

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

YVESE BOTA

přednesené dne 20. září 2007¹

1. Tato předběžná otázka umožní Soudnímu dvoru přidat do své judikatury nový prvek týkající se problematiky vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb.

2. Předkládající soud totiž svou otázkou Soudní dvůr vyzývá, aby porovnal význam volného pohybu služeb a význam požadavků vyplývajících z ochrany pracovníků a předcházení sociálnímu dumpingu.

3. Přesněji řečeno, Oberlandesgericht Celle (Německo) v podstatě žádá Soudní dvůr, aby se vyslovil k tomu, zda právo Společenství musí být vykládáno v tom smyslu, že brání vnitrostátnímu právnímu předpisu o zadávání veřejných zakázek, který ukládá úspěšným uchazečům a nepřímo jejich subdodavatelům vyplácet svým vyslaným pracovníkům v rámci plnění veřejné zakázky přinejmenším takovou odměnu, jaká je

v místě plnění stanovená platnou kolektivní smlouvou, pod hrozbou sankce, která může vést až k vypovězení smlouvy o provedení stavebních prací, pokud kolektivní smlouva, na kterou odkazuje tento právní předpis, není prohlášena za všeobecně použitelnou.

4. Tato žádost vyvstala v rámci sporu mezi Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (Objekt und Bauregie, GmbH & Co. KG, zastoupená Dirkem Rüffertem, advokátem jednajícím jako správce konkursní podstaty společnosti), žalovanou ve sporu v původním řízení, a Land Niedersachsen (spolková země Dolní Sasko), žalobkyní ve sporu v původním řízení, ve věci vypovězení smlouvy o dílo uzavřené mezi uvedenou společností a touto spolkovou zemí v rámci veřejné zakázky na stavební práce.

5. V tomto stanovisku chci ukázat, proč nemohou být směrnice Evropského parlamentu a Rady 96/71/ES ze dne 16. prosince 1996 o vysílání pracovníků v rámci posky-

1 — Původní jazyk: francouzština.

tování služeb² ani článek 49 ES vykládány v tom smyslu, že brání takovému vnitrostátnímu opatření, jaké je předmětem původního řízení.

8. Článek 1 této směrnice nazvaný „Oblast působnosti“ zní takto:

„1. Tato směrnice se vztahuje na podniky usazené v některém členském státě, které vysílají v rámci nadnárodního poskytování služeb v souladu s odstavcem 3 pracovníky na území jiného členského státu.

I – Právní rámec

[...]

A – Právo Společenství

6. Článek 49 první pododstavec ES stanoví, že omezení volného pohybu služeb uvnitř Společenství jsou zakázána pro státní příslušníky členských států, kteří jsou usazeni v jiném státě Společenství, než se nachází příjemce služeb.

3. Tato směrnice se použije, pokud podniky uvedené v odstavci 1 učiní některé z následujících nadnárodních opatření:

7. Směrnice 96/71 směřuje k rozvoji volného pohybu služeb mezi členskými státy prostřednictvím zajištění volné soutěže mezi podniky poskytujícími služby a zaručením dodržování práv pracovníků³.

a) vyšlou pracovníka na území členského státu na vlastní účet a pod svým vedením na základě smlouvy uzavřené mezi podnikem pracovníky vysílajícím a stranou, pro kterou jsou služby určeny, činnou v tomto členském státě, jestliže po dobu vyslání existuje pracovní poměr mezi vysílajícím podnikem a pracovníkem

2 — Úř. věst. 1997, L 18, s. 1; Zvl. vyd. 05/02, s. 431.

3 — Pátý bod odůvodnění.

[...]“

9. Jak o tom svědčí šestý bod odůvodnění uvedené směrnice, vychází zákonodárce Společenství ze zjištění, že jde-li o nadnárodní situace, pracovní poměry vyslaných pracovníků přinášejí obtíže týkající se práva rozhodného pro jejich pracovní poměr.

10. Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy⁴, otevřená k podpisu v Římě dne 19. června 1980, v tomto ohledu upravuje obecná pravidla pro volbu práva rozhodného pro pracovní poměr⁵. Článek 3 této úmluvy tak stanoví jako obecné pravidlo svobodnou volbu rozhodného práva smluvními stranami. V případě, že tato volba není učiněna se smlouva podle čl. 6 odst. 2, řídí se právem země, v níž zaměstnanec při plnění smlouvy obvykle vykonává svou práci, a to i v případě, je-li dočasně vyslán do jiné země.

11. Článek 7 Římské úmluvy však stanoví s výhradou určitých podmínek, že kromě práva prohlášeného za rozhodné lze uplatnit kogentní ustanovení práva jiné země, zejména práva členského státu, na jehož území byl pracovník dočasně vyslán. Kogentní předpisy, rovněž označované jako „bezprostředně použitelné předpisy“ (lois

d'application immédiate) či „kogentní předpisy“ (lois de police), které mají přednost v místě výkonu práce, tato úmluva neurčuje.

12. Přínosem směrnice 96/71 je v této souvislosti určení několika kogentních pravidel na úrovni Společenství pro případy nadnárodního vysílání pracovníků⁶. Směrnice rovněž vyjadřuje zásadu přednosti práva Společenství, která je vyjádřena v článku 20 Římské úmluvy a podle které touto úmluvou není dotčeno použití kolizních norem pro smluvní závazkové vztahy ve zvláštních oblastech, které jsou nebo budou obsaženy v právních aktech orgánů Evropských společenství nebo ve vnitrostátním právu, které bylo harmonizováno při provádění takových aktů⁷.

13. Za účelem sladění různých cílů, které sleduje, tedy směrnice 96/71 koordinuje právní předpisy členských států, „aby byl určen základ kogentních ustanovení pro účely minimální ochrany, jež musí v hostitelské zemi dodržovat zaměstnavatelé, kteří vysílají pracovníky za účelem vykonávání dočasné práce na území členského státu, kde jsou služby poskytovány“⁸.

4 — Úř. věst. L 266, s. 1, dále Římská úmluva.

5 — Viz sedmý až desátý bod odůvodnění směrnice 96/71.

6 — Viz sdělení Komise Radě, Evropskému parlamentu, Hospodářskému a sociálnímu výboru, Výboru regionů, ze dne 25. července 2003 o provádění směrnice 96/71 v členských státech [KOM(2003) 458 konečné, bod 2.3.1.1].

7 — Jedenáctý bod odůvodnění.

8 — Třináctý bod odůvodnění.

14. Podle sedmnáctého bodu odůvodnění této směrnice pak „kogentní ustanovení pro minimální ochranu platná v hostitelské zemi nesmí bránit použití pracovních podmínek, pokud jsou pro pracovníky výhodnější“.

– a/nebo kolektivními smlouvami nebo rozhodčími nálezy, které byly prohlášeny za všeobecně použitelné ve smyslu odstavce 8, jestliže se týkají činností uvedených v příloze [⁹]:

[...]

15. Tyto zásady jsou rozpracovány v článku 3 uvedené směrnice nazvaném „Pracovní podmínky“, který zní takto:

c) minimální mzda, včetně sazeb za přesčasy; tento bod se nevztahuje na doplňkové podnikové systémy zaopatření v důchodu,

[...]

„1. Členské státy zajistí, aby podniky uvedené v čl. 1 odst. 1 zaručovaly bez ohledu na právo rozhodné pro pracovní poměr pracovníkům vyslaným na jejich území pracovní podmínky týkající se dále uvedených záležitostí, které jsou v členském státě, ve kterém je práce vykonávána, stanoveny:

Pro účely této směrnice vymezují pojem ‚minimální mzda‘ uvedený v odst. 1 druhé odrážce písm. c) vnitrostátní právní předpisy a/nebo zvyklosti členského státu, na jehož území je pracovník vyslán.

[...]

– právními či správními předpisy

⁹ — Jedná se o „všechny stavební práce týkající se výstavby, oprav, údržby, přestavby nebo stržení budov“.

7. Odstavce 1 až 6 nebrání použití pracovních podmínek, které jsou pro pracovníky výhodnější.

- a/nebo kolektivní smlouvy, které byly uzavřeny nejvíce reprezentativními organizacemi zaměstnavatelů a zaměstnanců na úrovni členského státu a které se uplatňují na celém vnitrostátním území,

[...]

8. „Kolektivními smlouvami či rozhodčími nálezy, které byly prohlášeny za všeobecně použitelné“ se rozumějí kolektivní smlouvy či rozhodčí nálezy, kterými se musí řídit všechny podniky dotyčného odvětví nebo povolání v dané zeměpisné oblasti.

jestliže použití těchto smluv na podniky uvedené v čl. 1 odst. 1 zajišťuje rovné zacházení v záležitostech vyjmenovaných v odst. 1 prvním pododstavci tohoto článku mezi těmito podniky a ostatními podniky uvedenými v tomto pododstavci, které se nacházejí v podobné situaci.

Jestliže neexistuje systém, který by prohlásil kolektivní smlouvy či rozhodčí nálezy za všeobecně použitelné ve smyslu prvního pododstavce, mohou členské státy, pokud se tak rozhodnou, považovat za základ:

O rovné zacházení ve smyslu tohoto článku se jedná, pokud vnitrostátní podniky nacházející se v podobné situaci:

- kolektivní smlouvy či rozhodčí nálezy, které mají všeobecný účinek na všechny podobné podniky dotyčného odvětví nebo povolání v dané zeměpisné oblasti,
- mají v daném místě nebo v dotyčném odvětví stejné povinnosti jako vysílající podniky v záležitostech vyjmenovaných v odst. 1 prvním pododstavci a

- musí plnit tyto povinnosti se stejným účinkem.
- podmínek, které je nutné dodržet v průběhu plnění veřejné zakázky. Tento článek zní takto:

[...]“

16. Jde-li nakonec o pravidla Společenství v oblasti veřejných zakázek na stavební práce, poznamenávám, že v okamžiku skutkového základu sporu v původním řízení, byla použitelná směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce^{10 11}.

17. I když cílem směrnice 93/37 nebylo organizovat fázi plnění veřejných zakázek¹², je třeba uvést článek 23 této směrnice, který se týká informací ohledně pracovních

„1. Zadavatel může uvést v zadávací dokumentaci nebo může být vázán členským státem, aby tak učinil, orgán nebo orgány, od nichž může uchazeč získat náležité informace o povinnostech týkajících se ochrany zaměstnanců a o pracovních podmínkách, které platí v členském státě, regionu nebo v místě, kde se stavební práce vykonávají, a které se týkají prací prováděných na místě během realizace zakázky.

10 — Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163, směrnice ve znění pozměněném směrnicí Evropského parlamentu a Rady 97/52/ES, ze dne 13. října 1997 (Úř. věst. L 328, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 3, dále jen „směrnice 93/37“). Tato směrnice byla zrušena a nahrazena směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132), jejíž lhůta k provedení uplynula dne 31. ledna 2006.

11 — Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že částka veřejné zakázky, která je předmětem původního řízení, činí 8 493 331 eur bez daně z přidané hodnoty (dále jen „DPH“), tzn. částka vyšší, než je prahová hodnota pro použití směrnice 93/37, která odpovídá ekvivalentu 5 milionů ECU zvláštních práv čerpání (dále jen „ZPČ“), což činí 6 242 028 eur [viz v tomto ohledu prahové hodnoty stanovené směrnicí o veřejných zakázkách použitelné od 1. ledna 2002 (Úř. věst., C 332, s. 21)].

12 — Viz v tomto smyslu výkladové sdělení Komise o právu Společenství použitelném na veřejné zakázky a možnosti začlenění sociálních aspektů do těchto veřejných zakázek [KOM(2001) 566 konečné, s. 16, bod 1.6].

2. Zadavatel, který poskytuje informace uvedené v odstavci 1, požádá uchazeče nebo ty, kteří se účastní zakázkového řízení, aby dali najevo, že při vypracovávání nabídky vzali na vědomí povinnosti týkající se ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které platí v místě, kde se mají stavební práce provádět. Tím není dotčeno ustanovení čl. 30 odst. 4 týkající se prověřování mimořádně nízkých nabídek.“

B – *Vnitrostátní právo*

republiky Německo (Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, dále jen „TV Mindestlohn“), a jednak zvláštní kolektivní smlouvy.

1. Určení minimální mzdy ve stavebnictví

18. Určení minimální mzdy v odvětví stavebnictví v Německu spadá do oblasti kolektivního vyjednávání.

a) TV Mindestlohn

19. Kolektivní smlouvy se v tomto členském státě obecně uzavírají mezi zaměstnanecskými svazy a zaměstnavatelskými organizacemi. Pro jednotlivá odvětví mohou pokrývat část nebo i celé území Spolkové republiky Německo.

20. Odvětví stavebnictví se řídí kolektivní smlouvou, která stanoví obecný rámec pro stavební průmysl (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe) od 4. července 2002. Tato kolektivní smlouva, která se použije na celém území Spolkové republiky Německo, však neobsahuje pravidla týkající se minimální mzdy.

21. Tato pravidla obsahuje jednak kolektivní smlouva, která stanoví minimální mzdu v odvětví stavebnictví na území Spolkové

22. TV Mindestlohn, která se použije na podniky spadající do působnosti kolektivní smlouvy stanoví obecný rámec pro stavební průmysl, upravuje úroveň minimální mzdy podle dvou kategorií, které odpovídají úrovni kvalifikace zaměstnance, a úrovni, která rozlišuje podle toho, zda jde o „staré“, nebo „nové“ spolkové země. Stanovuje minimální mzdu, která se skládá z hodinové mzdy stanovené v této kolektivní smlouvě a příplatku pro odvětví stavebnictví, což dohromady tvoří celkovou hodinovou smluvní mzdu. Rovněž uvádí, že nárok na vyšší mzdu podle jiných kolektivních smluv nebo podle jednotlivých dohod není ustanovením, které stanovuje celkovou hodinovou smluvní mzdu kategorie 1 a 2, dotčen.

23. Ustanovení TV Mindestlohn jsou prohlášena za všeobecně použitelná, a to nařízením o pracovních podmínkách povinně

použitelných v odvětví stavebnictví (Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe).

byla prohlášena ze všeobecně použitelnou nařízením ze dne 13. prosince 2003¹⁴.

b) Zvláštní kolektivní smlouvy

24. Je třeba poznamenat, že podle německého práva se prohlášením kolektivní smlouvy za všeobecně použitelnou stává tato smlouva použitelná pro všechny zaměstnavatele a zaměstnance daného odvětví na vymezeném území. Rozšiřuje tak působnost této smlouvy na zaměstnavatele a zaměstnance, kteří nespádají pod odborové organizace uzavírající kolektivní smlouvu. Toto prohlášení o všeobecné použitelnosti může učinit spolkový ministr práce, a to co se týče oblastí upravených německým zákonem o vysílání pracovníků (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)¹³ ze dne 26. února 1996 na základě § 1 odst. 3a tohoto zákona nebo na základě § 5 zákona o kolektivních smlouvách (Tarifvertragsgesetz).

25. TV Mindestlohn je použitelná na dobu omezenou. Podle údajů, které mám k dispozici, se zdá, že TV Mindestlohn, která byla použitelná v rozhodné době z hlediska skutkových okolností sporu v původním řízení, tedy ta ze dne 29. října 2003, byla platná v období mezi 1. listopadem 2003 a 31. srpnem 2005. Tato kolektivní smlouva

26. Tyto zvláštní kolektivní smlouvy (Entgelttarifverträge) mají ve většině případů územně omezenou působnost. Mimoto nejsou běžně předmětem prohlášení o všeobecné použitelnosti, což znamená, že všechny nejsou závazné použitelné pro všechny zaměstnance daného odvětví.

27. Podle písemné odpovědi, kterou poskytla Land Niedersachsen na otázku Soudního dvora, je v této věci rozhodná kolektivní smlouva, která se týká mzdy a příspěvků na odborné vzdělávání (Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen) ze dne 4. července 2003, ve znění pozměňující kolektivní smlouvy ze dne 29. října 2003 (Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen). Tato kolektivní smlouva nebyla prohlášena za všeobecně použitelnou.

¹³ — BGBl. 1996 I, s. 227, dále jen „AEntG“.

¹⁴ — Bundesanzeiger č. 242, ze dne 30. prosince 2003, s. 26093. Uvedená kolektivní smlouva je nyní nahrazena TV Mindestlohn ze dne 29. července 2005, která se použije od 1. září 2005 do 31. srpna 2008 a která byla prohlášena za všeobecně použitelnou nařízením ze dne 29. srpna 2005 (Bundesanzeiger č. 164, ze dne 31. srpna 2005, s. 13199).

28. Ze spisu vyplývá, že úroveň mezd stanovených v těchto zvláštních kolektivních smlouvách je ve skutečnosti výrazně vyšší než minimální mzda, kterou pro celé Německo ukládá TV Mindestlohn. Mimoto je mzdová tabulka obsažená v těchto kolektivních smlouvách podrobnější než tabulka obsažená v TV Mindestlohn a stanovuje úroveň mezd podle různých skupin zaměstnání.

2. AEntG

29. Směrnice 96/71 byla do německého práva provedena prostřednictvím AEntG. Ustanovení § 1 odst. 1 tohoto zákona zejména stanoví, že právní normy obsažené v kolektivní smlouvě z odvětví stavebního průmyslu, která byla prohlášena za všeobecně použitelnou, jejichž předmětem je minimální odměna, jsou rovněž závazné v rámci pracovního poměru mezi zaměstnavatelem usazeným v zahraničí a jeho zaměstnancem pracujícím v rámci územní působnosti této kolektivní smlouvy. Tento zaměstnavatel tedy musí svému vyslanému zaměstnanci poskytnout přinejmenším pracovní podmínky stanovené v uvedené kolektivní smlouvě.

3. Zákon Land Niedersachsen o zadávání veřejných zakázek

30. Zákon Land Niedersachsen o zadávání veřejných zakázek (Niedersächsisches

Landesvergabegesetz, dále jen „zemský zákon“) obsahuje pravidla v oblasti zadávání veřejných zakázek týkající se hodnoty minimálně 10 000 eur. V odůvodnění tohoto zákona se uvádí:

„Tento zákon bojuje proti narušování hospodářské soutěže, ke kterému dochází ve stavebnictví a v místní veřejné dopravě zaměstnáváním pracovních sil za nízkou mzdu, a zmírňuje tak zátěž, která z toho vyplývá pro systémy sociálního zabezpečení. Pro tento účel stanoví, že zadavatel může zadávat veřejné zakázky na stavební práce a zakázky v místní veřejné dopravě pouze podnikům, které vyplácejí mzdu v souladu s kolektivními smlouvami sjednanými v místě uskutečňování plnění.“

31. Podle § 3 odst. 1 zemského zákona, mohou být smlouvy o provedení stavebních prací uzavřeny pouze s těmi podniky, které se při předložení nabídky písemně zaváží, že svým zaměstnankyním a zaměstnancům vyplatí za provedení těchto prací přinejmenším mzdu, kterou stanoví kolektivní smlouvy uplatňované v místě plnění, a to v termínu stanoveném v kolektivní smlouvě.

32. Ustanovení § 4 odst. 1 tohoto zákona zvláště stanoví, že pokud se plnění přenáší

na subdodavatele, musí se úspěšný uchazeč také zavázat, že subdodavatelům uloží stejné povinnosti, které mu přísluší na základě uvedeného zákona, a že bude dohlížet na dodržování těchto povinností subdodavateli.

v případě, že se porušení dopustil jeden z jeho subdodavatelů nebo jeden ze subdodavatelů posledně uvedeného, ledaže úspěšný uchazeč o porušení nevěděl a ani vědět nemohl. Je-li smluvní pokuta neúměrně vysoká, může být zadavatelem na žádost úspěšného uchazeče přiměřeně snížena.

33. Podle § 7 odst. 1 zemského zákona je zadavatel oprávněn provádět kontroly, aby přezkoumal dodržování podmínek, kterým podléhá zadání dané veřejné zakázky. K tomuto účelu smí nahlížet do výplatních pásek vystavených úspěšným uchazečem a subdodavatelem a do dokladů o daňových odvodech a příspěvcích, stejně jako do smluv o dílo uzavřených mezi úspěšným uchazečem a subdodavatelem.

2. Zadavatelé se dohodnou s úspěšným uchazečem, že nesplnění požadavků stanovených v § 3 úspěšným uchazečem nebo jeho subdodavatelem, stejně jako porušení povinností stanovených v § 4 a § 7 odst. 2 z hrubého zavinění nebo opakovaným způsobem, opravňuje zadavatele k okamžité výpovědi smlouvy.

34. Ustanovení § 8 tohoto zákona, které se týká sankcí, zní takto:

3. Poruší-li podnik prokazatelně přinejmenším z hrubého zavinění nebo opakovaně povinnosti vyplývající z tohoto zákona, zadavatelé ho mohou, vždy v rámci své příslušné pravomoci, vyloučit ze zadávání veřejných zakázek až na dobu jednoho roku.

„1. Pro zajištění dodržení povinností podle § 3, § 4 a § 7 odst. 2 dohodnou zadavatelé s úspěšným uchazečem za každé zaviněné porušení povinností smluvní pokutu ve výši 1 % z ceny zakázky, při opakovaných porušeních pak smluvní pokutu až do 10 % z ceny zakázky. Úspěšný uchazeč je povinen smluvní pokutu podle věty první zaplatit také

[...]“

II – Spor v původním řízení a předběžná otázka

35. Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že Land Niedersachsen zadala na podzim 2003 po veřejném nabídkovém řízení žalované zakázku na hrubé stavební práce na stavbě věznice v Göttingen-Rosdorf. Hodnota zakázky byla 8 493 331 eur včetně DPH. Smlouva obsahovala „dohodu o dodržení ustanovení kolektivních smluv při provádění stavebních prací“, stanovící zejména následující závazky přijaté žalovanou:

„Níže uvedená dohoda je základem mé/naší nabídky:

K ustanovení § 3 zemského zákona (závazek dodržovat kolektivní smlouvy):

Zavazuji se, že v případě, že je mi přidělena zakázka, vyplatím zaměstnankyním a zaměstnancům svého podniku jako odměnu za uskutečnění svěřených plnění přinejmenším mzdu platnou v místě plnění na základě kolektivní smlouvy, která je uvedena v seznamu reprezentativních kolektivních smluv pod č. 01 „Stavebnictví“ [...]

Zavazuji se také, že uložím subdodavatelům povinnosti, které mi přísluší podle § 3, § 4 a § 7 odst. 2 zemského zákona, a budu dohlížet na dodržování těchto povinností subdodavateli.

[...]

Souhlasím, že nesplnění povinností stanovených v § 3 zemského zákona mou osobou nebo mými subdodavateli, stejně jako porušení povinností vymezených v § 4 a § 7 odst. 2 z hrubého zavinění nebo opakovaným způsobem, opravňuje zadavatele k okamžité výpovědi smlouvy.“

36. Žalovaná využila služeb společnosti PKZ Pracownie Konserwacji Zabytkow Sp. Zoo (dále jen „PKZ“) se sídlem v Tarnowě (Polsko), která má pobočku ve Wedemark (Německo), jako subdodavatele.

37. V létě 2004 se společnost PKZ ocitla v podezření, že na stavbě zaměstnávala polské pracovníky za nižší plat, než byl stanoven v platné kolektivní smlouvě. Po začátku vyšetřování vypověděly jak žalovaná, tak Land Niedersachsen, smlouvu o dílo, která byla mezi nimi uzavřena. Land

Niedersachsen opírala svou výpověď zejména o to, že žalovaná porušila dohodnutou povinnost dodržovat kolektivní smlouvy. Mimoto proti hlavním odpovědným osobám společnosti PKZ vydán trestní příkaz, ve kterém jim bylo vytýkáno, že 53 zaměstnancům pracujícím na stavbě bylo vyplaceno pouze 46,57 % stanovené minimální mzdy.

38. Land Niedersachsen navrhovala použití doložky o smluvní pokutě, kdy uvedla, že žalované musela být známa porušení ze strany subdodavatele a že vyplácení mezd, které jsou nižší než platby stanovené kolektivní smlouvou, je samostatným porušením v případě každého zaměstnance, takže smluvní pokuta ve výši 10 % z ceny zakázky je přiměřená.

39. Landgericht Hannover rozhodl v prvním stupni, že uvedený návrh je částečně odůvodněný. Určil totiž, že pohledávka žalované ze smlouvy o dílo zaniká v důsledku odškodnění na základě uplatnění smluvní pokuty ve výši 84 934, 31 eur, tj. 1 % z ceny zakázky, a ve zbývajících částí návrh zamítl.

40. Oberlandesgericht Celle, kterému byl spor předložen v odvolacím řízení, ve svém předkládacím rozhodnutí vysvětluje, že

vyřešení sporu v původním řízení závisí na tom, zda je povinen nepoužít zemský zákon, zejména § 8 odst. 1 tohoto zákona, protože je neslučitelný s volným pohybem služeb podle článku 49 ES.

41. Předkládající soud v tomto ohledu podotýká, že závazek dodržovat kolektivní smlouvy, který musí přijmout stavební podniky usazené v jiných členských státech na základě zemského zákona, posledně uvedené, zavazuje k tomu, aby přizpůsobily mzdy vyplácené svým zaměstnancům úrovni odměny v místě plnění v Německu, která je obvykle vyšší. Tím ztrácejí svou výhodu v hospodářské soutěži založenou na nízkých mzdových nákladech. Povinnost dodržovat kolektivní smlouvy tak představuje překážku vstupu na trh pro fyzické nebo právnické osoby z jiných členských států.

42. Předkládající soud krom toho vyslovuje pochybnost, zda je závazek dodržovat kolektivní smlouvy odůvodněn naléhavými důvody obecného zájmu.

43. Vyjadřuje se ve prospěch tvrzení, podle kterého nelze mít za to, že povinnost dodržovat kolektivní smlouvy vyplývá z naléhavých důvodů obecného zájmu. Jelikož se totiž tato povinnost podílí na uzavření trhu

spočívajícím v ochraně německých stavebních podniků před hospodářskou soutěží z jiných členských států, taková povinnost sledující cíl hospodářské povahy nemůže představovat podle judikatury Soudního dvora naléhavý důvod obecného zájmu, který odůvodňuje omezení volného pohybu služeb.

45. Vzhledem k tomu, že řešení sporu v původním řízení vyžaduje výklad článku 49 ES Soudním dvorem, Oberlandesgericht Celle se rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Představuje skutečnost, že je právním předpisem uloženo zadavateli, aby zadával veřejné zakázky na stavební práce pouze těm podnikům, které se při podání nabídky písemně zavázou, že svým zaměstnancům zaplatí jako protihodnotu za uskutečnění dotýcných plnění přinejmenším takovou odměnu, jaká je v místě uvedených plnění stanovená platnou kolektivní smlouvou, neodůvodněné omezení volného pohybu služeb s ohledem na Smlouvu o ES?“

44. Předkládající soud má krom toho za to, že judikatura Soudního dvora týkající se minimální mzdy není v rámci sporu v původním řízení použitelná, protože mzdové a platové tarify uvedené v kolektivních smlouvách a vyžadované v místě plnění jsou mnohem vyšší než minimální mzdy použitelné na území Spolkové republiky Německo podle AEntG. Z toho vyvozuje, že tato povinnost dodržovat tyto kolektivní smlouvy překračuje meze toho, co je nezbytné k ochraně pracovníků. Domnívá se totiž, že to, co je nezbytné k ochraně pracovníků, je vymezeno povinnou minimální mzdou, jako je mzda, která se musí na území Spolkové republiky Německo uplatňovat na základě AEntG. Dodává nakonec, že co se týče zahraničních pracovníků, závazek dodržovat kolektivní smlouvy neumožňuje dosažení skutečné rovnosti s německými pracovníky, ale spíše zabraňuje jejich zaměstnávání v Německu, protože jejich zaměstnavatel nemůže uplatnit svou výhodu spočívající v nákladech na pracovní sílu.

III – Analýza

46. Podstatou této předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda pravidla Smlouvy týkající se volného pohybu služeb musí být vykládána v tom smyslu, že brání vnitrostátnímu právnímu předpisu, jakým je zemský zákon, který ukládá úspěšným uchazečům a nepřímě jejich subdodavatelům, aby vypláceli svým vyslaným pracovníkům v rámci plnění veřejné zakázky přinejmenším

takovou odměnu, jaká je v místě plnění stanovená platnou kolektivní smlouvou, a to pod hrozbou sankce, která může vést až k vypořádání smlouvy o provedení stavebních prací, pokud kolektivní smlouva, na kterou odkazuje tento právní předpis, není prohlášena za všeobecně použitelnou.

přísluší předkládajícímu soudu provést toto konkrétní posouzení s uvážením všech okolností sporu, který mu byl předložen.

47. Land Niedersachsen, dánská a německá vláda, Irsko, jakož i kyperská, rakouská, finská a norská vláda se v podstatě domnívají, že článek 49 ES nebrání opatření, jakým je dotčené opatření v původním řízení. Pokud toto opatření zakládalo omezení volného pohybu služeb, bylo by odůvodněné především cílem ochránit pracovníky a vzhledem k tomuto cíli přiměřené.

49. Některé z těchto vlád tuto otázku taktéž analyzují z pohledu směrnice 96/71 a jsou toho názoru, že tato směrnice nebrání opatření dotčenému v původním řízení.

50. Polská vláda se naopak domnívá, že směrnice 96/71 nemůže odůvodnit zadání veřejné zakázky podmíněné tím, že poskytovatel bude vyplácet vyslaným pracovníkům mzdu vyšší, než je minimální mzda, která vyplývá z čl. 3 odst. 1. písm. c) této směrnice. Z předkládacího rozhodnutí přitom vyplývá, že mzdy upravené kolektivní smlouvou použitelnou v místě plnění jsou značně vyšší než minimální mzda vymezená AEntG.

48. Belgická vláda se domnívá, že taková překážka může být odůvodněná jednak tehdy, pokud pracovníci nepožívají ochrany srovnatelné s tou, kterou nabízí právní předpisy státu usazení podniku tak, aby jim použití vnitrostátní právní úpravy hostitelského státu přineslo skutečnou výhodu, která přispívá výrazným způsobem k jejich sociální ochraně, a jednak tehdy, pokud je použití této právní úpravy přiměřené sledovanému cíli obecného zájmu. Podle této vlády

51. Polská vláda podpůrně uplatňuje, že opatření dotčené v původním řízení je v rozporu s článkem 49 ES. Toto podle ní zakládá neodůvodněnou překážku volnému pohybu služeb. Sdílí názor předkládajícího soudu, podle kterého má ustanovení zemského zákona za cíl ochranu německých stavebních podniků před hospodářskou soutěží z jiných členských států, uskutečňující *de facto* cíl hospodářské povahy, který

podle judikatury Soudního dvora nemůže odůvodnit omezení jedné ze základních svobod. Taková ustanovení jdou nad rámec toho, co je nezbytné k boji proti narušování soutěže, přičemž tohoto cíle je dostatečně dosaženo stanovením minimální mzdy v AEntG.

52. Komise Evropských společenství se domnívá, že spor v původním řízení spadá do působnosti směrnice 96/71, a je tedy třeba nejdříve posoudit předběžnou otázku v souvislosti s ní. Vysvětluje, že uvedená směrnice má za cíl vytvořit rovnováhu mezi volným pohybem služeb ochranou vyslaných pracovníků. Aby toho bylo dosaženo, zákonodárce Společenství zavedl v článku 3 směrnice 96/71 podrobný rámec, který musí členské státy dodržovat.

53. Vzhledem k tomu, že Spolková republika Německo disponuje systémem prohlášení všeobecné použitelnosti kolektivních smluv, je relevantní pouze článek 3 odst. 8 první pododstavec této směrnice. Podle tohoto ustanovení vykládaného ve spojení s článkem 3 odst. 1 druhou odrážkou uvedené směrnice musí být minimální mzda pro pracovníky vysílané do Německa stanovena pouze podle kolektivních smluv, které byly prohlášeny za všeobecně použitelné, to znamená podle kolektivních smluv, které musí být

dodržovány všemi podniky, které přísluší do dotyčného odvětví nebo povolání a spadají do územní působnosti směrnice.

54. Z tohoto důvodu se Komise domnívá, že v rozsahu, v němž zemský zákon ukládá dodržování úrovně odměny upravené v kolektivní smlouvě, která nebyla prohlášena za všeobecně použitelnou, musí být tento zákon považován za neslučitelný se směrnicí 96/71. Odchyluje se totiž od rámce záruk harmonizovaného touto směrnicí, kterým právní předpisy Společenství stanovují minimální odměnu vysílaných pracovníků.

55. Komise dodává, že zemský zákon, jehož účelem je uložit náročnější pracovní podmínky pouze vyslaným pracovníkům, kteří jsou zaměstnaní v rámci veřejné zakázky, to znamená v oblasti hospodářského života, nemůže v žádném případě odpovídat naléhavému obecnému zájmu ve smyslu článku 49 ES ani není schopen takový zájem sledovat.

56. V průběhu jednání francouzská vláda v podstatě zastávala stejný postoj jako Komise, když se domnívala, že článek 49 ES a směrnice 96/71 nebrání tomu, aby členský

stát uplatnil vůči vyslaným pracovníkům minimální mzdu stanovenou národní nebo místní kolektivní smlouvou, pokud však tato kolektivní smlouva byla prohlášena všeobecně použitelnou na podniky z dotčeném odvětví nebo zeměpisné oblasti.

což podle mého názoru zakládá podmínku plnění veřejné zakázky¹⁶.

57. Vzhledem k těmto vyjádřením, je třeba nejprve připomenout, že pro poskytnutí užitečné odpovědi soudu, který položil předběžnou otázku, může Soudní dvůr přihlídnout k právním normám Společenství, na které vnitrostátní soud ve své otázce neodkázal¹⁵.

58. Co se týče nejprve směrnice 93/37, již výše jsem uvedl, že neorganizuje fázi plnění veřejných zakázek. Uchazeči se však musí podle § 3 odst. 1 a § 4 odst. 1 zemského zákona zavázat, že svým vyslaným zaměstnancům budou vyplácet přinejmenším takovou odměnu, jaká je v místě plnění stanovená platnou kolektivní smlouvou, a že k této povinnosti zaváže i své subdodavatele,

59. Podotýkám však, že článek 23 uvedené směrnice není bezvýznamný v rámci projednávané věci, jelikož vyjadřuje myšlenku, podle které se musí smlouva po zadání veřejné zakázky plnit v souladu s povinnostmi, které se týkají ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které platí v místě, kde se mají stavební práce provádět.

60. Ve výkladu směrnice 93/37 však nebudu dále pokračovat, protože neumožňuje odpovědět na jádro problému této předběžné otázky, a to určení pracovních podmínek, které mohou být v souladu s právem společenství uloženy při plnění veřejných zakázek, v případě vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb.

15 — Viz zejména rozsudek ze dne 12. října 2004, Wolff & Müller (C-60/03, Sb. rozh. s. I-9553, bod 24).

16 — Viz v tomto smyslu výkladové sdělení Komise o právu Společenství použitelném na veřejné zakázky a možnosti začlenění sociálních aspektů do těchto veřejných zakázek, ve kterém je upřesněno, že „podmínka plnění je povinností, která musí být přijata osobou, která získá veřejnou zakázku, a která souvisí s plněním smlouvy“, jejímž prostřednictvím „se v okamžiku podání nabídky uchazeč zavazuje ke splnění tohoto požadavku, v případě, že je mu veřejná zakázka zadána“ (s. 17). Pro slučitelnost s článkem 49 ES musí takováto podmínka plnění, tak jak to vidíme dále, dodržovat zásadu zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti, jakož i zásadu transparentnosti.

61. Co se dále týče směrnice 96/71, jsem toho názoru, že na skutkové okolnosti sporu v původním řízení, tak jak jsou popsány v předkládacím rozhodnutí, musí být nahlíženo jako na okolnosti spadající do působnosti této směrnice v rozsahu, v němž odpovídají příkladům vymezeným v čl. 1 odst. 3 písm. a) této směrnice.

62. Přesněji řečeno, zde jsem zjevně konfrontován s případem, kdy podnik se sídlem v členské státě, totiž PKZ se sídlem v Polsku, vyslal polské pracovníky na území členského státu, v tomto případě do Spolkové republiky Německo, na vlastní účet a pod svým vedením v rámci subdodavatelské smlouvy uzavřené mezi vysílajícím podnikem a příjemcem služeb provozujícím činnost v uvedeném členském státě, totiž žalovanou v původním řízení.

63. Mimo to je nesporné, že skutkové okolnosti sporu v původním řízení proběhly po uplynutí lhůty udělené členským státům k provedení směrnice 96/71, to znamená po 16. prosinci 1999.

64. Je jistě pravda, že cílem zemského zákona není konkrétně úprava vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb, ale

spíše všeobecné zadávání veřejných zakázek v Land Niedersachsen. V rozsahu, v němž však tento zákon upravuje podmínky, které se týkají plnění smluv o provádění stavebních prací, v daném případě dodržování minimální odměny, které se musí závazně uplatnit na pracovníky úspěšného uchazeče nebo případného subdodavatele, včetně pracovníků, kteří jsou vysíláni v rámci poskytování služeb, jak je tomu ve věci v původního řízení, je třeba uvedený zákon posoudit s ohledem na normy sekundárního práva Společenství, které se věnují vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb.

65. Začnu tedy přezkumem otázky, zda směrnice 96/71 musí být vykládána v tom smyslu, že brání vnitrostátnímu právnímu předpisu, jakým je zemský zákon, který ukládá úspěšným uchazečům a nepřímo jejich subdodatelům, aby vypláceli svým vyslaným pracovníkům v rámci plnění veřejné zakázky přinejmenším takovou odměnu, jaká je v místě plnění stanovená platnou kolektivní smlouvou, pod hrozbou sankce, která může vést až k vypovězení smlouvy o provedení stavebních prací, pokud kolektivní smlouva, na kterou odkazuje tento právní předpis, není prohlášena za všeobecně použitelnou ve smyslu čl. 3 odst. 8 prvního pododstavce této směrnice.

A – *Výklad směrnice 96/71*

66. Podle mého názoru není možno směrnici 96/71 vykládat v tom smyslu, že brání opatření, jako je opatření dotčené v původním řízení. Abychom se o tom přesvědčili, je třeba popsat systém, který tato směrnice zavedla. S ohledem na takto popsaný systém se budu následně zabývat režimem, který v německém právu převládá pro určení minimální mzdy v odvětví stavebnictví.

67. Jak jsem již výše naznačil, směrnice 96/71 má za cíl koordinovat právní předpisy členských států tak, aby se stanovil základ kogentních ustanovení pro účely minimální ochrany, jež musí v hostitelské zemi dodržovat zaměstnavatelé, kteří vysílají pracovníky za účelem vykonávání dočasné práce na území členského státu, kde jsou služby poskytovány.

68. Přijetím této směrnice se zákonodárce Společenství nejen přizpůsobil judikatuře postupně vytvořené Soudním dvorem v oblasti vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb, ale rovněž ji upřesnil a posílil.

69. Soudní dvůr má totiž od svého rozsudku ze dne 3. února 1982, *Seco a Desquenne & Giral*¹⁷ za to, že právo Společenství v zásadě nebrání tomu, aby členské státy rozšířily působnost svých právních předpisů nebo kolektivních smluv uzavřených sociálními partnery na každou osobu vykonávající, byť i jen dočasnou, práci v zaměstnaneckém poměru na jejich území, nehledě na zemi usazení jejího zaměstnavatele, a že nezakazuje členským státům, aby vhodnými prostředky vynucovaly dodržování těchto pravidel¹⁸. Tato judikatura Soudního dvora je převzata ve dvanáctém bodě odůvodnění směrnice 96/71.

70. Hlavním přínosem této směrnice je přeměna toho, co bylo až doposud pro členské státy pouze možností, v povinnost. Uvedená směrnice tak členským státům ukládá, aby uplatňovaly vůči podnikům usazeným v jiném členském státě, které vysílají pracovníky na jejich území v rámci nadnárodního poskytování služeb, určité množství vnitrostátních pravidel, která upravují pracovní podmínky v určitých oblastech.

71. Dalším přínosem směrnice 96/71 je vytvoření konzistence „pevného základu“ ochranných pravidel, čímž zákonodárce Společenství hodlal zajistit jejich používání ve prospěch vysílaných pracovníků.

¹⁷ — 62/81 a 63/81, Recueil, s. 223.

¹⁸ — Bod 14.

72. Článek 3 odst. 1 této směrnice tak uvádí vnitrostátní pravidla upravující pracovní podmínky, které *nemohou být odepřeny* vyslaným pracovníkům v členském státě, ve kterém je práce vykonávána.

73. Jak Soudní dvůr nedávno uvedl, uvedená směrnice stanovuje „seznam vnitrostátních pravidel, která musí členský stát uplatňovat na podniky usazené v jiném členském státě, které vysílají pracovníky na jeho vlastní území v rámci nadnárodního poskytování služeb“¹⁹. V tomto smyslu jde o závazná ochranná pravidla.

74. Výčet těchto pravidel zákonodárcem Společenství posiluje právní jistotu v rozsahu, v němž si může být poskytovatel služeb usazený v jiném členském státě napříště jistý, že mu bude uložen jasně zjiitelný minimální základ pravidel týkajících se pracovních podmínek platných ve státě, ve kterém je práce vykonávána. V souvislosti s tím se pak pracovník vyslaný do některého členského státu bude moci domáhat použití těchto pravidel, jejichž závaznost vyplývá přímo ze směrnice 96/71, ve svůj prospěch.

19 — Rozsudek ze dne 18. července 2007, Komise v. Německo (C-490/04, Sb. rozh. s. I-6095, bod 17). V tomto rozsudku Soudní dvůr rovněž uvádí, že „směrnice 96/71 neharmonizovala věcný obsah těchto vnitrostátních pravidel, a že tento obsah tudíž může být volně stanoven členskými státy, za podmínky dodržení Smlouvy a obecných zásad práva Společenství, tedy co se týče [...] článku 49 ES.“ (bod 19).

75. Mezi tyto závazné pracovní podmínky patří minimální mzda, která je stanovena buď právními či správními předpisy, nebo, co se týče činnosti v odvětví stavebnictví, kolektivními smlouvami nebo rozhodčími nálezy, které byly prohlášeny za všeobecně použitelné ve smyslu čl. 3 odst. 8 uvedené směrnice.

76. Tato kategorie pracovních podmínek představuje ve vztahu k dalším záležitostem uvedeným v čl. 3 odst. 1 směrnice 96/71 zvláštní rysy, jako jsou maximální délky pracovní doby a minimální doby odpočinku, ochrana zdraví, bezpečnosti a hygieny při práci a minimální délka dovolené za kalendářní rok. O dalších sledovaných pracovních podmínkách se rozvíjela jednání v rámci Společenství a zvláště se mohlo provést sblížení vnitrostátních právních předpisů prostřednictvím směrnic, které stanovují minimální požadavky²⁰. Odlišná situace je v případě minimální mzdy, pro kterou zatím podobné opatření tohoto typu na úrovni Společenství neexistuje²¹.

20 — Viz především směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/88/ES ze dne 4. listopadu 2003 o některých aspektech úpravy pracovní doby (Úř. věst. L 299, s. 9; Zvl. vyd. 05/04, s. 381). Podle článku 15 této směrnice, nazvaném „Příznivější ustanovení“, se tato směrnice „nedotýká práva členských států uplatňovat nebo zavádět právní a správní předpisy, které jsou příznivější pro ochranu bezpečnosti a zdraví pracovníků, nebo napomáhat nebo umožňovat uplatňování kolektivních smluv nebo dohod uzavřených mezi sociálními partnery, které jsou příznivější pro ochranu bezpečnosti a zdraví pracovníků“.

21 — Viz Rodière, P., *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J., 2. vydání, Paříž, 2002, s. 551.

77. Nelze-li tvrdit, že otázka odměn zcela právu Společenství uniká, je nutno přiznat, že určení výše či úrovně odměn toto právo zatím nepojalo²².

78. Článek 3 odst. 1 poslední pododstavec směrnice 96/71 dokládá zvláštní charakter oblasti týkající se minimální mzdy, když uvádí, že „pojem minimální mzda uvedený v druhé odrážce písm. c) vymezují vnitrostátní právní předpisy a/nebo zvyklosti členského státu, na jehož území je pracovník vyslán“.

79. Ostatně použití „pevného základu“ ochranných pravidel uvedených v čl. 3 odst. 1 této směrnice musí být podle mého názoru chápáno jako minimální záruka pro vysílané pracovníky, kteří tak mají jistotu, že mohou závazné vnitrostátní předpisy využít ve svůj prospěch.

22 — Tamtéž, s. 55 a 56. Autor upřesňuje, že tato záležitost neunikne případným jednáním o odměnách na evropské úrovni. Jinak poznamenává, že mimo striktní vymezení výše nebo úrovně odměn „může mít zásada rovnosti odměňování mužů a žen obecný dopad na mechanismus odměňování pracovníků“ a že „další právní úprava Společenství může podružně zasahovat do oblasti odměňování, např. co se týče úpravy pracovní doby“.

80. Tato další charakteristika systému zavedeného uvedenou směrnicí je vyjádřena v samotném pojmu „základ kogentních ustanovení o minimální ochraně“ stanoveném v třináctém bodě odůvodnění směrnice 96/71.

81. Mimoto připomínám, že sedmnáctý bod odůvodnění této směrnice upravuje, že „kogentní ustanovení pro minimální ochranu platná v hostitelské zemi nesmí bránit použití pracovních podmínek, pokud jsou pro pracovníky výhodnější“. Článek 3 odst. 7 první pododstavec této směrnice vyjadřuje tuto vůli zákonodárce Společenství s upřesněním, že „odstavce 1 až 6 nebrání použití pracovních podmínek, které jsou pro pracovníky výhodnější“.

82. Toto poslední ustanovení podle našeho názoru zahrnuje dva aspekty. Jednak označuje, že závaznost ochranných pravidel platných ve státě, kde se práce vykonává, může ustoupit použití předpisů platných ve státě, ve kterém má poskytovatel své sídlo, a to v rozsahu, v jakém tyto předpisy upravují pracovní podmínky, které jsou pro vysílané pracovníky výhodnější.

83. Krom toho, a to je aspekt rozhodný v projednávané věci, čl. 3 odst. 7 směrnice 96/71 rovněž umožňuje členským státům, ve

kterých se práce vykonává, vylepšit, v otázkách uvedených v čl. 3 odst. 1 této směrnice, úroveň sociální ochrany, kterou si přejí zaručit pracovníkům zaměstnaným na jejich území, a kterou tak budou moci uplatnit i na pracovníky k nim vyslané. Toto ustanovení tedy v zásadě umožňuje zavést zesílenou vnitrostátní ochranu²³.

84. Je však důležité upřesnit, že takováto posílená vnitrostátní ochrana musí být zavedena v souladu s tím, co umožňuje článek 49 ES²⁴.

23 — Podle výrazu použitého v 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 (viz zejména s. 94 až 96). Podle autora jsou pracovní podmínky v oblastech upravených směrnicí 96/71 „minimálními vnitrostátními pravidly, státního a obyčejového původu, jimiž směrnice zavazuje členské státy zajistit přinejmenším jejich dodržování v situaci dočasného vyslání pracovníků“ (s. 95). Tato myšlenka je rovněž vyjádřena v bodě 34 odůvodnění směrnice 2004/18, podle které směrnice 96/71 „stanoví minimální podmínky, které musí být v hostitelské zemi ve vztahu k těmto vyslaným pracovníkům splněny“.

24 — V tomto ohledu se ztotožňuji s analýzou generálního advokáta Mengozziho vyjádřenou ve stanovisku, které přednesl dne 23. května 2007 ve věci Laval un Partneri (C-341/05, Sb. rozh. S. I-11767), podle níž „ačkoli směrnice 96/71 připouští, že členské státy mohou na poskytovatele služeb z některého členského státu, který dočasně vysílá pracovníky na území jiného členského státu, vztáhnout pracovní podmínky výhodnější pro pracovníky než pracovní podmínky uvedené zejména v čl. 3 odst. 1 [této] směrnice, uznání takové možnosti musí být provedeno při dodržení volného pohybu služeb zaručeného článkem 49 ES“ (bod 151). Dále poukazují na to, že Komise připouští ve svém výkladovém sdělení o právu Společenství použitelném na veřejné zakázky a možnosti začlenění sociálních aspektů do těchto veřejných zakázek, že jak v situacích uvnitř států, tak v přeshraničních situacích „mohou být předpisy, které jsou pro pracovníky příznivější, rovněž použitelné (a musí být tedy případně dodržovány) pokud jsou slučitelné s právem Společenství“ (s. 21, bod 3.2).

85. Srovnám-li režim, který v německém právu pro vymezení minimální mzdy v odvětví stavebnictví převládá, se systémem zavedeným směrnicí 96/71, který jsem právě popsal, lze z tohoto vyvodit následující připomínky:

86. Nejdříve poznamenávám, že v německém právu existuje systém, který umožňuje prohlásit kolektivní smlouvy za všeobecně použitelné. Německý režim pro určení minimální mzdy v odvětví stavebnictví musí být proto posuzován podle čl. 3 odst. 1 směrnice 96/71, a nikoli s ohledem na ustanovení čl. 3 odst. 8 druhý pododstavec této směrnice, který se zaměřuje na případ neexistence systému prohlášení všeobecné použitelnosti kolektivních smluv.

87. V souladu s čl. 3 odst. 1 této směrnice ustanovení § 1 odst. 1 AEntG především stanovuje, že právní normy obsažené v kolektivní smlouvě v odvětví stavebního průmyslu, která byla prohlášena za všeobecně použitelnou, jejímž předmětem je minimální odměna, se závazně vztahují rovněž na pracovní poměr mezi zaměstnavatelem usazeným v zahraničí a jeho zaměstnancem pracujícím v rámci územní působnosti této

kolektivní smlouvy. Tento zaměstnavatel tak musí svému vyslanému zaměstnanci poskytnout alespoň pracovní podmínky stanovené v uvedené kolektivní smlouvě.

88. Dále připomínám, že TV Mindestlohn použitelná v rozhodné době z hlediska skutkových okolností v původním řízení, která byla prohlášena za všeobecně použitelnou a která pokrývá území Spolkové republiky Německo, stanovuje úroveň minimální mzdy v odvětví stavebnictví podle dvou kategorií, které odpovídají úrovni kvalifikace zaměstnance a úrovni, která rozlišuje podle toho, zda jde o „staré“, nebo „nové“ spolkové země.

89. Tato kolektivní smlouva prohlášená za všeobecně použitelnou ve smyslu čl. 3 odst. 8 prvního pododstavce směrnice 96/71 tak tvoří součást „pevného základu“ ochranných pravidel, jak jej vymezuje čl. 3 odst. 1 této směrnice.

90. Současně je důležité zdůraznit, že uvedená kolektivní smlouva rovněž upřesňuje, že nárok na vyšší mzdu na základě jiných kolektivních smluv nebo jednotlivých dohod není ustanovením, které upravuje celkovou hodinovou smluvní mzdu dvou výše uvedených kategorií, dotčen. TV Mindestlohn tedy v souladu s tím, co povoluje čl. 3 odst. 7 uvedené směrnice, výslovně ponechává možnost použít pracovní podmínky, které jsou pro pracovníky výhodnější.

91. Právě režim, který v německém právu pro vymezení minimální mzdy v odvětví stavebnictví převažuje a který je doplněn TV Mindestlohn, se rovněž opírá o zvláštní kolektivní smlouvy, které mají ve většině případů územně omezenou působnost a nejsou běžně předmětem prohlášení o všeobecné použitelnosti, čímž se dostávají mimo „pevný základ“ minimálních ochranných pravidel, jako jsou pravidla vymezená v čl. 3 odst. 1 směrnice 96/71.

92. Znamená to, že, jak tvrdí Komise, dodržování těchto zvláštních kolektivních smluv, které nejsou prohlášeny za všeobecně použitelné ve smyslu čl. 3 odst. 8 prvního pododstavce této směrnice, nelze ukládat podnikům, které vysílají pracovníky v rámci nadnárodního poskytování služeb?

93. Nemyslím si to.

94. Domnívám se totiž, že v rozsahu, v jakém úrovně mezd stanovené v těchto zvláštních kolektivních smlouvách výrazně převyšují minimální mzdu, která je uložena na celém území Spolkové republiky Německa na

základě TV Mindestlohn, zavádí tyto kolektivní smlouvy zesílenou vnitrostátní ochranu. Jak jsem již dříve prokázal, je tato zesílená vnitrostátní ochrana možná na základě čl. 3 odst. 7 směrnice 96/71.

95. Proto také vnitrostátní opatření, jako je opatření dotčené v původním řízení, které činí tyto kolektivní smlouvy závaznými, a to i v případě vysílání pracovníků, je podle mého názoru v souladu s touto směrnicí v rozsahu, v němž zavádí možnost otevřenou pro členské státy na základě čl. 3 odst. 7 uvedené směrnice.

96. Mimoto skutečnost, že taková kolektivní smlouva prohlášená za všeobecně použitelnou, jakou je TV Mindestlohn, sama všeobecně odkazuje na jiné kolektivní smlouvy nebo jednotlivé dohody, které stanovují nárok na vyšší mzdu, je podle mého názoru v souladu se směrnicí 96/71.

97. Německý režim určování minimální mzdy v odvětví stavebnictví se mi proto jeví jako soudržný systém, který je slučitelný se směrnicí 96/71.

98. Jsem tedy toho názoru, že směrnice 96/71 se musí vykládat v tom smyslu, že nebrání takovému vnitrostátnímu právnímu předpisu, jakým je zemský zákon, který ukládá úspěšným uchazečům a nepřímo jejich subdodavatelům, aby vypláceli svým vyslaným pracovníkům v rámci plnění veřejné zakázky přinejmenším takovou odměnu, jaká je v místě plnění stanovena platnou kolektivní smlouvou, pod hrozbou sankce, která může vést až k vypovězení smlouvy o provedení stavebních prací, pokud kolektivní smlouva, na kterou odkazuje tento právní předpis, není prohlášena za všeobecně použitelnou ve smyslu čl. 3 odst. 8 prvního pododstavce této směrnice.

99. Nyní je třeba ověřit, zda musí být článek 49 ES vykládán ve smyslu, že brání takovému vnitrostátnímu právnímu předpisu, jaký je dotčen v původním řízení.

B – Výklad článku 49 ES

100. Z ustálené judikatury vyplývá, že článek 49 ES nevyžaduje pouze vyloučení jakékoliv diskriminace poskytovatele služeb usazeného v jiném členském státě z důvodu jeho státní příslušnosti, ale také odstranění jakéhokoli omezení, i když se toto omezení použije

bez rozdílu na vnitrostátní poskytovatele a na poskytovatele z jiných členských států, pokud může znemožnit, ztížit nebo učinit méně atraktivními činnosti poskytovatele usazeného v jiném členském státě, ve kterém legálně poskytuje podobné služby²⁵.

zemského zákona tak může poskytovatele služeb usazené v jiném členském státě, kde je minimální mzda nižší, zatížit dostatečnými hospodářskými výdaji, které mohou znemožnit, ztížit nebo učinit méně atraktivním poskytování jejich služeb v hostitelském státě.

101. V tomto ohledu je vhodné upřesnit, že Soudní dvůr již rozhodl, že použití vnitrostátních právních předpisů přijímajícího členského státu na poskytovatele služeb může znemožnit, ztížit nebo učinit méně atraktivním poskytování služeb osobami nebo podniky usazenými v jiných členských státech, jestliže způsobuje dodatečné výdaje a administrativní a hospodářskou zátěž²⁶.

104. Mimoto je třeba poznamenat, že dotčená ustanovení zemského zákona se použijí bez rozdílu na vnitrostátní poskytovatele a poskytovatele z jiných členských států. Jinak řečeno, povinnost dodržovat minimální mzdu upravená v kolektivní smlouvě použitelné v místě uskutečnění plnění je uložena jak poskytovatelům služeb usazeným v Německu, tak poskytovatelům usazeným v jiném členském státě.

102. Identifikace omezení volného pohybu služeb v projednávané věci nevyvolává podle našeho názoru nejmenší pochybnost.

103. Pokud je totiž úspěšným uchazečem a nepřímou jejich subdodavatelům ukládáno, aby dodržovali přinejmenším takovou mzdu, jaká je v místě plnění stanovena platnou kolektivní smlouvou, § 3 odst. 1 a § 4 odst. 1

105. Z ustálené judikatury Soudního dvora vyplývá, že taková bez rozdílu používaná právní úprava může být odůvodněna s ohledem na článek 49 ES, když odpovídá naléhavým důvodům obecného zájmu v rozsahu, v němž tento zájem není chráněn pravidly, kterým podléhá poskytovatel v členském státě, ve kterém je usazen, a pokud je způsobila zaručit uskutečnění cíle, který

25 — Viz zejména výše uvedený rozsudek Komise v. Německo (bod 63 a citovaná judikatura).

26 — Viz zejména výše uvedený rozsudek Wolff & Müller, (bod 32 a citovaná judikatura).

sleduje, a nepřekračuje meze toho, co je k jeho dosažení nezbytné²⁷.

106. Mezi naléhavými důvody obecného zájmu, které již Soudní dvůr uznal, se nachází ochrana pracovníků²⁸.

107. Pokud jde o tento naléhavý důvod z ustálené judikatury Soudního dvora vyplývá, že právo Společenství nebrání tomu, aby členské státy vztáhly své právní předpisy *nebo kolektivní smlouvy uzavřené se sociálními partnery* na každou osobu vykonávající, byť i jen dočasnou, práci v zaměstnaneckém poměru na jejich území, nehlédě na zemi usazení jejího zaměstnavatele, a že rovněž nezakazuje členským státům, aby vhodnými prostředky vynucovaly dodržování těchto pravidel, když vyjde najevo, že ochrana poskytovaná těmito pravidly není zaručena stejnými nebo v zásadě srovnatelnými povinnostmi, kterým podnik podléhá v členském státě svého usazení²⁹.

108. Soudní dvůr rovněž rozhodl, že k cíli, který spočívá v zamezení nekalé soutěži ze strany podniků, které vyplácejí svým pracovníkům mzdu na nižší úrovni, než jaká odpovídá minimální mzdě, lze přihlídnout jako ke kategorickému požadavku, který může odůvodnit omezení volného pohybu služeb³⁰. Soudní dvůr rovněž uvedl, že zde nutně nedochází k rozporu mezi cílem, který směřuje k ochraně spravedlivé soutěže, a cílem, který sleduje zajištění ochrany pracovníků³¹.

109. Rozvedením této úvahy Soudní dvůr nedávno výslovně vytvořil vazbu mezi svou ustálenou judikaturou, která členským státům přiznává možnost rozšířit platnost jejich právních předpisů a kolektivních smluv týkajících se minimální mzdy na každou osobu, která je zaměstnána, byť jen dočasně, na jejich území, a odůvodněním vycházejícím z „předcházení sociálnímu dumpingu“³².

110. Již jsem uvedl, že předkládající soud vyslovil pochybnost ohledně otázky, zda

27 — Viz zejména výše uvedený rozsudek Komise v. Německo (body 64 a 55 a citovaná judikatura).

28 — Viz zejména výše uvedený rozsudek Wolff & Müller, (bod 35 a citovaná judikatura). Pro uznání, že obecný zájem spojený se sociální ochranou pracujících v odvětví stavebnictví a s kontrolou jejího dodržování může zakládat naléhavý důvod, Soudní dvůr argumentoval existencí „zvláštních podmínek v tomto odvětví“ [rozsudek ze dne 28. března 1996, Hukot (C-272/94, Receuil, s. I-1905, bod 16), a z 23. listopadu 1999, Arblade a další (C-369/96 a C-376/96, Receuil, s. I-8453, bod 51)].

29 — Viz především rozsudek ze dne 21. října 2004, Komise v. Lucembursko (C-445/03, Sb. rozh. s. I-10191, bod 29 a citovaná judikatura), jakož i ze dne 21. září 2006, Komise v. Rakousko (C-168/04, Sb. rozh. s. I-9041, bod 47).

30 — Výše uvedený rozsudek Wolff & Müller, (bod 41).

31 — Tamtéž (bod 42). Soudní dvůr se v této věci odvolává na páté odůvodnění směrnice 96/71, které podle něj ukazuje, že tyto dva cíle mohou být sledovány současně.

32 — Rozsudek ze dne 19. ledna 2006, Komise v. Německo (C-244/04, Sb. rozh. s. I-885, bod 61). Viz o vývoji této judikatury 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, Paříž, 2006, s. 435.

povinnost, kterou zemský zákon ukládá úspěšným uchazečům a nepřimo jejich subdodavatelům, dodržovat kolektivní smlouvu použitelnou v místě plnění, je opodstatněna naléhavým důvodem obecného zájmu.

111. V tomto ohledu připomínám, že podle uvedeného soudu je hlavním cílem právní úpravy dotčené v původním řízení ochrana německých stavebních podniků před hospodářskou soutěží z jiných členských států. Takový hospodářský účel přitom nepředstavuje naléhavý důvod obecného zájmu, který odůvodňuje omezení volného pohybu služeb.

112. Mimoto má uvedený soud za to, že povinnost dodržovat v místě plnění kolektivní smlouvu, která stanovuje minimální mzdu vyšší, než jsou minimální mzdy používané na území Spolkové republiky Německo na základě AEntG, překračuje úroveň nezbytnou k ochraně pracovníků. Domnívá se totiž, že to, co je nezbytné k ochraně pracovníků, je vymezeno povinnou minimální mzdou, jako je mzda, která se musí na území Spolkové republiky Německo uplatňovat na základě AEntG.

113. S analýzou takto navrženou předkládajícím soudem, která ve své podstatě podporuje polskou vládu, se neztotožňuji.

114. Naopak se domnívám, že napadená ustanovení zemského zákona jasně zaručují dosažení cílů, které spočívají v ochraně pracujících a předcházení sociálnímu dumpingu, a nepřekračují meze toho, co je k dosažení těchto cílů nezbytné.

115. Je pravda, že podle ustálené judikatury není možno opatření představující omezení volného pohybu služeb odůvodnit takovým cílem hospodářské povahy, jakým je ochrana vnitrostátních podniků³³. Avšak Soudní dvůr se současně domnívá, že záměr zákonodárce, tak jak se projevil v průběhu politických debat, které předcházely přijetí zákona, nebo v důvodové zprávě k tomuto zákonu, nemůže být rozhodující, ale může pouze naznačovat cíl sledovaný uvedeným zákonem³⁴. Předkládajícímu soudu, který se dotazuje na cíl skutečně sledovaný zákonodárcem, přísluší, aby ověřil, zda objektivně vzato dotčená právní úprava zajišťuje ochranu vyslaných pracovníků³⁵, nebo v širším pojetí předchází sociálnímu dumpingu.

116. Co se tedy týče vyjádření předkládajícího soudu, podle kterého je hlavním cílem dotčených zákonných ustanovení ochrana

33 — Rozsudek ze dne 25. října 2001, Finalarte a další (C-49/98, C-50/98, C-52/98 až C-54/98 a C-68/98 až C-71/98, Recueil, s. I-7831, bod 39), a ze dne 24. ledna 2002, Portugaia Construções (C-164/99, Recueil, s. I-787, bod 26).

34 — Výše uvedený rozsudek Portugaia Construções (bod 27 a citovaná judikatura).

35 — Výše uvedený rozsudek Portugaia Construções (bod 28 a citovaná judikatura).

německých stavebních podniků před hospodářskou soutěží z jiných členských států, tomuto soudu přísluší, aby ověřil zda objektivně vzato uvedená ustanovení zajišťují ochranu vyslaných pracovníků. V tomto ohledu je důležité ověřit, zda uvedená ustanovení přinášejí dotčeným pracovníkům skutečnou výhodu, která výrazně přispívá k jejich sociální ochraně³⁶.

ochranu tím, že by jim poskytlo jednoznačně vyšší mzdu, než je ta, která je jim běžně vyplácena ve státě, ve kterém má sídlo jejich zaměstnavatel. Tento zákon se mi proto jeví jako vhodný pro zajištění ochrany vyslaných pracovníků.

117. Pro určení existence takovéto výhody, která představuje skutečnou dodatečnou ochranu vyslaných pracovníků³⁷, musí předkládající soud posoudit rovnocennost a v podstatě srovnatelnou povahu ochrany již těmto pracovníkům poskytnutou, co se týče jejich odměny, právními předpisy nebo kolektivními smlouvami, které platí ve státě usazení poskytovatele služeb. V rámci tohoto posouzení se musí zohlednit výše hrubé mzdy³⁸.

119. Uvedený zákon je podle mě rovněž vhodný k předcházení sociálnímu dumpingu v rozsahu, v němž má za cíl především vyrovnávat podmínky, za kterých poskytovatelé služeb usazení v Německu nebo v jiném státě musí odměňovat pracovníky v rámci plnění veřejné zakázky. Takto zaručuje, že na jednom staveništi budou místní i vyslaní pracovníci odměňováni stejným způsobem.

118. V tomto ohledu připomínám, že z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že společnosti PKZ byla vytýkána skutečnost, že 53 dělníkům pracujícím na stavbě vyplatila pouze 46,57 % platné minimální mzdy. Za těchto okolností se zdá prokázané, že dodržování zemského zákona by těmto pracovníkům přiznalo skutečnou dodatečnou

120. Skutečnost, že Land Niedersachsen zvolila ve svém zákoně o zadávání veřejných zakázek odkaz na zvláštní kolektivní smlouvu odlišnou od TV Mindestlohn, v důsledku čehož se minimální mzda, která má být dodržena úspěšnými uchazeči a jejich subdodavateli v místě plnění, stává vyšší než běžná mzda platná na území Spolkové republiky Německo v odvětví stavebnictví, se sama o sobě s ohledem na právo Společenství nejví jako zpochybnitelná.

36 — Viz výše uvedený rozsudek Wolff & Müller (bod 38).

37 — Výše uvedený rozsudek Finalarte a další (bod 45).

38 — Rozsudek ze dne 14. dubna 2005, Komise v. Německo (C-341/02, Sb. rozh. s. I-2733, bod 29).

121. Je těžké popřít, že záruka vyšší mzdy pro vyslané pracovníky je vhodná pro zajištění jejich ochrany³⁹. Z širšího hlediska pak není možné opomenout, že čl. 136 první pododstavec ES stanoví, že „Společenství a členské státy, vědomy si základních sociálních práv [...] mají za cíl [...] zlepšování životních a pracovních podmínek tak, aby bylo možno tyto podmínky vyrovnat a přitom udržet jejich zvýšenou úroveň, přiměřenou sociální ochranu, sociální dialog [...]“.

122. Mimoto se mi nezdá, že by napadená ustanovení zemského zákona šla nad rámec toho, co je nezbytné pro zaručení ochrany pracovníků a předcházení sociálnímu dumpingu.

123. Tato ustanovení mají ve skutečnosti za cíl učinit mzdy použitelné na základě zvláštní kolektivní smlouvy platné v místě plnění, závaznými pro poskytovatele služeb účastníci se plnění veřejné zakázky. Pro tento účel stanovují jednak, že smlouvy o provedení stavebních prací jsou uzavírány pouze s takovými uchazeči, kteří se písemně zaváží, že svým zaměstnancům

a zaměstnancům vyplatí za provedení těchto prací přinejmenším mzdu, kterou stanoví kolektivní smlouvy platná v místě plnění a že své subdodavatele zaváží k téže povinnosti. A dále, že porušení této povinnosti má za následek odstupňované sankce, které mohou jít od uplatnění smluvní pokuty až po zrušení smlouvy.

124. Podle mého názoru nelze dosáhnout cílů ochrany pracovníků a předcházení sociálnímu dumpingu tak účinným způsobem prostřednictvím méně závazných pravidel, která méně omezují volný pohyb služeb.

125. Mimoto, jak Irsko uvedlo ve svých písemných vyjádřeních⁴⁰, žádá skutečnost nenaznačuje tomu, že s ohledem na relevantní ukazatele, jako je index životních nákladů, je minimální mzda požadovaná na základě zvláštní kolektivní smlouvy, na kterou odkazuje zemský zákon, vzhledem k minimální mzdě stanovené v TV Mindestlohn, nepřiměřená.

126. Nezdá se mi, že by předcházející analýza mohla být zpochybněna argumentem Komise, podle kterého zemský zákon, jehož cílem je uložit náročnější pracovní podmínky

39 — Jak naznačuje německá vláda v bodě 63 svých písemných vyjádření, kromě skutečnosti, že zvláštní kolektivní smlouvy upravují vyšší minimální mzdu, je rovněž zajímavé poznamenat, že cíl směřující k ochraně pracovníků spočívá rovněž ve skutečnosti, že tyto kolektivní smlouvy umožňují odměnu, která je více odstupňovaná a uzpůsobená vykonané práci. Připomínám, že v tomto ohledu je mzdová tabulka obsažená v těchto kolektivních smlouvách podrobnější než tabulka obsažená v TV Mindestlohn a stanovuje úroveň mezd podle různých skupin zaměstnání.

40 — Bod 26.

pouze vyslaným pracovníkům, kteří jsou zaměstnaní v rámci veřejné zakázky, to znamená v úseku hospodářského života, nemůže odpovídat naléhavému obecnému zájmu ve smyslu článku 49 ES ani není schopen takový zájem následovat.

127. Jak Komise uvedla během jednání, zemskému zákonu vytýká vytváření diskriminace mezi pracovníky v odvětví stavebnictví, podle toho zda je investor veřejný, nebo soukromý. Pokud bylo záměrem Land Niedersachsen skutečně ochránit pracovníky, měla by se, podle názoru tohoto orgánu, působnost tohoto typu opatření rozšířit na všechny pracovníky v tomto odvětví.

128. S tímto argumentem nemohu souhlasit, a to z následujících důvodů.

129. Zaprvé, během jednání bylo potvrzeno, že pokud k tomu nemá zmocnění, nemá Land Niedersachsen pravomoc prohlásit kolektivní smlouvu za všeobecně použitelnou. Přijetím napadených ustanovení zemského zákona se tedy Land Niedersachsen snažila kolektivní smlouvu použitelnou v místě plnění učinit závaznou v oblasti, která spadá do její pravomoci, tedy v oblasti veřejných zakázek, ať již tato kolektivní smlouva byla, či nebyla prohlášena za všeobecně použitelnou.

130. Zadruhé, argument, že zde existuje diskriminace mezi pracovníky v odvětví stavebnictví podle toho, zda je investor veřejný, nebo soukromý, se vzhledem k právu Společenství nejeví relevantní.

131. Tak, jak jsem již uvedl, je důležité, aby zemský zákon dodržoval zásadu zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti, a podroboval tak poskytovatele služeb stejné povinnosti dodržovat minimální mzdu použitelnou v místě plnění, ať je usazený v Německu, nebo v jiném členském státě. Jinak řečeno, jeví se rozhodující, že v rámci plnění veřejné zakázky jsou místní i vyslaní pracovníci odměňováni ve stejné výši. Právě tady by měl být podle mého názoru umístěn kurzor umožňující odhalit existenci případné diskriminace, která je v rozporu s právem Společenství.

132. Zatřetí, pokud je pravda, že hlavním cílem veřejných zakázek je uspokojení shledané potřeby správní povahy v oblasti stavebních prací, služeb nebo dodávek, zadávání veřejných zakázek stejně tak dovoluje uspokojovat další potřeby obecného zájmu, ať už například z titulu politiky životního

prostředí, nebo, jak je tomu v tomto případě, v sociální oblasti⁴¹.

týkat zejména sociálních faktorů a životního prostředí.“⁴³

133. Možnost začlenit sociální požadavky v oblasti veřejných zakázek již Soudní dvůr uznal⁴² a tato možnost je od nynějška zakotvena ve směrnici 2004/18. Tato směrnice totiž obsahuje článek 26 nazvaný „Podmínky plnění zakázky“, který zní takto:

„Veřejní zadavatelé mohou stanovit zvláštní podmínky pro plnění zakázky za předpokladu, že jsou slučitelné s právem Společenství a jsou uvedeny v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci. Podmínky, kterými se řídí plnění zakázky, se mohou

134. V rozsahu, v němž podmínka plnění zakázky týkající se minimální mzdy pracovníků, tak jak je stanovena v napadených ustanoveních zemského zákona, dodržuje zásadu zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti, a pokud dodržuje zásadu transparentnosti, musí být podle mého názoru považovaná za podmínku v souladu s právem Společenství.

135. Co se týče zásadu transparentnosti je podle mého názoru důležité, aby kolektivní smlouvy, jejichž dodržování se vyžaduje, byly natolik přesné a dostupné, aby zaměstnavatelé v praxi neznemožňovali nebo příliš neztěžovali zjištění povinností, které musí dodržovat⁴⁴. Předkládajícímu soudu přísluší ověřit, zda je tomu tak v projednávaném případě⁴⁵.

41 — Viz v tomto smyslu Martinez, V., „Les péripéties du critère social dans l'attribution des marchés publics“, *Contrats publics*, v *Mélanges en l'honneur de prof. Michel Guibal*, vol. II, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, s. 251 a 252. Autor především uvádí myšlenku, podle které může veřejná zakázka vytvořit prostředek boje proti nezaměstnanosti a vylučování, což potom může sloužit jako „pilíř ve prospěch rozvoje zaměstnanosti“.

42 — Rozsudek ze dne 20. září 1988, Beentjes (31/87, Recueil, s. 4635), a ze dne 26. září 2000, Komise v. Francie (C-225/98, Recueil, s. I-7445). Viz k této judikatuře a jejímu převzetí do francouzského práva, Pongérard-Payet, H., „Critères sociaux et écologiques des marchés publics: droits communautaire et interne entre guerre et paix“, *Europe* č. 10, říjen 2004, Étude 10.

43 — Rovněž se odvolávám na třicátý třetí bod odůvodnění této směrnice, podle něhož: „Podmínky plnění zakázky jsou slučitelné s touto směrnicí, pokud nejsou přímo, nebo nepřímo diskriminační a pokud jsou uvedeny v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci.“ Ve výše uvedeném rozsudku Beentjes již Soudní dvůr rozhodl, že pro dosažení cíle spočívajícího v zajištění rozvoje účinné soutěže v oblasti veřejných zakázek, „musí být kritéria a podmínky, kterými se každá veřejná zakázka řídí, zadavatelem zveřejněny odpovídajícím způsobem“ (bod 21).

44 — Viz v tomto smyslu, co se týče trestních stíhání, výše uvedený rozsudek Arblade a další (bod 43).

45 — V tomto ohledu připomínám, že závazek přijatý uchazečem se vztahuje na mzdu platnou v místě plnění na základě kolektivní smlouvy uvedené v seznamu reprezentativních kolektivních smluv pod č. 1 „Stavebnictví a veřejné práce“.

IV – Závěry

136. Vzhledem k předcházejícím úvahám navrhuji, aby Soudní dvůr na předběžnou otázku položenou Oberlandesgericht Celle odpověděl následovně:

„Směrnice Evropského parlamentu a Rady 96/71/ES ze dne 16. prosince 1996 o vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb, jakož i článek 49 ES musí být vykládány ve smyslu, že nebrání takovému vnitrostátnímu právnímu předpisu, jakým je zákon Land Niedersachsen o zadávání veřejných zakázek, který ukládá úspěšným uchazečům a nepřímo jejich subdodavatelům, aby vypláceli svým vyslaným pracovníkům v rámci plnění veřejné zakázky přinejmenším takovou odměnu, jaká je v místě plnění stanovená platnou kolektivní smlouvou, pod hrozbou sankce, která může vést až k vypovězení smlouvy o provedení stavebních prací, pokud kolektivní smlouva, na kterou odkazuje tento právní předpis, není prohlášena za všeobecně použitelnou.

Předkládajícímu soudu přísluší, aby ověřil zda tento právní předpis opravdu přináší vyslaným pracovníkům skutečnou výhodu, která výrazně přispívá k jejich sociální ochraně, a zda se v rámci provádění uvedeného předpisu dodržuje zásada transparentnosti a dotyčné podmínky plnění zakázek.“