

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

YVESA BOTA,

predstavljeni 20. septembra 2007<sup>1</sup>

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe bo Sodišču omogočil, da bo izoblikovalo svojo sodno prakso v zvezi s problematiko napotitve delavcev v okviru opravljanja storitev.

plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se storitve izvajajo, v nasprotnem primeru lahko sankcije privedejo celo do razdrtja podjemne pogodbe, kadar kolektivna pogodba, na katero napotuje ta zakonodaja, ni razglašena za splošno uporabno.

2. Vprašanje, ki ga je zastavilo predložitevno sodišče, namreč ponovno poziva Sodišče, naj poišče ravnovesje med svobodo opravljanja storitev in zahtevami v zvezi z varstvom delavcev in preprečevanjem socialnega dampinga.

4. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (odvetnik Ruffert, sodni upravitelj premoženja družbe Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG), toženo stranko v sporu o glavni stvari, in Land Niedersachsen (v nadaljevanju: dežela Spodnja Saška), tožečo stranko v sporu o glavni stvari, zaradi razdrtja podjemne pogodbe, ki sta jo ta družba in ta dežela sklenili v okviru javnega naročila gradnje.

3. Natančneje, Oberlandesgericht Celle (Nemčija) v bistvu zaproša Sodišče, naj se izreče o vprašanju, ali je pravo Skupnosti treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji o oddaji javnih naročil, ki zahteva, naj izbrani ponudniki in, posredno, njihovi podizvajalci delavcem, ki so napoteni v okviru izvedbe javnega naročila, izplačajo najmanj

5. V teh sklepnih predlogih bom dokazal, zakaj se po mojem mnenju niti Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 96/71/ES z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev

1 – Jezik izvornika: francoščina.

na delo v okviru opravljanja storitev<sup>2</sup> niti člen 49 ES ne smeta razlagati tako, da nasprotujeta nacionalnemu ukrepu, kot je ukrep, ki se obravnava v postopku v glavni stvari.

8. V členu 1 te direktive z naslovom „Področje uporabe“ je določeno:

„1. Ta direktiva se uporablja za podjetja s sedežem v kateri od držav članic, ki v okviru čezmejnega opravljanja storitev napotijo delavce v skladu s členom 3 na ozemlje katere od držav članic.

## I – Pravni okvir

[...]

### A – Pravo Skupnosti

6. Člen 49, prvi odstavek, ES določa, da se omejitve svobode opravljanja storitev v Skupnosti prepovejo za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav Skupnosti, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene.

3. Ta direktiva se uporablja, kolikor podjetja iz odstavka 1 uporabljajo katerega od naslednjih čezmejnih ukrepov:

7. Direktiva 96/71 naj bi razvijala svobodo opravljanja storitev med državami članicami z zagotavljanjem lojalne konkurence med podjetji ponudniki storitev in z varovanjem spoštovanja pravic delavcev<sup>3</sup>.

(a) napotijo delavce na ozemlje katere od držav članic na lasten račun in pod lastnim vodstvom na podlagi pogodbe, sklenjene med podjetjem, ki je delavce napotilo, in pogodbenico, kateri so storitve namenjene, pod pogojem, da v času napotitve obstaja delovno razmerje med podjetjem, ki delavca napoti, in delavcem,

2 – UL 1997, L 18, str. 1.

3 – Peta uvodna izjava.

[...]“

9. Kot priča šesta uvodna izjava navedene direktive, je zakonodajalec Skupnosti izhajal iz ugotovitve, da se s čezmejnostjo delovnega razmerja pojavijo problemi glede tega, katero pravo se zanj uporablja.

10. V zvezi s tem Rimska konvencija o veljavnem pravu v obligacijskih razmerjih, dana v podpis v Rimu 19. junija 1980<sup>4</sup>, določa splošna merila za izbiro prava, ki velja za delovno razmerje<sup>5</sup>. Člen 3 te konvencije predvideva, da pogodbeni stranke praviloma same izberejo veljavno pravo. Kadar to ni izbrano, se v skladu s členom 6(2) navedene konvencije v zvezi s pogodbo uporablja pravo države, v kateri delavec pri izvajanju pogodbe običajno opravlja delo, tudi če je začasno zaposlen v drugi državi.

11. Poleg tega člen 7 Rimske konvencije določa, da lahko hkrati s pravom, določenim, da se uporabi, ob upoštevanju nekaterih pogojev veljajo tudi prisilni predpisi druge države, zlasti prava države članice, na ozemlje katere je delavec začasno razporejen. Ti prisilni predpisi, drugače poimenovani „zakoni neposredne uporabe“ ali

„prisilne določbe“, ki prevladujejo v kraju izvršitve dela, niso natančneje določeni s to konvencijo.

12. V tem okviru je prispevek Direktive 96/71 vzpostavitev določenega števila obveznih predpisov za primere čezmejnega napolnitve na delo na ravni Skupnosti<sup>6</sup>. Prav tako je izraz načela prednosti prava Skupnosti, določenega v členu 20 Rimske konvencije, v skladu s katerim konvencija ne vpliva na uporabo določb, ki za posamezni primer določijo kolizijsko normo v obligacijskem razmerju in ki jih vsebujejo akti institucij Evropskih skupnosti ali nacionalna zakonodaja, usklajena skozi izvajanje takih aktov<sup>7</sup>.

13. Da bi uskladila različne cilje, ki jih zasleduje, Direktiva 96/71 tako usklajuje zakonodaje držav članic, „tako da je določeno jedro prisilnih predpisov glede minimalne zaščite, ki jih morajo v državi gostiteljici spoštovati delodajalci, ki napotujejo svoje delavce, da opravijo začasno delo na ozemlju države članice, kjer se opravlja storitev“<sup>8</sup>.

4 – UL L 266, str. 1, v nadaljevanju: Rimska konvencija.

5 – Glej od sedme do desete uvodne izjave Direktive 96/71.

6 – Glej sporočilo Komisije Svetu, Evropskemu parlamentu, Ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij z dne 25. julija 2003 o izvajanju Direktive 96/71 v državah članicah (COM(2003) 458 konč., točka 2.3.1.1).

7 – Enajsta uvodna izjava.

8 – Trinajsta uvodna izjava.

14. V skladu s sedemnajsto uvodno izjavo te direktive „prisilni predpisi o minimalni zaščiti, ki veljajo v državi gostiteljici, ne smejo onemogočati uporabe pogojev za delo in zaposlitev, ki so za delavce ugodnejši“.

– s kolektivnimi pogodbami ali arbitražnimi odločbami, razglašeni za splošno veljavne [uporabne] v smislu odstavka 8, kolikor zadevajo dejavnosti, omenjene v Prilogi [9]:

– [...]

15. Ta načela so podrobneje urejena v členu 3 navedene direktive z naslovom „Določbe in pogoji za zaposlitev“, ki določa:

(c) minimalne urne postavke, tudi za nadurno delo; ta točka se ne uporablja za programe dodatnega kolektivnega pokojninskega zavarovanja;

„1. Države članice poskrbijo, da ne glede na to, katera zakonodaja se uporablja za delovno razmerje, podjetja iz člena 1(1) zagotovijo delavcem, ki so napoteni na njihovo ozemlje, pogoje za delo in zaposlitev v zvezi z naslednjimi zadevami, ki so urejene v državi članici, v kateri se opravlja delo:

[...]

V tej direktivi je koncept minimalnih urnih postavk iz odstavka 1 točke (c) opredeljen z nacionalno zakonodajo in/ali prakso države članice, na katere ozemlje je delavec napoten.

– z zakonom ali drugim predpisom

[...]

in/ali

9 – Gre za „vse gradbene dejavnosti, ki zadevajo izvedbo, prenovitev, spremembo ali odstranitev zgradb“.

7. Odstavki od 1 do 6 ne onemogočajo uporabe za delavce ugodnejših pogojev za delo in zaposlitev.

- kolektivne pogodbe, sklenjene med najbolj reprezentativnimi organizacijami delodajalcev in delavcev na nacionalni ravni in ki se jih uporablja na ozemlju celotne države,

[...]

8. Kolektivne pogodbe ali arbitražne odločbe, razglašene za splošno uporabne, pomenijo kolektivne pogodbe ali arbitražne odločbe, ki jih morajo spoštovati vsa podjetja na zadevnem geografskem območju in poklicu ali panogi.

pod pogojem, da njihova uporaba s strani podjetij iz člena 1(1) zagotavlja v zadevah, navedenih v prvem pododstavku odstavka 1 tega člena, enako obravnavanje v teh podjetjih in v drugih podjetjih iz tega pododstavka, ki so v podobnem položaju.

Če ni sistema za razglasitev kolektivnih pogodb ali arbitražnih odločb za splošno veljavne [uporabne] v smislu prvega pododstavka, se lahko države članice odločijo, da izhajajo iz:

Šteje se, da gre za enako obravnavanje v smislu tega člena, če nacionalna podjetja v podobnem položaju:

- kolektivnih pogodb ali arbitražnih odločb, ki imajo splošen učinek za vsa podobna podjetja na zadevnem geografskem območju in poklicu ali
- imajo v kraju, za katerega gre, ali v zadevni panogi enake obveznosti kot podjetje, ki je delavca napotilo, v zvezi z zadevami, navedenimi v prvem pododstavku odstavka 1 tega člena,

in/ali

in

- če morajo izpolnjevati take obveznosti z enakimi učinki. pogojih za delo, ki jih je treba spoštovati med izvedbo javnega naročila. Ta člen določa:

[...]“

16. Nazadnje glede pravil Skupnosti na področju javnih naročil za gradnje opozarjam, da se je Direktiva Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje<sup>10</sup> uporabljala v času dejanskega stanja spora o glavni stvari<sup>11</sup>.

„1. V razpisni dokumentaciji naročniki lahko navedejo ali pa morajo navesti, kadar to zahteva država članica, organ ali organe, od katerih lahko ponudnik dobi ustrezne informacije o obveznostih v zvezi z določbami o varnosti zaposlitve in delovnih pogojih [za delo], ki veljajo v državi članici, regiji ali lokalni skupnosti, v katerih se bodo gradnje izvajale, in ki se uporabljajo za gradnje, opravljene na tej lokaciji med izpolnjevanjem naročila.

17. Čeprav namen Direktive 93/37 ni organizirati faze izvedbe naročil<sup>12</sup>, je vseeno treba navesti njen člen 23, ki zadeva informacije o

10 – UL L 199, str. 54, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. oktobra 1997 (UL L 328, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 93/37). To direktivo je razveljavila in nadomestila Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114), katere rok za prenos se je iztekel 31. januarja 2006.

11 – Iz predložitvenega sklepa izhaja, da znesek javnega naročila, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, znaša 8.493.331 EUR brez davka na dodano vrednost (v nadaljevanju: brez DDV), to je višji znesek od praga uporabe Direktive 93/37, ki je enakovreden znesek v ekujih za 5 milijonov posebnih pravic črpanja (v nadaljevanju: SDR), to je 6.242.028 EUR (v tej zvezi glej protivrednost pragov, ki jih določajo direktive o javnih naročilih, ki se uporabljajo od 1. januarja 2002 (UL 2001, C 332, str. 21)).

12 – Glej v tem smislu Razlagalno sporočilo Komisije o pravu Skupnosti, ki se uporablja za javna naročila, in o možnosti vključitve socialnih vidikov v ta naročila (COM(2001) 566 konč., str. 16, točka 1.6).

2. Naročnik, ki poda informacije iz odstavka 1, zahteva od ponudnikov ali udeležencev postopka za oddajo naročil navedbo, da so pri sestavljanju njihove ponudbe upoštevali obveznosti v zvezi z določbami o varnosti zaposlitve in delovnih pogojih [za delo], ki veljajo v kraju, kjer bo gradnja potekala. To ne posega v uporabo določb člena 30(4) o preverjanju neobičajno nizkih ponudb.“

B – *Nacionalno pravo*

Nemčije (Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, v nadaljevanju: TV Mindestlohn), in posebne kolektivne pogodbe.

1. Določitev minimalne plače v gradbeništvu

18. V Nemčiji je določitev minimalne plače v gradbeništvu predmet kolektivnih pogajanj.

a) TV Mindestlohn

19. V tej državi članici kolektivne pogodbe običajno sklepajo sindikati delavcev in združenja delodajalcev. Lahko se uporabljajo za poseben sektor, za del oziroma celotno ozemlje Zvezne republike Nemčije.

20. Sektor gradbeništva ureja kolektivna pogodba, ki določa splošni okvir za gradbeno industrijo (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe), z dne 4. julija 2002. Ta kolektivna pogodba, ki se uporablja na celotnem ozemlju Zvezne republike Nemčije, pa ne vsebuje pravil o minimalni plači.

22. Na zvezni ravni TV Mindestlohn, ki se uporablja za podjetja, ki sodijo na področje uporabe kolektivne pogodbe, ki določa splošni okvir za gradbeno industrijo, določa minimalno raven plače za dve kategoriji v skladu s stopnjo poklicne usposobljenosti delavca in glede na to, ali gre za „stare“ ali „nove“ Länder. Določa, da je minimalna plača sestavljena iz urne postavke, ki jo določa ta pogodba, in dodatka za sektor gradbeništva, ki skupaj oblikujeta skupno pogodbeno urno postavko. Prav tako določa, da določba, ki predvideva skupno pogodbeno urno plačilo kategorij 1 in 2, ne vpliva na pravico do višjih plač na podlagi drugih kolektivnih pogodb ali posebnih sporazumov.

21. Ta pravila vsebujejo kolektivna pogodba, ki določa minimalno plačo v gradbenem sektorju na ozemlju Zvezne republike

23. Določbe TV Mindestlohn so razglašene za splošno uporabne z uredbo o obveznih delovnih pogojih v gradbeništvu

(Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe).

šena za splošno uporabno z uredbo z dne 13. decembra 2003<sup>14</sup>.

24. Navesti je treba, da po nemškem pravu razglasitev splošne uporabe kolektivne pogodbe pomeni, da se ta pogodba uporablja za vse delodajalce in delavce v zadevni panogi na določenem ozemlju. Področje uporabe take pogodbe tako razširja na delodajalce in delavce, ki niso člani pogodbenih sindikalnih organizacij. Tako razglasitev splošne uporabe lahko opravi zvezni minister za delo na podlagi člena 1(3a) nemškega zakona o napotitvi delavcev (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)<sup>13</sup> z dne 26. februarja 1996 za sektorje, ki jih ureja ta zakon, ali na podlagi člena 5 zakona o kolektivnih pogodbah (Tarifvertragsgesetz).

25. Časovna veljavnost TV Mindestlohn je omejena. Po podatkih, ki jih imam na voljo, se zdi, da je bil TV Mindestlohn, ki je veljal v času dejanskega stanja spora o glavni stvari, tisti z dne 29. oktobra 2003, ki je veljal med 1. novembrom 2003 in 31. avgustom 2005. Ta kolektivna pogodba je bila razgla-

#### b) Posebne kolektivne pogodbe

26. Večina posebnih kolektivnih pogodb (Entgelttarifvertraege) ima omejeno krajevno področje uporabe. Poleg tega običajno niso razglašene za splošno uporabne, kar pomeni, da se vse ne uporabljajo obvezno za vse delavce v zadevni panogi.

27. Iz pisnega odgovora Land Niedersachsen na vprašanje Sodišča je mogoče razbrati, da je v tej zadevi upoštevana kolektivna pogodba v zvezi s plačami in dodatki za poklicno usposabljanje (Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen) z dne 4. julija 2003, v besedilu, ki izhaja iz spremembe kolektivne pogodbe z dne 29. oktobra 2003. Ta kolektivna pogodba ni bila razglašena za splošno uporabno.

14 – *Bundesanzeiger* št. 242, 30. december 2003, str. 26093. Navedeno kolektivno pogodbo je sedaj nadomestil TV Mindestlohn z dne 29. julija 2005, ki se uporablja od 1. septembra 2005 do 31. avgusta 2008 in katerega splošna uporaba je bila določena z Uredbo z dne 29. avgusta 2005 (*Bundesanzeiger* št. 164, 31. avgust 2005, str. 13199).

13 – BGBl. 1996 I, str. 227, v nadaljevanju: AEntG.



28. Iz spisa izhaja, da so ravni plač, ki so določene v posebnih kolektivnih pogodbah, v praksi znatno višje od minimalnih plač, ki so na podlagi TV Mindestlohn predpisane za celotno Nemčijo. Poleg tega je razpon plač v navedenih pogodbah določen podrobneje kot v TV Mindestlohn in določa ravni plač za različne skupine nalog.

gabegesetz, v nadaljevanju: deželni zakon) vsebuje pravila s področja oddaje javnih naročil z vrednostjo najmanj 10.000 EUR. V obrazložitvi je določeno:

## 2. AEntG

29. V Nemčiji je AEntG v notranje pravo prenesel Direktivo 96/71. Člen 1(1) tega zakona med drugim določa, da so pravne norme iz kolektivne pogodbe za gradbeno industrijo, ki so razglašene za splošno uporabne in katerih predmet je minimalna plača, obvezne tudi za delovno razmerje med delodajalcem s sedežem v tujini in njegovim delavcem, ki opravlja delo v kraju, kjer se uporablja ta kolektivna pogodba. Delodajalec mora tako svojemu delavcu zagotoviti vsaj pogoje za delo, ki so določeni v omenjeni navedeni pogodbi.

„Ta zakon se bori proti motnjam konkurence, ki se pojavljajo v sektorjih gradbeništva in lokalnega javnega prevoza kot posledica zaposlovanja poceni delovne sile, in zmanjšuje bremena, ki nastajajo za sisteme socialne varnosti. V ta namen določa, da imajo naročniki pravico oddati naročilo za gradnje in lokalni javni prevoz le podjetjem, ki izplačujejo plače, določene v kolektivnih pogodbah v kraju, kjer se storitve izvajajo.“

## 3. Zakon dežele Spodnje Saške o oddaji javnih naročil

30. Zakon dežele Spodnje Saške o oddaji javnih naročil (Niedersächsisches Landesver-

31. V skladu s členom 3(1) deželnega zakona se pogodbe o naročilih gradnje dodelijo le podjetjem, ki se pri oddaji ponudbe pisno zavežejo, da bodo svojim delavcem v zameno za izvajanje zadevnih storitev izplačala najmanj plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se te storitve izvajajo, in to v trenutku, ki ga ta kolektivna pogodba določa.

32. Člen 4(1) tega zakona zlasti določa, da se mora izbrani ponudnik, kadar izvajanje

storitev odda podizvajalcem, prav tako zavezati, da bo podizvajalcem določil iste obveznosti, kot jih ima na podlagi navedenega zakona, in da bo nadzoroval, ali podizvajalci spoštujejo navedene obveznosti.

je neizpolnitev obveznosti mogoče pripisati enemu od njegovih podizvajalcev ali enemu od njihovih podizvajalcev, razen če izbrani ponudnik ni vedel za zadevno neizpolnitev obveznosti ali mu zanj ni bilo treba vedeti. Če je pogodbeni kazen nesorazmerno velika, jo sme naročnik na predlog izbranega ponudnika znižati na primerno višino.

33. Na podlagi člena 7(1) deželnega zakona je naročnik upravičen izvajati nadzor, da preveri spoštovanje pogojev, ki so določeni za oddajo naročila. V ta namen se sme seznaniti z izpiski plač, ki jih izdajo izbrani ponudniki in podizvajalci, dokazi o plačilu davkov in socialnih prispevkov ter s podjemnimi pogodbami, ki so jih sklenili izbrani ponudniki in podizvajalci.

2. Naročniki in izbrani ponudnik se dogovorijo, da lahko naročnik razdre pogodbo brez predhodnega obvestila, če izbrani ponudnik ali njegovi podizvajalci ne izpolnjujejo zahtev iz člena 3 in če je neizpolnitev obveznosti posledica hude malomarnosti ali gre za ponavljajočo neizpolnitev obveznosti, opredeljenih v členih 4 in 7(2).

34. Člen 8 tega zakona, ki zadeva sankcije, določa:

„1. Da bi zagotovili spoštovanje obveznosti, opredeljenih v členih 3, 4 in 7(2), se naročniki in izbrani ponudnik dogovorijo za pogodbeno kazen, in sicer za vsako krivdno neizpolnitev obveznosti v višini 1 %, za primere večkratnih neizpolnitev obveznosti pa lahko pogodbeni kazen znaša do 10 % vrednosti naročila. Izbrani ponudnik je zavezan plačati pogodbeno kazen iz prvega stavka tudi, kadar

3. Če je dokazano, da je bila neizpolnitev obveznosti podjetja iz tega zakona posledica najmanj hude malomarnosti ali je šlo za ponavljajočo neizpolnitve obveznosti, lahko naročniki to podjetje izključijo iz dodelitve javnih naročil na posameznem področju pristojnosti za največ eno leto.

[...]“

## II – Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

Zavezujem se, da bom tudi podizvajalcem naložil obveznosti, ki jih imam na podlagi členov 3, 4 in 7(2) [deželnega zakona], in da bom nadzoroval, ali podizvajalci spoštujejo navedene obveznosti.

35. Iz predložitvenega sklepa izhaja, da je Land Niedersachsen po izvedenem javnem razpisu jeseni 2003 toženi stranki dodelila naročilo za izvedbo grobih gradbenih del na zgradbi zapora Göttingen-Rosdorf. Znesek naročila je znašal 8.493.331 EUR brez DDV. Pogodba je vsebovala „dogovor o spoštovanju določb kolektivnih pogodb ob izvršitvi del“, s katerim je tožena stranka sprejela naslednje zaveze:

[...]

„Moja/Naša ponudba temelji na naslednjem dogovoru:

Strinjam se, da lahko naročnik, če sam – ali moji podizvajalci – ne bom izpolnil obveznosti iz člena 3 [deželnega zakona] in če bo prišlo do neizpolnitve obveznosti iz členov 4 in 7(2) navedenega zakona iz hude malomarnosti ali bo šlo za ponavljajočo neizpolnitev, razdre pogodbo brez predhodnega obvestila.“

V zvezi s členom 3 [deželnega zakona] (zaveza spoštovanja kolektivnih pogodb):

36. Tožena stranka je izkoristila storitve družbe PKZ Pracownie Konserwacji Zabytkow Sp. zoo (v nadaljevanju: družba PKZ), ki ima sedež v Tarnowu (Poljska) in podružnico v Wedemarku (Nemčija), kot podizvajalca.

Če mi bo naročilo dodeljeno, se zavezujem, da bom delavcem, zaposlenim v mojem podjetju, kot plačilo za izvršene zaupane storitve izplačal minimalno plačo, ki velja v kraju izvršitve na podlagi kolektivne pogodbe, navedene na seznamu reprezentativnih kolektivnih pogodb pod št. 1 ‚Gradnja in javna dela‘ [...]

37. Poleti 2004 je bila družba PKZ osumljena, da je na gradbišču zaposlila poljsko delovno silo za nižjo plačo, kot jo določa kolektivna pogodba, ki se uporablja. Po začetku preiskave sta tako tožena stranka kot Land Niedersachsen razdrli podjemno pogodbo, ki sta jo sklenili. Land Niedersachsen je to

razdrtje obrazložila zlasti z dejstvom, da tožena stranka ni izpolnila pogodbene obveznosti spoštovanja kolektivnih pogodb. Poleg tega je bil zoper glavne odgovorne osebe družbe PKZ izdan kazenski nalog, v katerem jim je bilo očitano, da so 53 delavcem, ki so delali na gradbišču, izplačali le 46,57 % predpisane minimalne plače.

38. Land Niedersachsen je zahtevala uporabo kazenske klavzule in navedla, da bi tožena stranka morala vedeti za neizpolnitve obveznosti podizvajalca in da plačilo nižjih plač, kot jih predpisuje kolektivna pogodba, pomeni ločeno neizpolnitve obveznosti za vsakega delavca, tako da je primerna kazen v višini 10 % zneska naročila.

39. Landgericht Hannover je na prvi stopnji presodilo, da je ta zahteva delno utemeljena. Ugotovilo je namreč, da je terjatev, ki jo je tožena stranka imela na podlagi podjemne pogodbe, ugasnila s kompenzacijo zaradi uporabe pogodbene kazni v višini 84.934,31 EUR, kar predstavlja 1 % zneska naročila, in v preostalem delu zavrnilo zahtevo.

40. Oberlandesgericht Celle, ki je obravnavalo pritožbo, je v predložitvenem sklepu pojasnilo, da je rešitev spora o glavni stvari

odvisna od vprašanja, ali je dolžno zavrniti uporabo deželnega zakona, natančneje člena 8(1) tega zakona, ker naj ta ne bi bil v skladu s svobodo opravljanja storitev, določeno v členu 49 ES.

41. Predložitveno sodišče v tej zvezi ugotavlja, da zaveza spoštovanja kolektivnih pogodb, ki jih morajo sprejeti gradbena podjetja s sedežem v drugih državah članicah na podlagi deželnega zakona, ta zavezuje, da plače, ki jih izplačujejo svojim zaposlenim, uskladijo na pogosto višjo raven plačila, ki ustreza kraju, kjer se opravljajo storitve v Nemčiji. S tem naj bi ta podjetja izgubila konkurenčno prednost, ki jo imajo na podlagi nižjih stroškov za plače. Obveznost spoštovanja kolektivnih pogodb naj bi zato pomenila oviro za vstop fizičnih ali pravnih oseb, ki prihajajo iz drugih držav članic.

42. Dalje predložitveno sodišče dvomi, ali zavezo spoštovanja kolektivnih pogodb upravičujejo višji razlogi v javnem interesu.

43. Izreklo se je v prid tezi, da ni mogoče šteti, da obveznost spoštovanja kolektivnih pogodb ustreza višjim razlogom v javnem interesu. Ta obveznost naj bi, ker prispeva k zaprtju trga, ki nemška gradbena podjetja

ščiti pred konkurenco iz drugih držav članic, zasledovala gospodarski cilj, ki v skladu s sodno prakso Sodišča ne more pomeniti višjega razloga v javnem interesu, ki upravičuje omejitev svobode opravljanja storitev.

45. Oberlandesgericht Celle je menilo, da rešitev spora o glavni stvari terja razlago Sodišča glede člena 49 ES, in prekinilo odločanje ter mu v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali dejstvo, da se naročniku zakonsko predpiše, naj kot izbrane ponudnike za javna naročila za gradnje določi le podjetja, ki se ob oddaji ponudb pisno zavežejo, da bodo svojim delavcem v zameno za izvajanje zadevnih storitev izplačala najmanj plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se te storitve izvajajo, pomeni neupravičeno omejitev svobode opravljanja storitev v smislu Pogodbe ES?“

44. Predložitveno sodišče dalje meni, da sodne prakse Sodišča o minimalnih plačah ni mogoče uporabiti v sporu o glavni stvari, ker naj bi bile plače, omenjene v kolektivnih pogodbah, ki se zahtevajo v kraju izvršitve storitev, višje od minimalnih plač, ki na podlagi AEntG veljajo na ozemlju Zvezne republike Nemčije. Iz tega sklepa, da obveznost spoštovanja teh kolektivnih pogodb presega tisto, kar je potrebno za varstvo delavcev. Meni namreč, da je to, kar je potrebno za varstvo delavcev, omejeno z obvezno minimalno plačo, kot jo je treba uporabljati na ozemlju Zvezne republike Nemčije na podlagi AEntG. Na koncu dodaja, da zaveza spoštovanja kolektivnih pogodb glede tujih delavcev ne dopušča vzpostavitve dejanske enakosti z nemškimi delavci, temveč bolj preprečuje njihovo zaposlitev v Nemčiji, saj njihov delodajalec ne more izkoristiti ugodnosti v smislu stroškov delovne sile.

### III – Analiza

46. Predložitveno sodišče želi s tem vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu izvedeti, ali je pravila Pogodbe v zvezi s svobodo opravljanja storitev treba razlagati tako, da nasprotujejo nacionalni zakonodaji, kot je deželni zakon, ki izbranim ponudnikom in, posredno, njihovim podizvajalcem nalaga,

naj delavcem, napotnim v okviru izvedbe javnega naročila, izplačajo najmanj plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se te storitve izvajajo, v nasprotnem primeru lahko sankcije privedejo celo do razdrtja podjemne pogodbe, kadar kolektivna pogodba, na katero se sklicuje ta zakonodaja, ni razglašena za splošno uporabno.

mnenju te vlade mora predložitveno sodišče to konkretno presoditi in pri tem upoštevati vse okoliščine spora, o katerem odloča.

47. Land Niedersachsen, danska in nemška vlada, Irska in ciprska, avstrijska, finska ter norveška vlada v bistvu menijo, da člen 49 ES ne nasprotuje ukrepu, kot je ukrep iz postopka v glavni stvari. Ker pomeni omejitev svobode opravljanja storitev, ga upravičuje, med drugim, cilj varstva delavcev in je v sorazmerju z uresničitvijo tega cilja.

49. Nekatere izmed teh vlad analizirajo vprašanje tudi z vidika Direktive 96/71 in menijo, da ta ne nasprotuje ukrepu iz postopka v glavni stvari.

50. Nasprotno pa poljska vlada zatrjuje, da Direktiva 96/71 ne more upravičiti ukrepa, ki oddajo naročila pogojuje s tem, da ponudnik napotnim delavcem izplača višjo plačo od minimalne postavke, ki izhaja iz člena 3(1)(c) te direktive. Iz predložitvenega sklepa naj bi torej izhajalo, da so ravni osebnih prejemkov, ki jih določa kolektivna pogodba, ki se uporablja v kraju, kjer se izvajajo storitve, znatno višje od minimalnega osebnega prejemka, ki ga predpisuje AEntG.

48. Belgijska vlada meni, da je to oviro mogoče upravičiti, prvič, kadar delavci niso deležni primerljivega varstva na podlagi zakonodaje države sedeža podjetja, tako da jim uporaba nacionalnih predpisov države gostiteljice prinaša dejansko korist, ki občutno prispeva k njihovi socialni varnosti, in drugič, kadar je uporaba teh predpisov sorazmerna z zasledovanim ciljem v javnem interesu. Po

51. Poljska vlada podredno navaja, da je ukrep iz postopka v glavni stvari v nasprotju s členom 49 ES. Po njenem mnenju pomeni neupravičeno oviro za svobodo opravljanja storitev. Strinja se s stališčem, da je namen določb deželnega zakona zaščititi nemška gradbena podjetja pred konkurenco iz drugih

držav članic, ki s tem *de facto* uresničujejo gospodarski cilj, ki v skladu s sodno prakso Sodišča ne more upravičiti omejitve temeljne svobode. Take določbe presegajo tisto, kar je potrebno za boj proti nelojalni konkurenci, ker je ta cilj mogoče zadostno doseči z določitvijo minimalnih postavk plačila v AEntG.

spoštovati vsa podjetja iz zadevnega sektorja ali poklica, ki sodijo v krajevno področje uporabe te pogodbe.

52. Komisija Evropskih skupnosti meni, da spor o glavni stvari spada na področje uporabe Direktive 96/71 in da je torej treba vprašanje za predhodno odločanje najprej preučiti glede na to direktivo. Izpostavlja, da je cilj te direktive ustvariti ravnovesje med svobodo opravljanja storitev in varstvom napotenih delavcev. Da bi ga dosegel, naj bi zakonodajalec Skupnosti v členu 3 Direktive 96/71 vzpostavil podroben okvir, ki bi ga države članice morale spoštovati.

54. Zato Komisija meni, da če bi deželni zakon nalagal spoštovanje ravni plačil, ki bi ga predpisovala kolektivna pogodba, ki ni razglašena za splošno uporabno, bi morali šteti, da je ta zakon v neskladju z Direktivo 96/71. Tako naj namreč ne bi spadala v okvir jamstev, ki ga zakonodajala Skupnosti določa na področju minimalnega plačila napotenih delavcev in ki je usklajen s to direktivo.

55. Komisija dodaja, da deželni zakon, katerega cilj naj bi bil določiti strožje pogoje za delo in zaposlitev le za napotene delavce, ki so zaposleni v okviru javnih naročil, torej le v enem delu gospodarskega segmenta, v nobenem primeru ne more ustrezati višjemu javnemu interesu v smislu člena 49 ES, niti ni primeren za zasledovanje takega interesa.

53. Ker Zvezna republika Nemčija določa sistem razglasitve splošne uporabe kolektivnih pogodb, naj bi bil upošteven le člen 3(8), prvi pododstavek, te direktive. Na podlagi te določbe, v povezavi s členom 3(1), druga alineja, navedene direktive, se morajo minimalne plače za delavce, napotene v Nemčijo, določiti le s kolektivnimi pogodbami, ki so razglašene za splošno uporabne, to pomeni s pogodbami, ki jih morajo

56. Francoska vlada je na obravnavi v bistvu zagovarjala isto stališče kot Komisija in navedla, da člen 49 ES in Direktiva 96/71 ne nasprotujeta temu, da država članica za

napotene delavce uporabi minimalno plačo, ki jo določa nacionalna ali lokalna kolektivna pogodba, vendar le če je bilo razglašeno, da se ta pogodba splošno uporablja za podjetja v sektorju ali na zadevnem ozemlju.

zvajalce zavežejo za isto obveznost, pomeni pogoj za izvedbo naročila<sup>16</sup>.

57. Glede na te ugotovitve je treba najprej spomniti, da lahko Sodišče, da bi predložitenemu sodišču, ki je nanj naslovilo vprašanje za predhodno odločanje, dalo koristen odgovor, upošteva pravila prava Skupnosti, na katera se nacionalno sodišče v svojem vprašanju ni sklicevalo<sup>15</sup>.

59. Vendar ugotavljam, da člen 23 zadevne direktive ni v celoti brez pomena v okviru obravnavane zadeve, saj izraža idejo, po kateri je treba pogodbo po dodelitvi javnega naročila izpolniti v skladu z določbami o varstvu in pogojih za delo, ki veljajo v kraju, kjer je treba opraviti dela.

58. Prvič, glede Direktive 93/37 sem že prej navedel, da ne ureja faze izvedbe javnih naročil. Po mojem mnenju zaveza, ki jo morajo ponudniki sprejeti na podlagi členov 3(1) in 4(1) deželnega zakona, da svojim delavcem izplačujejo najmanj plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se te storitve izvajajo, in da podi-

60. Vendar ne vztrajam pri razlagi Direktive 93/37, ker ta ne daje odgovora na jedro problema, ki je zastavljeno s tem vprašanjem za predhodno odločanje, to je določitev pogojev za delo, ki se smejo v skladu s pravom Skupnosti naložiti ob izvedbi javnega naročila v primeru napotitve delavcev v okviru opravljanja storitev.

15 – Glej zlasti sodbo z dne 12. oktobra 2004 v zadevi Wolff & Müller (C-60/03, Z.Odl., str. I-9553, točka 24).

16 – V tej zvezi glej Razlagalno sporočilo Komisije o pravu Skupnosti, ki se uporablja za javna naročila, in o možnosti vključitve socialnih vidikov v ta naročila (COM(2001) 566 konč.), v katerem je določeno, da „[j]e pogoj za izvedbo obveznost, ki jo mora sprejeti imetnik naročila in ki se nanaša na izvršitev pogodbe“ ter s katero „se ponudniki ob oddaji svojih ponudb zavežejo, da bodo izpolnili to zahtevo, če jim bo naročilo dodeljeno“ (str. 17). Kot bomo pozneje videli, mora tak pogoj za izvedbo, da bi bil v skladu s členom 49 ES, spoštovati načelo prepovedi diskriminacije glede na državljanstvo in načelo transparentnosti.



61. Dalje, glede Direktive 96/71 menim, da je treba šteti, da dejansko stanje spora o glavni stvari, kot je opisano v predložitvenem sklepu, spada na področje uporabe te direktive, ker ustreza primeru iz člena 1(3)(a) navedene direktive.

62. Natančneje, znašli smo se pred primerom, v katerem je podjetje s sedežem v eni državi članici, to je družba PKZ s sedežem na Poljskem, za svoj račun in pod svojim vodstvom napotilo poljske delavce na ozemlje druge države članice, v tem primeru Zvezne republike Nemčije, v okviru pogodbe o podizvajanju, sklenjene med podjetjem pošiljateljem in prejemnikom storitev, ki deluje v tej zadnji državi članici, namreč toženo stranko v postopku v glavni stvari.

63. Poleg tega ni sporno, da so okoliščine dejanskega stanja v sporu o glavni stvari nastale po datumu izteka roka, ki je bil državam članicam določen za prenos Direktive 96/71, to pomeni po 16. decembru 1999.

64. Nedvomno drži, da posebni namen deželnega zakona ni bil urediti primerov napotitve delavcev v okviru opravljanja storitev,

ampak splošneje urediti oddajo javnih naročil v Land Niedersachsen. Vendar, ker ta zakon določa pogoje v zvezi z izpolnitvijo pogodb o gradnji – v tem primeru izplačilo minimalne plače –, ki se morajo obvezno uporabljati za delavce, ki jih zaposluje izbrani ponudnik in/ali morebitni podizvajalec, in za delavce, ki so napoteni v okviru opravljanja storitev, kot je primer v zadevi v glavni stvari, je treba navedeni zakon preučiti glede na določbo sekundarnega prava Skupnosti o napotitvi delavcev v okviru opravljanja storitev.

65. Začel bom torej s preučitvijo vprašanja, ali je Direktivo 96/71 treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji, kot je deželni zakon, ki zahteva, naj izbrani ponudniki in, posredno, njihovi podizvajalci delavcem, ki so napoteni v okviru izvedbe javnega naročila, izplačajo najmanj plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se storitve izvajajo, v nasprotnem primeru lahko sankcije privedejo celo do razdrtja podjemne pogodbe, kadar kolektivna pogodba, na katero napotuje ta zakonodaja, ni razglašena za splošno uporabno v smislu člena 3(8), prvi pododstavek, te direktive.

A – *Razlaga Direktive 96/71*

66. Po mojem mnenju Direktive 96/71 ni mogoče razlagati tako, da nasprotuje ukrepu, kot je ukrep v postopku v glavi stvari. Da bi se o tem prepričali, je treba opisati sistem uveljavitve te direktive. Dalje bom, glede na tako opisan sistem, preučil sistem po nemškem pravu za določitev minimalne urne postavke v gradbeništvu.

67. Kot sem že prej navedel, želi Direktiva 96/71 uskladiti zakonodaje držav članic, tako da je določeno jedro prisilnih predpisov glede minimalne zaščite, ki jih morajo v državi gostiteljici spoštovati delodajalci, ki napotujejo svoje delavce, da opravijo začasno delo na ozemlju države članice, kjer se opravlja storitev.

68. S sprejetjem te direktive zakonodajalec Skupnosti ni le prilagodil sodne prakse, ki jo je Sodišče postopno oblikovalo na področju napotitve delavcev v okviru opravljanja storitev, ampak jo je tudi preciziral in okrepil.

69. Sodišče je namreč po izdaji sodbe z dne 3. februarja 1982 v zadevi Seco in Desquenne & Giral<sup>17</sup> odločilo, da pravo Skupnosti načeloma ne nasprotuje temu, da države članice širijo svojo zakonodajo ali kolektivne pogodbe o zaposlitvi, sklenjene med socialnimi partnerji, na vse osebe, ki opravljajo plačano delo, tudi če je začasno, na njihovem ozemlju, ne glede na državo, v kateri ima sedež delodajalec, in tudi ne prepoveduje državam članicam, da s primernimi ukrepi zagotovijo spoštovanje teh pravil<sup>18</sup>. Ta sodna praksa Sodišča je povzeta v dvanajsti uvodni izjave Direktive 96/71.

70. Prvi prispevek te direktive je preoblikovati v obveznost tisto, kar je bilo doslej le možnost, ki so jo države članice imele na voljo. Navedena direktiva torej nalaga državam članicam, naj za podjetja s sedežem v drugi državi članici, ki delavce napotujejo na njihovo ozemlje v okviru čezmejnega opravljanja storitev, uporabijo določeno število nacionalnih predpisov, ki določajo pogoje za delo in zaposlitev na določenih področjih.

71. Drugi prispevek Direktive 96/71 je vzpostavitev „trdnega jedra“ zaščitnih pravil, katerih uporabo je zakonodajalec Skupnosti želel zagotoviti v korist napotenih delavcev.

<sup>17</sup> – 62/81 in 63/81, Recueil, str. 223.

<sup>18</sup> – Točka 14.

72. Tako člen 3(1) te direktive določa nacionalne predpise o določbah in pogojih za zaposlitev, ki napotenim delavcem *ne smejo biti odvzete* v državi članici, v kateri se opravlja storitev.

73. Kot je Sodišče nedavno navedlo, omenjena direktiva določa „seznam nacionalnih predpisov, ki jih mora država članica uporabljati za podjetja s sedežem v drugi državi članici, ki napotijo delavce na njeno ozemlje v okviru čezmejnega opravljanja storitev“<sup>19</sup>. V tem smislu gre za obvezujoča zaščitna pravila.

74. Dejstvo, da je zakonodajalec Skupnosti določil te predpise, izboljšuje pravno varnost s tem, da je ponudnik storitev s sedežem v drugi državi članici sedaj prepričan, da bo dolžan uporabljati minimalna in jasno opredeljena osnovna pravila v zvezi s pogoji za delo in zaposlitev, ki veljajo v državi, v kateri se opravljajo storitve. Vzporedno bo delavec, napoten v eno državo članico, lahko v svojo korist uveljavljal uporabo teh predpisov, katerih obvezna narava neposredno izhaja iz Direktive 96/71.

75. Med temi obveznimi pogoji za delo so minimalne urne postavke, ki so določene z zakoni ali drugimi predpisi oziroma za dejavnosti v gradbeništvu s kolektivnimi pogodbami ali arbitražnimi odločbami, razglašene za splošno uporabne v smislu člena 3(8) navedene direktive.

76. Ta skupina pogojev za delo upošteva posebne vidike v zvezi z drugimi materijami iz člena 3(1) Direktive 96/71, kot so maksimalni delovni čas in minimalni počitek, zdravje, varnost in higiena pri delu ter minimalni plačani letni dopust. Glede drugih navedenih pogojev za delo so bili sprejeti ukrepi Skupnosti in posebej je bilo mogoče uskladiti nacionalne zakonodaje z direktivami, ki določajo minimalne zahteve<sup>20</sup>. Drugače velja za področje minimalne urne postavke, za katero še ne obstajajo tovrstni ukrepi Skupnosti<sup>21</sup>.

19 – Sodba z dne 18. julija 2007 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-490/04, ZOdl., str. I-6095, točka 17). Sodišče je v isti sodbi tudi navedlo, da „Direktiva 96/71 ni uskladila materialne vsebine teh nacionalnih predpisov [in da lahko to] vsebino države članice ob upoštevanju Pogodbe in splošnih načel prava Skupnosti, torej vključno s členom 49 ES, prosto določijo“ (točka 19).

20 – Glej zlasti Direktivo 2003/88/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. novembra 2003 o določenih vidikih organizacije delovnega časa (UL L 299, str. 9). Njen člen 15 z naslovom „Ugodnejše določbe“ določa, da ta direktiva „ne vpliva na pravico držav članic, da uporabljajo ali uvajajo zakone, podzakonske ali upravne akte, ki so ugodnejši za varovanje zdravja in varnost delavcev, ali da olajšujejo ali dopuščajo izvajanje kolektivnih pogodb ali sporazumov, sklenjenih med socialnimi partnerji, ki so ugodnejši za varovanje zdravja in varnost delavcev“.

21 – V. Rodière, P., *Droit Social de l'Union européenne*, LGDJ, 2. izdaja, Pariz, 2002, str. 551.

77. Čeprav ni mogoče potrditi, da pravo Skupnosti v celoti zanemarja vprašanje plačil, je kljub temu treba priznati, da to pravo še ne ureja določitve zneska ali ravni plačil<sup>22</sup>.

78. Člen 3(1), zadnji pododstavek, Direktive 96/71 priča o posebnosti področja minimalnih urnih postavk, ko določa, da „je koncept minimalnih urnih postavk iz odstavka 1 točke (c) opredeljen z nacionalno zakonodajo in/ali prakso države članice, na katere ozemlje je delavec napoten“.

79. Poleg tega je uporabo „trdnega jedra“ zaščitnih pravil iz člena 3(1) te direktive, po mojem mnenju, treba razumeti, kot da pomeni minimalno jamstvo za napotene delavce, ki jim je tako zagotovljena vsaj ugodnost teh obvezujočih nacionalnih predpisov.

22 – *Ibidem*, str. 55 in 56. Avtor vendarle pojasnjuje, da o tem področju lahko potekajo pogajanja o plačah na evropski ravni. Poleg tega je opozoril, da, ne glede na strogo določitev zneska ali ravni plačil, „lahko načelo enakega plačila za moške in ženske splošno učinkuje na mehanizme plačila delavcev“ in da „[l]ahko druge ureditve Skupnosti dodatno vplivajo na področje plačil, na primer s področja organizacije delovnega časa“.

80. Ta druga značilnost sistema, ki ga je vzpostavila navedena direktiva, se izraža v istem pojmu „jedro prisilnih predpisov glede minimalne zaščite“ iz trinajste uvodne izjave Direktive 96/71.

81. Dalje opozarjam, da sedemnajsta uvodna izjava te direktive določa, da „prisilni predpisi o minimalni zaščiti, ki veljajo v državi gostiteljici, ne smejo onemogočati uporabe pogojev za delo in zaposlitev, ki so za delavce ugodnejši“. Člen 3(7), prvi pododstavek, zadevne direktive to voljo zakonodajalca Skupnosti izraža s tem, da predvideva, da „[o]dstavki od 1 do 6 ne onemogočajo uporabe za delavce ugodnejših pogojev za delo in zaposlitev“.

82. Po mojem mnenju zadnja določba vsebuje dva vidika. Na eni strani pomeni, da se lahko obvezujoča narava zaščitnih predpisov, ki veljajo v državi, v kateri se izvajajo storitve, nadomesti z uporabo predpisov, ki veljajo v državi sedeža ponudnika storitev, če ti predpisi predvidevajo za napotene delavce ugodnejše pogoje za delo in zaposlitev.

83. Na drugi strani, in ta vidik je v tej zadevi pomemben, člen 3(7) Direktive 96/71 po mojem mnenju tudi dovoljuje državam

članicam, v katerih se storitve izvajajo, da na področjih iz člena 3(1) te direktive izboljšajo raven socialne varnosti, ki jo želijo zagotoviti delavcem, zaposlenim na njihovem ozemlju, in ki jo torej lahko uporabljajo za k sebi napotene delavce. Ta določba torej načeloma dopušča uveljavitev izboljšane nacionalnega varstva<sup>23</sup>.

84. Vendar je treba izpostaviti, da je tako izboljšano nacionalno varstvo treba izvesti v skladu s tem, kar dopušča člen 49 ES<sup>24</sup>.

23 – Izraz je uporabil Moizard, N., *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée – L'exemple du droit du travail français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2000 (glej zlasti str. od 94 do 96). Po mnenju avtorja so pogoji za delo in zaposlitev na področjih iz Direktive 96/71 „minimalna notranja pravila, ki temeljijo na zakonskih ali pogodbenih določbah, in morajo države članice morajo v skladu s to direktivo zagotoviti, da se upoštevajo vsaj v primeručasne napotitve delavcev“ (str. 95). Ta ideja je izražena tudi v štirintrideseti uvodni izjavi Direktive 2004/18, v skladu s katero Direktiva 96/71 „določa minimalne pogoje, ki jih država gostiteljica mora upoštevati v zvezi z [napotenimi] delavci“.

24 – V tej zvezi se strinjam z analizo, ki jo je predstavil generalni pravobranilec Mengozzi v sklepnih predlogih, ki jih je 23. maja 2007 predstavil v zadevi Laval un Partneri (C-341/05, ki trenutno poteka pred Sodiščem), v katerih je navedel, da „čeprav Direktiva 96/71 priznava, da lahko države članice za ponudnike storitev iz ene države članice, ki začasno napotujejo delavce na ozemlje druge države članice, uporabijo ugodnejše pogoje za delo in zaposlitev za delavce od tistih, ki so predvideni zlasti v členu 3(1) [te] direktive [...], je treba tako možnost vendarle priznati ob spoštovanju svobode opravljanja storitev, ki jo zagotavlja člen 49 ES“ (točka 151). Poleg tega opozarjam, da Komisija v Razlagalnem sporočilu o pravu Skupnosti, ki se uporablja za javna naročila, in o možnosti vključitve socialnih vidikov v ta naročila priznava, da se tako v nacionalnih kot v čezmejnih primerih „lahko uporabijo tudi za delavce ugodnejše določbe (in jih je treba torej tudi spoštovati), če so v skladu s pravom Skupnosti“ (str. 21, točka 3.2).

85. Če sedaj primerjamo sistem po nemškem pravu za določitev minimalnih urnih postavk v gradbeništvu s sistemom, ki ga je vzpostavila Direktiva 96/71, kot sem ga pravkar opisal, lahko ugotovimo naslednje.

86. Najprej ugotavljam, da v nemškem pravu obstaja sistem, ki dopušča razglasitev kolektivnih pogodb za splošno uporabne. Nemški sistem določitve minimalnih urnih postavk v gradbeništvu je torej treba preučiti glede na člen 3(1) Direktive 96/71 in ne glede na določbe člena 3(8), drugi pododstavek, te direktive, ki ureja primere, ko ne obstaja sistem razglasitve kolektivnih pogodb za splošno uporabne.

87. V skladu s členom 3(1) omenjene direktive člen 1(1) AEntG med drugim določa, da so pravne norme iz kolektivne pogodbe za gradbeno industrijo, ki so razglašene za splošno uporabne in katerih predmet je minimalna plača, obvezne tudi za delovno razmerje med delodajalcem s sedežem v tujini in njegovim delavcem, ki opravlja

delo v kraju, kjer se uporablja ta kolektivna pogodba. Tak delodajalec mora tako svojemu delavcu zagotoviti vsaj pogoje za delo, ki so določeni v tej pogodbi.

88. Dalje opozarjam, da TV Mindestlohn, ki se je uporabljal v času dejanskega stanja zadeve v glavni stvari in ki je bil razglašen za splošno uporabnega ter pokriva ozemlje Zvezne republike Nemčije, v gradbeništvu določa raven minimalne plače za dve kategoriji v skladu s stopnjo poklicne usposobljenosti delavca in glede na to, ali gre za „stare“ in „nove“ Länder.

89. Ta kolektivna pogodba, ki je razglašena za splošno uporabno v smislu člena 3(8), prvi pododstavek, Direktive 96/71, je tako del „trdnega jedra“ zaščitnih predpisov, kot so opredeljeni v členu 3(1) te direktive.

90. Hkrati je treba poudariti, da navedena pogodba prav tako natančneje določa, da določba, ki predvideva celotno pogodbeno urno plačilo zgoraj omenjenih dveh kategorij, ne vpliva na pravico do višjih plač na podlagi drugih kolektivnih pogodb ali posebnih sporazumov. Kot je dovoljeno s členom 3(7) zadevne direktive, TV Mindestlohn torej izrecno pridržuje možnost uporabe za delavce ugodnejših pogojev za delo.

91. Natančneje, sistem po nemškem pravu za določitev minimalne urne postavke v gradbeništvu se kot dodatek k TV Mindestlohn opira na posebne kolektivne pogodbe, ki imajo večinoma omejeno krajevno področje uporabe in ki običajno niso razglašene za splošno uporabne, kar jih torej uvršča zunaj „trdnega jedra“ minimalnih zaščitnih predpisov, kot so opredeljeni v členu 3(1) Direktive 96/71.

92. Ali to pomeni, kot zatrjuje Komisija, da od podjetij, ki napotujejo delavce v okviru čezmejnega opravljanja storitev, ni mogoče zahtevati, naj spoštujejo te posebne kolektivne pogodbe, ki niso razglašene za splošno uporabne v smislu člena 3(8), prvi pododstavek, te direktive?

93. Mislim, da ne.

94. Menim namreč, da ker so ravni plač, določene v teh kolektivnih pogodbah, v praksi znatno višje od minimalnih urnih postavk, ki se zahtevajo na ozemlju Zvezne republike Nemčije na podlagi TV

Mindestlohn, take pogodbe pomenijo uveljavitev izboljšane nacionalnega varstva. Kot sem prej že dokazal, je tako izboljšano nacionalno varstvo dovoljeno na podlagi člena 3(7) Direktive 96/71.

95. Zato je, po mojem mnenju, nacionalni ukrep, kot je ukrep iz postopka v glavni stvari, ki take kolektivne pogodbe določa za obvezne tudi v primeru napotitve delavcev, v skladu s to direktivo, ker uveljavlja možnost, ki je državam članicam dana na podlagi člena 3(7) zadevne direktive.

96. Poleg tega je po mojem mnenju dejstvo, da sama kolektivna pogodba, razglašena za splošno uporabno, kot je TV Mindestlohn, na splošno napotuje na druge kolektivne pogodbe ali posebne sporazume, ki jamčijo pravico do višje plače, v skladu z Direktivo 96/71.

97. Zdi se mi torej, da je nemški sistem določitev minimalnih urnih postavk v gradbeništvu skladen sistem, ki je v skladu z Direktivo 96/71.

98. Zato sem mnenja, da je Direktivo 96/71 treba razlagati tako, da ne nasprotuje nacionalni zakonodaji, kot je deželni zakon, ki zahteva, naj izbrani ponudniki in, posredno, njihovi podizvajalci delavcem, ki so napoteni v okviru izvedbe javnega naročila, izplačajo najmanj plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se storitve izvajajo, v nasprotnem primeru lahko sankcije privedejo celo do razdrtja podjemne pogodbe, tudi v primeru, kadar kolektivna pogodba, na katero napotuje ta zakonodaja, ni razglašena za splošno uporabno v smislu člena 3(8), prvi pododstavek, te direktive.

99. Sedaj je treba preveriti, ali je člen 49 ES treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji kot je ta, ki se obravnava v postopku v glavni stvari.

#### B – Razlaga člena 49 ES

100. V skladu z ustaljeno sodno prakso člen 49 ES ne zahteva samo odprave vsakršne diskriminacije ponudnika storitev s sedežem v drugi državi članici zaradi njegovega državljanstva, ampak tudi odpravo vsakršne omejitve, čeprav se ta omejitev uporablja

brez razlikovanja za nacionalne ponudnike in ponudnike iz drugih držav članic, če je taka, da prepove ali drugače ovira dejavnosti ponudnika s sedežem v drugi državi članici, kjer ta opravlja podobne storitve<sup>25</sup>.

deželnega zakona ponudnikom storitev s sedežem v drugi državi članici, kjer so minimalne plače nižje, naložita dodatne ekonomske stroške, ki lahko prepovejo, ovirajo ali zmanjšajo privlačnost izvajanja njihovih storitev v državi gostiteljici.

101. V tej zvezi je treba ugotoviti, da je Sodišče že presodilo, da lahko uporaba nacionalnih predpisov države članice gostiteljice za ponudnike storitve pomeni prepoved, oviranje ali drugačno zmanjševanje privlačnosti opravljanja storitev oseb ali podjetij s sedežem v drugih državah članicah, če povzroča dodatne upravne in ekonomske stroške<sup>26</sup>.

104. Dalje je treba navesti, da se zadevne določbe deželnega zakona uporabljajo brez razlikovanja za domače ponudnike in ponudnike iz drugih držav članic. Z drugimi besedami, obveznost izplačila minimalne plače, določene s kolektivno pogodbo, ki velja v kraju, kjer se storitve izvajajo, velja tako za ponudnike storitev s sedežem v Nemčiji kot za ponudnike, ki imajo sedež v drugi državi članici.

102. V tej zadevi po mojem mnenju skorajda ni dvoma, da obstaja omejitev svobode opravljanja storitev.

103. S tem, da se od izbranih ponudnikov za izvedbo javnih naročil gradenj in, posredno, od njihovih podizvajalcev zahteva, naj izplačajo vsaj plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se izvajajo storitve, lahko člena 3(1) in 4(1)

105. V skladu z enako ustaljeno sodno prakso Sodišča se lahko predpis, ki se uporablja brez razlikovanja, upraviči na podlagi člena 49 ES, kadar izpolnjuje višje razloge v javnem interesu, če tega interesa ne varujejo pravila, ki za ponudnika storitev veljajo v državi članici, kjer ima sedež, in če je ta predpis primeren

25 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Komisija proti Nemčiji (točka 63 in navedena sodna praksa).

26 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Wolff & Müller (točka 32 in navedena sodna praksa).



za dosego cilja, ki ga zasleduje, ter ne presega tega, kar je nujno potrebno, da se doseže<sup>27</sup>.

106. Med višjimi razlogi v javnem interesu, ki jih je Sodišče že priznalo, je varstvo delavcev<sup>28</sup>.

107. V imenu tega razloga iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da pravo Skupnosti ne nasprotuje temu, da države članice svojo zakonodajo ali *kolektivne delovne pogodbe, sklenjene med socialnimi partnerji*, razširijo na vse osebe, ki so, čeprav začasno, zaposlene na njihovem ozemlju, ne glede na državo, v kateri ima delodajalec sedež, niti ne prepoveduje, da države članice s primernimi ukrepi določijo spoštovanje teh pravil, kadar se izkaže, da obveznosti, ki so enake ali v osnovi primerljive, ki so podjetju v državi članici, v kateri ima sedež, že naložene, ne zagotavljajo zaščite, ki jo ta dajejo<sup>29</sup>.

108. Sodišče je tudi razsodilo, da je cilj preprečiti nelojalno konkurenco podjetij, ki svojim delavcem izplačujejo nižjo plačo od minimalne, mogoče upoštevati kot višjo zahtevo, ki lahko upraviči omejitev svobode opravljanja storitev<sup>30</sup>. Navedlo je še, da ni nujno, da si cilj ohranitve lojalne konkurence in cilj zagotovitve varstva delavcev nasprotujeta<sup>31</sup>.

109. Sodišče je nedavno pri razvijanju te utemeljitve izrecno ugotovilo povezavo med ustaljeno sodno prakso, ki državam članicam priznava možnost razširiti svojo zakonodajo ali kolektivne pogodbe glede minimalne plače na vse osebe, ki so, čeprav začasno, zaposlene na njihovem ozemlju, in utemeljivosti, ki temelji na „preprečevanju socialnega dampinga“<sup>32</sup>.

110. Zgoraj sem že navedel, da predložitveno sodišče dvomi o tem, ali obveznost, ki jo

27 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Komisija proti Nemčiji (točki 64 in 65 ter navedena sodna praksa).

28 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Wolff & Müller (točka 35 in navedena sodna praksa). Da bi priznali, da splošni interes v zvezi s socialnim varstvom delavcev v gradbeništvu in v zvezi z nadzorom nad spoštovanjem le-tega lahko pomeni višji razlog, je Sodišče izpostavilo obstoj „posebnih pogojev za ta sektor“ (sodbi z dne 28. marca 1996 v zadevi Guiot (C-272/94, Recueil, str. I-1905, točka 16) in z dne 23. novembra 1999 v združenih zadevah Airblade in drugi (C-369/96 in C-376/96, Recueil, str. I-8453, točka 51)).

29 – Glej zlasti sodbi z dne 21. oktobra 2004 v zadevi Komisija proti Luksemburgu (C-445/03, ZOdl., str. I-10191, točka 29 in navedena sodna praksa) in z dne 21. septembra 2006 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-168/04, ZOdl., str. I-9041, točka 47).

30 – Zgoraj navedena sodba Wolff & Müller (točka 41).

31 – *Ibidem* (točka 42). Sodišče se v tej zvezi sklicuje na peto uvodno izjavo Direktive 96/71, ki po njegovem mnenju dokazuje, da je ta cilja mogoče hkrati zasledovati.

32 – Sodba z dne 19. januarja 2006 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-244/04, ZOdl., str. I-885, točka 61). O razvoju te sodne prakse glej Mischo, J., „Libre circulation des services et dumping social“, *Le droit à la mesure de l'Homme*, v *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Pedone, Pariz, 2006, str. 435.

deželni zakon nalaga izbranim ponudnikom in, posredno, njihovim podizvajalcem, da spoštujejo kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se izvajajo storitve, upravičujejo višji razlogi v javnem interesu.

111. V zvezi s tem opozarjam, da naj bi bil, po mnenju tega sodišča, temeljni cilj zadevnih zakonskih določb zaščititi nemška gradbena podjetja pred konkurenco iz drugih držav članic. Tak gospodarski cilj ne more pomeniti višjega razloga v javnem interesu, ki bi upravičil omejitev svobode opravljanja storitev.

112. Dalje navedeno sodišče meni, da obveznost, da se v kraju, kjer se storitve izvajajo, spoštuje kolektivna pogodba, ki predvideva višje minimalne urne postavke, kot se na podlagi AEntG uporabljajo na ozemlju Zvezne republike Nemčije, presega tisto, kar je potrebno za varstvo delavcev. Meni namreč, da je to, kar je potrebno za varstvo delavcev, omejeno z obvezno minimalno plačo, kot jo je treba uporabljati na ozemlju Zvezne republike Nemčije na podlagi AEntG.

113. Ne strinjam se z analizo, ki jo predlaga predložitveno sodišče in jo v bistvenem podpira poljska vlada.

114. Nasprotno menim, da lahko izpodbijane določbe deželnega zakona zagotovijo uresničitev ciljev varstva delavcev in preprečitve socialnega dampinga ter ne presegaajo tistega, kar je potrebno za njihovo dosego.

115. Res je, da ukrepov, ki pomenijo omejitev svobode opravljanja storitev, v skladu z ustaljeno sodno prakso ni mogoče upravičiti z gospodarskimi cilji, kot je zaščita nacionalnih podjetij<sup>33</sup>. Vendar Sodišče hkrati meni, da namen zakonodajalca, kot se kaže v političnih razpravah pred sprejetjem zakona ali v njegovi obrazložitvi, ne more biti odločujoč, temveč lahko le pomeni indic glede cilja, ki ga zasleduje navedeni zakon<sup>34</sup>. Predložitveno sodišče, ki se sprašuje o resničnem cilju, ki ga zasleduje zakonodajalec, mora preveriti, ali, gledano objektivno, obravnavani predpisi zagotavljajo varstvo napotenih delavcev<sup>35</sup> ali, širše, preprečitev socialnega dampinga.

116. Glede ugotovitve predložitvenega sodišča, da naj bi bil temeljni cilj zadevnih zakonskih določb zaščititi nemška gradbena

33 – Sodbi z dne 25. oktobra 2001 v združenih zadevah Finalarte in drugi (C-49/98, C-50/98, od C-52/98 do C-54/98 in od C-68/98 do C-71/98, Recueil, str. I-7831, točka 39) in z dne 24. januarja 2002 v zadevi Portuguesa Construções (C-164/99, Recueil, str. I-787, točka 26).

34 – Zgoraj navedena sodba Portuguesa Construções (točka 27 in navedena sodna praksa).

35 – *Ibidem* (točka 28 in navedena sodna praksa).

podjetja pred konkurenco iz drugih držav članic, mora to sodišče preveriti, ali, gledano objektivno, obravnavani predpisi zagotavljajo varstvo napotenih delavcev ali ne. V zvezi s tem je treba preveriti, ali obravnavane določbe zadevnim delavcem podeljujejo resnično ugodnost, ki znatno prispeva k njihovi socialni varnosti<sup>36</sup>.

običajno prejmejo v državi, v kateri ima sedež njihov delodajalec. Zdi se mi, da ta zakon lahko zagotovi varstvo napotenih delavcev.

117. Da bi ugotovilo, ali obstaja taka ugodnost, ki napotenim delavcem podeljuje resnično dodatno zaščito<sup>37</sup>, mora predložiti sodišče presoditi, ali je stopnja varstva, ki jo tem delavcem glede njihovega plačila daje zakonodaja in/ali kolektivne pogodbe, ki veljajo v državi, v kateri ima ponudnik storitev sedež, enakovredna ali bistveno primerljiva. V okviru te presoje je treba upoštevati bruto znesek plače<sup>38</sup>.

119. Menim, da lahko zadevni zakon prav tako prepreči socialni damping, ker je eden izmed njegovih ciljev uskladiti pogoje, v katerih morajo ponudniki storitev, ne glede na to, ali imajo sedež v Nemčiji ali ne, plačati delavce v okviru izvedbe javnega naročila. Tako zagotavlja, da bodo domači delavci in napoteni delavci na istem gradbišču enako plačani.

118. V tej zvezi opozarjam, da je iz predložitvenega sklepa razvidno, da se družbi PKZ očita, da je 53 delavcem na gradbišču izplačala le 46,57 % veljavne minimalne plače. V teh okoliščinah se zdi nesporno, da spoštovanje deželnega zakona tem delavcem daje resnično dodatno varstvo s tem, da zagotavlja, da prejmejo znatno višjo plačo, kot jo

120. Okoliščina, da se je Land Niedersachsen odločila, da bo kot referenco v svojem zakonu o oddaji javnih naročil navedla posebno kolektivno pogodbo in ne TV Mindestlohn, kar je imelo za posledico, da je minimalna plača, ki jo morajo plačati izbrani ponudniki in njihovi podizvajalci v kraju, kjer se izvajajo storitve, višja od tiste, ki se običajno uporablja v gradbeništvu na ozemlju Zvezne republike Nemčije, se mi sama po sebi ne zdi sporna glede na pravo Skupnosti.

36 – Glej zgoraj navedeno sodbo Wolff & Müller (točka 38).

37 – Zgoraj navedena sodba Finalarte in drugi (točka 45).

38 – Sodba z dne 14. aprila 2005 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-341/02, ZOdl., str. I-2733, točka 29).

121. Na eni strani je težko zanikati, da lahko jamstvo višje plače za napotene delavce zagotovi njihovo varstvo<sup>39</sup>. Na drugi strani in na bolj splošni ravni pa ne smemo spregledati, da člen 136, prvi odstavek, ES določa, da „[si] Skupnost in države članice [...] ob upoštevanju temeljnih socialnih pravic [...] prizadevajo za [...] cilje: [...] izboljšanje življenjskih razmer in delovnih pogojev, tako da se ob ohranjanju izboljšav omogoči njihova uskladitev[, in] dialog med socialnimi partnerji“.

122. Izpodbijane določbe deželnega zakona tudi ne presegajo tistega, kar je potrebno za doseg ciljev varstva delavcev in preprečitve socialnega dampinga.

123. Namen teh določb je namreč obvezati ponudnike storitev, ki sodelujejo pri izvedbi javnega naročila, da spoštujejo stopnje plačil, ki se uporabljajo v kraju, kjer se izvajajo storitve. V ta namen določajo, prvič, da se pogodbe o gradnji dodelijo le ponudnikom, ki se pisno zavežejo, da bodo svojim delavcem v zameno za izvajanje zadevnih storitev izplačali najmanj plačo, določeno s

kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se te storitve izvajajo, in ki se zavežejo, da bodo isto obveznost naložili svojim podizvajalcem. Drugič, kršitev te obveznosti privede do sankcij na različnih ravneh, ki lahko vodijo od uporabe pogodbene kazni do razdrtja pogodbe.

124. Menim, da ciljev varstva delavcev in preprečitve socialnega dampinga ni mogoče tako učinkovito doseči z milejšimi ukrepi, ki so manj omejujoči za svobodo opravljanja storitev.

125. Kot je Irska navedla v pisnih stališčih<sup>40</sup>, nič ne dokazuje, da so ob upoštevanju upoštevanih pokazateljev, kot je indeks o življenjskem strošku, minimalne urne postavke, ki se zahtevajo na podlagi posebne kolektivne pogodbe, na katero se sklicuje deželni zakon, v nesorazmerju s stopnjami, določenimi s TV Mindestlohn.

126. Navedene analize po mojem mnenju ne more omajati trditev Komisije, da deželni zakon, katerega cilj naj bi bil določiti strožje pogoje za delo in zaposlitev le za napotene delavce, zaposlene v okviru javnih naročil,

39 – Kot je navedla nemška vlada v točki 63 pisnih stališč, ne glede na dejstvo, da posebne kolektivne pogodbe predvidevajo višje minimalne urne postavke, je prav tako zanimiva ugotovitev, da k cilju zaščiti delavce prispeva tudi dejstvo, da te pogodbe dovoljujejo bolj različno in primerno plačilo glede na izvedeno delo. V zvezi s tem opozarjam, da je razpon plač v tovrstnih pogodbah podrobnejši kot v TV Mindestlohn in ravni plač določa glede na različne skupine nalog.

40 – Točka 26.

z drugimi besedami le v enem delu gospodarskega segmenta, ne more služiti višjemu javnemu interesu v smislu člena 49 ES, niti ni primeren za zasledovanje tega interesa.

127. Kot je navedla na obravnavi, Komisija očita, da je deželni zakon ustvaril diskriminacijo med delavci v gradbeništvu glede na to, ali je izvajalec gradnje javni ali zasebni subjekt. Poleg tega ista institucija meni, da bi Land Niedersachsen morala, če je njen cilj resnično zaščititi delavce, tovrstni ukrep razširiti na vse delavce v tem sektorju.

128. S to utemeljitvijo se ne morem strinjati iz naslednjih razlogov.

129. Prvič, na obravnavi je bilo potrjeno, da Land Niedersachsen nima pristojnosti, da razglasi splošno uporabljivost kolektivne pogodbe, razen če ji je bilo to pooblastilo podeljeno. Land Niedersachsen je s sprejetjem izpodbijanih določb deželnega zakona torej skušala na področju v njeni pristojnosti, namreč na področju javnih naročil, doseči obvezno veljavo kolektivne pogodbe, ki se uporablja v kraju, kjer se izvajajo storitve, ne glede na to, ali je bila razglašena njena splošna uporabljivost.

130. Drugič, trditev, da naj bi tako obstajala diskriminacija med delavci v gradbeništvu glede na to, ali je izvajalec gradnje javni ali zasebni subjekt, po mojem mnenju ni upoštevana z vidika prava Skupnosti.

131. Kot smo že navedli, je pomembno to, da deželni zakon spoštuje načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva in s tem ponudnike storitev zavezuje k isti obveznosti izplačila minimalne urne postavke, ki se uporablja v kraju, kjer se izvajajo storitve, ne glede na to, ali imajo ponudniki sedež v Nemčiji ali v drugi državi članici. Z drugimi besedami, odločilno se mi zdi, da so v okviru izvedbe istega javnega naročila domači in napoteni delavci plačani po enaki postavki. Menim, da je tu treba uporabiti kazalec, ki bo omogočil odkritjemorebitne diskriminacije v nasprotju s pravom Skupnosti.

132. Tretjič, čeprav drži, da je prvenstveni cilj javnega naročanja zadostitev potrebam uprave, opredeljenim na področju gradenj, storitev ali dobav, oddaja javnih naročil prav tako dopušča izpolnitev drugih potreb v javnem interesu, kot na primer pri uresničitvi

okoljske politike ali, kot v tem primeru, socialnih ciljev<sup>41</sup>.

133. Sodišče je že priznalo možnost vključitve socialnih zahtev v pogodbe o javnih naročilih<sup>42</sup> in je sedaj vključena v Direktivo 2004/18. Ta v členu 26 z naslovom „Pogoji za izvedbo naročil“ določa:

„Naročniki lahko določijo posebne pogoje v zvezi z izvajanjem naročila, če so ti pogoji v skladu z zakonodajo Skupnosti in so navedeni v javnem razpisu ali v razpisni doku-

mentaciji. Pogoji, ki urejajo izvedbo naročila, se lahko nanašajo zlasti na socialne in okoljske vidike.“<sup>43</sup>

134. Ker pogoj za izvedbo naročil v zvezi z minimalnim plačilom delavcev, kot je predviden v izpodbijanih določbah deželnega zakona, spoštuje načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva in ker spoštuje načelo transparentnosti, je po mojem mnenju treba šteti, da je v skladu s pravom Skupnosti.

135. V zvezi z načelom transparentnosti je po mojem mnenju pomembno, da so kolektivne pogodbe, katerih spoštovanje se zahteva, dovolj natančne in dostopne, da v praksi ne onemogočajo ali pretirano ovirajo delodajalca, da določi obveznosti, ki jih mora spoštovati<sup>44</sup>. Predložitev sodišče mora preveriti, ali je to merilo v tem primeru izpolnjeno<sup>45</sup>.

41 – V tem smislu glej Martinez, V., „Les péripéties du critère social dans l'attribution des marchés publics“, *Contrats publics*, v *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Zv. II, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, str. 251 in 252. Avtor zlasti izpostavlja idejo, da je javno naročilo lahko sredstvo boja proti nezaposlenosti in izključenosti, pri čemer je ta uporabljena kot „ugoden opornik za razvoj zaposlitev“.

42 – Sodbi z dne 20. septembra 1988 v zadevi Beentjes (31/87, Recueil, str. 4635) in z dne 26. septembra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji (C-225/98, Recueil, str. I-7445). O tej sodni praksi in njenemu prenosu v francosko pravo glej Pongérard-Payet, H., „Critères sociaux et écologiques des marchés publics: droits communautaires et interne entre guerre et paix“, v *Europe*, št. 10, oktober 2004, Étude 10.

43 – Navedimo tudi trinideseto uvodno izjavo te direktive, v skladu s katero „[so] pogoji za izvajanje naročil [...] v skladu s to direktivo, če niso neposredno ali posredno diskriminacijski in so navedeni v javnem razpisu ali v razpisni dokumentaciji.“ Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Beentjes že presodilo, da „morajo naročniki primerno objaviti merila in pogoje, ki veljajo za vsako naročilo“, da bi dosegli cilj zagotoviti razvoj učinkovite konkurence (točka 21).

44 – V tem smislu, glede kazenskih pregonov, glej zgoraj navedeno sodbo Arblade in drugi (točka 43).

45 – V zvezi s tem opozarjam, da se zaveza, ki jo sprejme ponudnik, nanaša na „plačo, ki se uporablja v kraju, kjer se storitve izvajajo, na podlagi kolektivne pogodbe, navedene v seznamu reprezentativnih kolektivnih pogodb pod št. 1 „Gradnja in javna dela“.

## IV – Predlog

136. Glede na vse navedene premisleke predlagam Sodišču, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je zastavilo Oberlandesgericht Celle, odgovori:

Direktivo 96/71/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 1996 o napotitvi delavcev na delo v okviru opravljanja storitev in člen 49 ES je treba razlagati tako, da ne nasprotujeta nacionalni zakonodaji, kot je zakon dežele Spodnje Saške o oddaji javnih naročil, ki zahteva, naj izbrani ponudniki in, posredno, njihovi podizvajalci delavcem, ki so napoteni v okviru izvedbe javnega naročila, izplačajo najmanj plačo, določeno s kolektivno pogodbo, ki se uporablja v kraju, kjer se storitve izvajajo, v nasprotnem primeru lahko sankcije privedejo celo do razdrtja podjemne pogodbe, kadar kolektivna pogodba, na katero napotuje ta zakonodaja, ni razglašena za splošno uporabno.

Predložitveno sodišče mora preveriti, ali ta zakonodaja napotenim delavcem podeljuje resnično ugodnost, ki znatno prispeva k njihovi socialni varnosti, in ali je na podlagi te zakonodaje spoštovano načelo transparentnosti pogojev za izvedbo zadevnega javnega naročila.