht reservierten Diensten wird daher keinerlei Unterscheidung getroffen. Im Übrigen betrifft auf der Grundlage dieses Gesetzes die Erbringung der für Correos reservierten Postdienste gemäß Art. 1 der Kooperationsvereinbarung sämtliche Briefe, Pakete und Päckchen ohne Gewichts- oder Mengenbegrenzung.

51. Nach Art. 7 der Richtlinie 97/67 können nun aber, wie wir gesehen haben, nur Abholung, Sortieren, Transport und Zustellung der Inlandsbriefsendungen mit den in dieser Richtlinie festgelegten Gewichts- und Preisbegrenzungen für einen einzigen Dienstleistungserbringer reserviert werden. Nur die Erbringung dieser Dienste kann ohne Ausschreibung unmittelbar einem einzigen Anbieter anvertraut werden. Die anderen Postdienste müssen daher nach Maßgabe des Art. 2 dieser Richtlinie den Wettbewerbsregeln unterstellt werden.

52. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 97/67 ist somit dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die die Erbringung von Postdiensten einem einzigen Anbieter vorbehalten, ohne zwischen reservierten und nicht reservierten Dienstleistungen zu unterscheiden.

53. Mithin stellt sich die Frage, ob die Vergabe der Erbringung von nicht reservierten Postdiensten im Sinne von Art. 58 des Gesetzes 14/2000 ohne vorherige Ausschreibung und ohne Öffnung für den Wettbewerb gegen die Richtlinie 92/50 verstößt.

2. Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50

54. Für die Richtlinie 92/50 steht fest, dass sie auf öffentliche Dienstleistungsaufträge anwendbar ist, deren Wert ohne Mehrwertsteuer mindestens 200 000 SZR entspricht¹⁷.

55. Dem vorliegenden Gericht zufolge übersteigt der Wert der Kooperationsvereinbarung 12 020,42 Euro. In der Sitzung hat keiner der Beteiligten den genauen Wertbetrag des Auftrags nennen können. Das vorliegende Gericht wird daher diesen Betrag zu ermitteln haben, um festzustellen, ob die Richtlinie 92/50 auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anzuwenden ist.

¹⁷ — Vgl. Art. 7 Abs. 1 Buchst. a zweiter Gedankenstrich Ziff. ii der Richtlinie 92/50. In einer Bekanntmachung vom 30. August 2000 betreffend den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (KOM(2000) 275 endg./2) hat die Kommission den Wert von 200 000 SZR mit 214 326 Euro angegeben (S. 11).

56. Nehmen wir zunächst einmal an, dass der Betrag der Kooperationsvereinbarung mindestens 200 000 SZR entspricht.

57. In diesem Fall werden wir feststellen, dass die Richtlinie 92/50 dahin auszulegen ist, dass sie nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die den öffentlichen Stellen gestattet, nicht reservierte Postdienste einer Einheit zu übertragen, deren gesamtes Kapital von der öffentlichen Verwaltung gehalten wird, und zwar aus folgenden Gründen.

58. Gemäß Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/50 sind öffentliche Dienstleistungsaufträge „die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge“.

59. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat die Qualifikation des Vertrags nicht nach dem Recht der Mitgliedstaaten zu erfolgen¹⁸. Der Begriff der öffentlichen Aufträge ist daher als ein Begriff des Gemeinschaftsrechts zu betrachten. Mithin ist zu prüfen, ob die in Art. 1 Buchst. a festgelegten Kriterien erfüllt sind, um in Erfahrung zu bringen, ob wir es mit einem öffentlichen Auftrag zu tun haben.

60. Zwei Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit die Richtlinie 92/50 anwendbar ist. Es muss sich um einen entgeltlichen Vertrag handeln, und dieser Vertrag muss zwischen zwei verschiedenen Rechtssubjekten, und zwar zwischen einem Auftraggeber und einem Dienstleistungserbringer, geschlossen werden.

61. Die erste Voraussetzung scheint mir erfüllt zu sein, weil im vorliegenden Fall das Gesetz 14/2000 bestimmt, dass die öffentlichen Stellen mit Correos Kooperationsvereinbarungen über die Erbringung von Postdiensten abschließen können. Außerdem wurde die Kooperationsvereinbarung, um die es im Ausgangsverfahren geht, auf der Grundlage dieses Gesetzes zwischen dem Ministerium und Correos mit einer finanziellen Gegenleistung abgeschlossen, deren Höhe vom Umsatz abhängt. Damit handelt es sich hier um einen entgeltlichen Vertrag.

62. Die zweite Voraussetzung, d. h. die Beteiligung eines öffentlichen Auftraggebers und eines Dienstleistungserbringers, ist in der Richtlinie 92/50 definiert. Gemäß Art. 1 Buchst. b der Richtlinie gelten als öffentliche Auftraggeber „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen“. Art. 1 Buchst. c der Richtlinie definiert den Dienstleistungserbringer als „natürliche oder juristische Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten“.

18 — Urteil Kommission/Frankreich (angeführt in Fn. 14, Randnr. 36).

63. Im vorliegenden Fall dürfte wohl das Ministerium ein öffentlicher Auftraggeber und Correos ein Dienstleistungserbringer sein.

64. Da sich jedoch das Kapital von Correos vollständig in öffentlicher Hand befindet, stellt sich die Frage, ob hier die in Art. 6 der Richtlinie 92/50 vorgesehene Ausnahme gilt. Nach dieser Vorschrift gilt die Richtlinie nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Art. 1 Buchst. b ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese nach Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat.

65. Im vorliegenden Fall steht fest, dass Correos ausschließliche Rechte zustehen, die ihm durch das Gesetz 14/2000 übertragen wurden.

66. Meines Erachtens ist daher zu prüfen, ob die beiden betroffenen Einheiten, d. h. der öffentliche Auftraggeber und der Dienstleistungserbringer, in Wirklichkeit ein und dieselbe Einheit darstellen. Wenn dies zu bejahen ist, kann nicht von einem entgeltlichen Vertrag mit einer sich vom Auftraggeber rechtlich unterscheidenden Einheit die Rede sein, und die Voraussetzungen des

Art. 1 der Richtlinie 92/50 wären nicht erfüllt. Dann aber wären die Gemeinschaftsvorschriften für öffentliche Aufträge nicht anzuwenden.

67. Für meine Begriffe kann die Antwort in der Rechtsprechung des Gerichtshofs gefunden werden.

68. In seinem Urteil vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau¹⁹, hat der Gerichtshof im Rahmen der Richtlinie 92/50 Voraussetzungen herangezogen, die er im Urteil vom 18. November 1999, Tekkal²⁰, zur Richtlinie 93/36/EWG des Rates²¹ entwickelt hatte. Da die Richtlinie 93/36 keine dem Art. 6 der Richtlinie 92/50 vergleichbare Ausnahme enthielt, hat der Gerichtshof entschieden, dass, soweit es die Geltung eines Vertrags betrifft, das vorliegende Gericht zu prüfen hat, ob eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen getroffen wurde.

69. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist dies dann nicht der Fall, wenn der Auftraggeber über den Leistungserbringer „eine Kontrolle ausübt wie über [seine] eigenen Dienststellen“ und wenn „diese[r] [Leistungserbringer] zugleich [seine] Tätigkeit im Wesentlichen für [den oder die Auftraggeber] verrichtet, die [seine] Anteile innehaben“²².

19 — C-26/03 (Slg. 2005, I-1, Randnrn. 49 bis 52).

20 — C-107/98 (Slg. 1999, I-8121, Randnrn. 49 bis 51).

21 — Richtlinie vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1).

22 — Urteil Teckal (angeführt in Fn. 20, Randnr. 50).

70. Diese beiden Voraussetzungen, die man bei einem sogenannten „In house“-Rechtsverhältnis findet, stellen die kumulativen Voraussetzungen dar, bei deren Vorliegen die öffentlichen Stellen einen öffentlichen Auftrag an einen einzigen Leistungserbringer vergeben dürfen, ohne diesen Auftrag den Wettbewerbsregeln zu unterwerfen. Da indessen diese Voraussetzungen eine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts bilden, sind sie eng auszulegen²³.

71. Die Voraussetzung einer Kontrolle, wie sie der Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen ausübt, hat der Gerichtshof inhaltlich im Urteil vom 13. Oktober 2005, *Parking Brixen*²⁴, verdeutlicht. Bei der Beurteilung der Frage, ob der öffentliche Auftraggeber eine solche Kontrolle über den Leistungserbringer ausübt, ist zu prüfen, ob sich bei Berücksichtigung aller Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände ergibt, dass der Leistungserbringer einer Kontrolle unterworfen ist, die es dem Auftraggeber ermöglicht, auf seine Entscheidungen einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen²⁵.

72. Im Übrigen ist es nach Auffassung des Gerichtshofs nicht entscheidend, dass sich das Kapital des die Leistungen erbringenden Unternehmens vollständig in der Hand des öffentlichen Auftraggebers befindet²⁶.

73. Hingegen deutet die Umwandlung eines einzelnen Unternehmens in eine Aktiengesellschaft laut Gerichtshof darauf hin, dass das Unternehmen eine Marktausrichtung erreicht hat, die eine Kontrolle durch die öffentliche Stelle schwierig macht²⁷.

74. Im Übrigen hat der Gerichtshof ebenfalls berücksichtigt, dass der Verwaltungsrat des leistenden Unternehmens beträchtliche Vollmachten hatte, die ohne Kontrolle durch die öffentliche Stelle ausgeübt wurden, und dass der Gesellschaftszweck des Unternehmens ausgeweitet werden konnte²⁸. Diese beiden Umstände sprachen dafür, dass der öffentliche Auftraggeber über die leistende Gesellschaft keine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübte.

75. Da die Voraussetzung einer vergleichbaren Kontrolle eng auszulegen ist, bin ich der Meinung, dass sie so zu verstehen ist, dass die leistende Gesellschaft keinen Handlungsspielraum hat und dass die öffentliche Stelle letztlich allein die Entscheidungen trifft, die dieses Unternehmen betreffen. Zudem zeigt die Verwendung des Ausdrucks „in house“ deutlich, dass man die Tätigkeiten, die eine Stelle mithilfe einer „zum Hause gehörenden“ internen Struktur erbringt, von denen unterscheiden möchte, die sie einem Dritten übertragen wird.

23 — Vgl. Urteil vom 6. April 2006, *ANAV* (C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Randnr. 26).

24 — C-458/03 (Slg. 2005, I-8585).

25 — Randnr. 65.

26 — Vgl. Urteile *Teckal* und *Parking Brixen* (angeführt in Fn. 20 und 24).

27 — Urteil *Parking Brixen* (angeführt in Fn. 20, Randnr. 67).

28 — Ebd.

76. Im vorliegenden Fall legen mehrere Gesichtspunkte nahe, dass Correos, auch wenn ihr Kapital der öffentlichen Verwaltung gehört, doch einen Spielraum bezüglich der Entscheidungen besitzt, die sie zu treffen hat.

77. Zwar trifft zu, dass die Kooperationsvereinbarung gemäß Art. 58 Abs. 2 Buchst. g des Gesetzes 14/2000 von Correos als Universaldienstleister zwingend angenommen werden muss, doch ergibt sich aus den Akten, dass Correos den Vertrag, der sie an den öffentlichen Auftraggeber bindet, durch schriftliche Kündigung binnen Monatsfrist beenden kann.

78. Im Übrigen hat sich Correos, die ein öffentliches Unternehmen war, aufgrund dieses Gesetzes in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, die Dienstleistungen gegen Entgelt anbietet. Es steht außerdem fest, dass Correos gezwungen sein kann, andere Tätigkeiten oder Dienstleistungen zu übernehmen, wenn sie die genannten ergänzen oder zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind²⁹. Das dürfte auch dem Jahresbericht 2005 von Correos zu entnehmen sein, in dem ausgeführt wird, dass der wachsende Wettbewerb in diesem Sektor die Erweiterung des Angebots an Dienstleistungen und die Positionierung auf anderen Märkten unumgänglich gemacht habe³⁰.

79. Correos hat meines Erachtens mit ihrer Umwandlung in eine Aktiengesellschaft sowie der Möglichkeit, den Gesellschaftszweck zu erweitern und den Vertrag mit der öffentlichen Verwaltung zu kündigen, eine Marktausrichtung erreicht und damit die Kontrolle durch diese öffentliche Verwaltung schwierig werden lassen.

80. Demgemäß bin ich der Auffassung, dass der öffentliche Auftraggeber keine vergleichbare Kontrolle über Correos im Sinne der angeführten Rechtsprechung ausübt. Das vorliegende Gericht wird jedoch zu prüfen haben, ob diese Voraussetzung im vorliegenden Fall wirklich erfüllt ist.

81. Gelegenheit zur inhaltlichen Verdeutlichung der zweiten Voraussetzung, wonach der Leistungserbringer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die Auftraggeber verrichten muss, in dessen/deren Besitz er sich befindet, hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 11. Mai 2006, Carbotermo und Consorzio Alisei³¹, gehabt, in dem es um die Auslegung der Richtlinie 93/36 ging.

82. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist diese zweite Voraussetzung nur dann erfüllt, wenn das leistende Unternehmen hauptsächlich für den Auftraggeber tätig wird, der seine Anteile innehat, und jede andere

29 — Vgl. Vorlagebeschluss, S. 11.

30 — Der Bericht ist auf der Website www.correos.es abrufbar.

31 — C-340/04 (Slg. 2006, I-4137).

Tätigkeit rein nebensächlich ist³². Mit anderen Worten, die Tätigkeit von Correos muss nahezu ausschließlich für die öffentliche Verwaltung erfolgen, in deren Besitz sie sich befindet.

83. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist, hat das vorlegende Gericht alle — sowohl die qualitativen als auch die quantitativen — Umstände des Falles zu berücksichtigen.

84. Im vorliegenden Fall hat Correos aufgrund des Gesetzes 14/2000 die Befugnis, Kooperationsvereinbarungen mit allen öffentlichen Verwaltungen zu treffen. Das nationale Gericht stellt in seiner Vorlageentscheidung sogar klar, dass Correos tatsächlich mehrere Kooperationsvereinbarungen mit verschiedenen öffentlichen Einrichtungen getroffen habe.

85. Ferner räumt die spanische Regierung in ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen ein, dass Correos der Betreiber des Universalpostdienstes sei, dessen wichtigste Adressaten im gesamten spanischen Hoheitsgebiet Dritte seien.

86. Die öffentlichen Verwaltungen sind daher weder die hauptsächlichen noch die einzigen Empfänger der von Correos erbrachten Leistungen.

87. Mir scheint daher — vorbehaltlich der Nachprüfung durch das vorlegende Gericht — auch die zweite Voraussetzung nicht erfüllt zu sein.

88. Ich bin folglich für den Fall, dass der Wert des im Ausgangsverfahren in Frage stehenden Auftrags mindestens 200 000 SZR entspricht, der Auffassung, dass die Richtlinie 92/50 hier anzuwenden ist.

89. Meines Erachtens hätte daher der Correos erteilte öffentliche Auftrag für Postdienste aus diesem Grund gemäß Art. 8 der Richtlinie nach den Vorschriften ihrer Abschnitte III bis VI und insbesondere nach ihrem Art. 11 Abs. 1 vergeben werden müssen. Der Auftrag hätte somit ausgeschrieben und in angemessener Weise veröffentlicht werden müssen.

90. Die spanische Regierung vertritt in ihren Erklärungen die Auffassung, dass es, falls sie die nicht reservierten Dienste den Wettbewerbsregeln unterstellen müsse, zu einem finanziellen Ungleichgewicht käme und Correos nicht mehr in der Lage wäre, den ihr übertragenen Mindestuniversaldienst sicherzustellen.

91. Mit diesem Vorbringen beruft sich die spanische Regierung in Wirklichkeit auf die Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG.

32 — Ebd. (Randnm. 61 bis 63).

92. Diesem Vorbringen kann indessen im vorliegenden Fall aus den folgenden Gründen kein Erfolg beschieden sein.

93. Nach Art. 86 Abs. 2 EG gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften des Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

94. Im vorliegenden Fall besteht der Gesellschaftszweck von Correos in der Erbringung von Postdiensten, die sich nicht auf den Universaldienst beschränkt, sondern sich auf den Betrieb und die Verwaltung jedes Postdienstes erstreckt.

95. Meines Erachtens belegt der Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers, mit der Unterscheidung von reservierten und nicht reservierten Dienstleistungen den Postsektor zu liberalisieren, dass die Erfüllung der besonderen Aufgabe, die Dienstleistungserbringern wie Correos übertragen ist, durch die Öffnung der nicht reservierten Dienste für den Wettbewerb nicht verhindert wird.

96. Die Richtlinie 97/67 hat nämlich einen Regelungsrahmen für den Postsektor ge-

schaffen. Sie hat insbesondere die Sicherstellung eines Universaldienstes in diesem Sektor vorgesehen, indem sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt hat, bestimmte Postdienste zu reservieren. Die Erbringung aller anderen Dienste, die nicht reserviert werden können, muss dem Wettbewerb geöffnet werden.

97. Wenn die Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, einen öffentlichen Auftrag für nicht reservierte Postdienste ohne vorherige Ausschreibung an einen einzigen Leistungserbringer zu vergeben, würde dies der Zielsetzung der Richtlinie 97/67, den Postsektor zu liberalisieren, direkt zuwiderlaufen.

98. Ergänzt sei noch, dass nach den Klarstellungen der Kommission zugunsten der reservierten Dienste die Vermutung gilt, dass sie nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt sind³³.

99. Für meine Begriffe führt die Richtlinie 97/67, wenn sie die reservierten Dienste von den nicht reservierten unterscheidet und einem Mitgliedstaat die Möglichkeit bietet, die reservierten Dienste einem einzigen Erbringer des Universaldienstes zu übertragen, Art. 86 Abs. 2 EG durch.

33 — Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste (ABl. 1998, C 39, S. 2).

100. Nach alledem bin ich der Auffassung, dass, falls der Wert des öffentlichen Dienstleistungsauftrags mindestens 200 000 SZR entspricht, die Richtlinie 92/50 dahin auszulegen ist, dass sie nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die die Erbringung nicht reservierter Postdienste einer Aktiengesellschaft vorbehalten, deren gesamtes Kapital sich in der Hand der öffentlichen Verwaltung befindet, wenn zugleich der Auftraggeber über den Dienstleistungserbringer keine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt und dieser wiederum seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen für die Körperschaft(en) verrichtet, in deren Besitz er sich befindet.

101. Sollte allerdings die Schwelle von 200 000 SZR nicht erreicht werden, bleibt die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht unter die Gemeinschaftsrichtlinien fallen, gleichwohl den tragenden Grundsätzen des Vertrags unterworfen. Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ist daher auch im Licht dieser Grundsätze zu prüfen.

3. Zur Auslegung der Art. 43 EG, 49 EG und 86 EG

102. Wie wir bereits in Nr. 44 dieser Schlussanträge gesehen haben, hat der Gerichtshof entschieden, dass die Auftraggeber, wenn der Wert eines öffentlichen Dienstleis-

tungsauftrags nicht die in der Richtlinie 92/50 festgelegte Schwelle erreicht, gleichwohl verpflichtet sind, die tragenden Grundsätze des Vertrags zu beachten.

103. Das vorliegende Gericht möchte also von uns wissen, ob Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit den Art. 43 EG und 49 EG nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die es gestatten, einer Aktiengesellschaft, deren Kapital von der öffentlichen Verwaltung gehalten wird, unmittelbar die Erbringung nicht reservierter Postdienste zu übertragen.

104. Nach Art. 86 Abs. 1 EG dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem Vertrag widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten.

105. Im vorliegenden Fall ist Art. 86 Abs. 1 EG auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens durchaus anwendbar, da Correos ein öffentliches Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift ist, weil ihr Kapital von der öffentlichen Verwaltung gehalten wird. Im Übrigen ergibt sich aus den Akten, dass Correos das ausschließliche Recht auf Er-

bringung von Postdiensten erhalten hat, die, wie wir gesehen haben, über die als reserviert anzusehenden Dienste hinausgehen.

Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind.

106. Da Art. 86 Abs. 1 EG keine eigenständige Bedeutung hat, sondern in Verbindung mit den einschlägigen Vertragsbestimmungen zu lesen ist³⁴, halte ich die Art. 43 EG und 49 EG für die hier maßgebenden Bestimmungen.

109. Die Art. 43 EG und 49 EG sind eine besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, der wiederum das in Art. 12 EG festgelegte Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit einschließt³⁵.

107. Soweit nämlich der betreffende öffentliche Auftrag für Postdienste Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten interessieren kann, nimmt ihnen seine unmittelbare Vergabe ohne vorherige Ausschreibung jede Möglichkeit, sich mit einem Angebot zu bewerben. Außerdem werden Unternehmen, die ähnliche Dienstleistungen anbieten wie Correos, davon abgeschreckt, sich in dem betreffenden Mitgliedstaat niederzulassen, weil sie nicht die Möglichkeit der Beteiligung an einer Ausschreibung haben.

110. In seiner Rechtsprechung zu öffentlichen Aufträgen hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter bedeutet, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen³⁶.

108. Art. 43 Abs. 1 EG legt aber fest, dass Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats verboten sind. Art. 49 Abs. 1 EG wiederum verbietet Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der

111. Der Gerichtshof hat daher die Auffassung vertreten, dass die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Verbots der Diskriminierung bei öffentlichen Aufträgen voraussetzt, dass der Auftraggeber den Grundsatz der Publizität beachtet, indem er einen gewissen Grad an Öffentlichkeit sicherstellt. Auf diese Weise können alle potenziellen Bieter von dem Auftrag Kenntnis nehmen und auf die Ausschreibung reagieren³⁷.

34 — Urteil Asociación Nacional de Empresas Forestales (angeführt in Fn. 13, Randnr. 40).

35 — Vgl. Urteile vom 8. Oktober 1980, Überschar (810/79, Slg. 1980, 2747, Randnr. 16), und vom 5. Dezember 1989, Kommission/Italien (C-3/88, Slg. 1989, 4035, Randnr. 8).

36 — Urteil Parking Brixen (angeführt in Fn. 24, Randnr. 48).

37 — Ebd. (Randnr. 49).

112. Die Diskriminierung besteht bei öffentlichen Aufträgen mit anderen Worten darin, dass der Auftrag nicht den Regeln der Publizität unterworfen wird und dass damit den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen die Möglichkeit der Beteiligung genommen wird.

113. Der Correos erteilte öffentliche Auftrag betrifft, wie wir gesehen haben, zum einen die Erbringung reservierter Dienste, die also unmittelbar einem einzigen Leistungserbringer übertragen werden können, und zum anderen die Erbringung nicht reservierter Dienste, die den Wettbewerbsregeln unterworfen werden müssen.

114. Das vorlegende Gericht hat nun festgestellt, dass der öffentliche Auftrag für Postdienste weder Publizität erfahren hat noch für andere Leistungserbringer auf dem Inlandsmarkt und den Auslandsmärkten ausgeschrieben wurde, sondern unmittelbar Correos erteilt wurde.

115. Damit hat der Auftraggeber nicht nur Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat um ihr Recht auf Abgabe von Angeboten und auf Erbringung ihrer Leistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat gebracht, sondern Unternehmen mit dem gleichen Gesellschaftszweck wie Correos auch davon abgeschreckt, sich in diesem Mitgliedstaat niederzulassen, was eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt, die gegen die Art. 43 EG und 49 EG verstößt.

116. Zwei Einwände bleiben jedoch zulässig.

117. Erstens dürfen zwar gemäß Art. 86 Abs. 1 EG öffentliche Unternehmen nicht besser als private Unternehmen behandelt werden, doch gilt anderes, wenn der Auftraggeber den öffentlichen Dienstauftrag einem von ihm kontrollierten Unternehmen erteilt³⁸.

118. Wir haben indessen in den Nrn. 69 bis 88 dieser Schlussanträge gesehen, dass das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und Correos nicht als „in house“ betrachtet werden kann. Dieser Einwand ist daher zurückzuweisen.

119. Zweitens gilt gemäß Art. 86 Abs. 2 EG eine Ausnahme von dem in Abs. 1 dieses Artikels ausgesprochenen Verbot.

120. Die spanische Regierung kann sich aber, wie wir bereits gesehen haben, im Rahmen der Richtlinie 97/67 nicht auf Art. 86 Abs. 2 EG berufen.

38 — Vgl. Urteil Stadt Halle und RPL Lochau (angeführt in Fn. 19, Randnr. 48).

121. Auch dieser zweite Einwand ist daher zurückzuweisen. Art. 43 EG und 49 EG dahin auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die den öffentlichen Stellen gestatten, die Erbringung nicht reservierter Postdienste einer Einheit zu übertragen, deren gesamtes Kapital von der öffentlichen Verwaltung gehalten wird, ohne eine solche Vergabe den tragenden Grundsätzen für die Erteilung öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu unterwerfen.
122. Ich bin folglich der Auffassung, dass Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit den

V — Ergebnis

123. Demgemäß schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt auf die Vorlagefrage der Audiencia Nacional zu antworten:

Entspricht der Wert des öffentlichen Dienstleistungsauftrags mindestens 200 000 Sonderziehungsrechten, ist die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 geänderten Fassung dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die den öffentlichen Stellen gestatten, die Erbringung nicht reservierter Postdienste einer Einheit zu übertragen, deren

gesamtes Kapital von der öffentlichen Verwaltung gehalten wird, ohne eine solche Vergabe den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu unterwerfen, wenn zugleich der Auftraggeber über den Leistungserbringer keine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt und dieser wiederum seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen für den oder die Auftraggeber verrichtet, in deren Besitz er sich befindet.

Sollte der Wert des Dienstleistungsauftrags 200 000 Sonderziehungsrechte nicht erreichen, ist Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit den Art. 43 EG und 49 EG dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die es den öffentlichen Stellen gestatten, die Erbringung nicht reservierter Postdienste einer Einheit zu übertragen, deren gesamtes Kapital von der öffentlichen Verwaltung gehalten wird, ohne eine solche Vergabe den tragenden Grundsätzen für die Erteilung öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu unterwerfen, wenn zugleich der Auftraggeber über den Leistungserbringer keine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt und dieser wiederum seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen für den oder die Auftraggeber verrichtet, in deren Besitz er sich befindet.