

Outsourcing pracowniczy w branży IT

Outsourcing pracowniczy cieszy się zainteresowaniem wśród przedsiębiorców, którzy poszukują metod ograniczenia kosztów prowadzenia działalności oraz zwiększenia elastyczności w nawiązywaniu współpracy, w zależności od bieżącego zapotrzebowania na specjalistów z określonych dziedzin. Konieczność zaangażowania w tworzenie oprogramowania ekspertów z wielu stref, a także duża konkurencyjność na rynku powoduje, że outsourcing jest szczególnie atrakcyjny dla podmiotów z branży IT.

I. Regulacje prawne

W przepisach prawa polskiego, zasadniczo brak jest definicji legalnej „outsourcingu pracowniczego”.

Zgodnie z zasadą swobody zawierania umów (art. 353¹ Kodeksu cywilnego), strony mogą ułożyć stosunek prawny wedle swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Powyższe oznacza, iż nie ma generalnego zakazu zawierania umów outsourcingu, jednak podmioty decydujące się na taką współpracę muszą zadbać o zminimalizowanie ryzyka związanego z możliwością uznania outsourcingu za obejście przepisów (w szczególności przepisów z zakresu prawa pracy). Z zasadą swobody umów związana jest także swoboda wyboru formy jej zawarcia (gdy przepisy prawa nie zastrzegają formy szczególnej) – należy mieć jednak na uwadze, że forma pisemna jest najbezpieczniejsza ze względów dowodowych.

Próbując zdefiniować pojęcie „outsourcingu pracowniczego”, wskazać należy, że jest to w istocie powierzenie przedsiębiorcy zewnętrznemu wykonaniu ściśle określonych (wyodrębnionych) czynności związanych z działalnością przedsiębiorcy zlecającego, z wykorzystaniem pracowników tego przedsiębiorcy zewnętrznego.

II. Zalety outsourcingu

Do niewątpliwych zalet wykorzystywania outsourcingu pracowniczego należą między innymi:

- minimalizacja kosztów prowadzenia działalności, przez ograniczenie kosztów stałych (w tym kosztów związanych ze stosunkiem pracy) na rzecz kosztów zmiennych (których wysokość jest uzależniona od faktycznego korzystania z usług outsourcingera),
- relatywnie szybsza możliwość pozyskania poszukiwanych profesjonalistów, niż w przypadku prowadzenia rekrutacji w tradycyjnej formie,
- efektywniejsze wykorzystanie wewnętrznych teamów insourcera,
- optymalizacja czasu pracy nad grą, poprzez równoległe wykonywanie wielu zadań,
- podział ryzyka pomiędzy insourcera a outsourcingera.

III. Ryzyka związane z outsourcingiem oraz sposoby ich minimalizacji

- **uznanie pracowników outsourcingera za pracowników insourcera**

Pierwszym i kluczowym zagrożeniem związanym z outsourcingiem pracowniczym jest możliwość uznania pracowników outsourcera za pracowników insourcera. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że dla ustalenia istnienia stosunku pracy pomiędzy określonymi podmiotami istotne jest zbadanie, czy zachodzi pomiędzy nimi relacja, której elementy charakterystyczne zostały wskazane w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, a więc: (i) czy pracownik wykonuje pracę określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę oraz czy (ii) pracodawca zatrudnia pracownika za wynagrodzeniem. Dla ustalenia istnienia stosunku pracy pomiędzy określonymi podmiotami nie jest więc istotne nazewnictwo umowy, ale funkcjonowanie faktycznej relacji opartej na elementach wskazanych powyżej.

Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku SN z dnia 27 stycznia 2016 r. (sygn. akt: I PK 21/15): „(...) Podstawową cechą odróżniającą outsourcing pracowniczy od zatrudnienia pracowników własnych lub też świadczenia pracy przez pracowników tymczasowych jest brak bezpośredniego i stałego podporządkowania (zarówno prawnego, jak i faktycznego) wykonawców w stosunku do podmiotu (insourcera), u którego takie usługi lub praca są wykonywane. W przypadku skierowania pracownika przez outsourcera do pracy w innym podmiocie, pracownik ten może podlegać jedynie pośredniemu i krótkotrwałemu zwierzchnictwu w nowym miejscu pracy.”

Z powyższego jednoznacznie wynika, że aby uniknąć zarzutów obchodzenia prawa pracy niedopuszczalna jest sytuacja, w której pracownicy podmiotu świadczącego usługi, będą podlegali **bezpośredniemu kierownictwu insourcera** – przede wszystkim więc insourcer nie powinien wydawać pracownikom wykonawcy poleceń dotyczących wykonywania pracy, a także prowadzić ewidencji czasu ich pracy. Kontrola wykonywanych zadań (np. na potrzeby rozliczeń finansowych) powinna odbywać się pomiędzy insourcerem, a outsourcerem, zaś podmiotem monitorującym czas pracy pracowników powinien być każdorazowo outsourcer. Podobnie, podmiot zlecający nie powinien określać miejsca świadczenia pracy pracowników outsourcera (podczas wykonywania zleconego zadania). Dla ustalenia podporządkowania pracownika określonemu podmiotowi istotna jest także trwałość takiego podporządkowania – wskazuje się bowiem, iż incydentalne kierownictwo (insourcera) nie przesądza o pozorności stosunku outsourcingu – należy jednak zadbać, aby podporządkowanie pracowników outsourcera faktycznie miało charakter krótkotrwały i doraźny.

Ponadto, dla uniknięcia wszelkich wątpliwości, outsourcer powinien posiadać narzędzia oraz know-how konieczne do prowadzenia zleconej mu działalności. Oznacza to, że wątpliwości organów kontroli budzić może przykładowo – wykorzystywanie do realizacji zlecenia sprzętu insourcera.

Reasumując, w sytuacji gdy relacja łącząca insourcera z pracownikami outsourcera (w sensie formalnym) nosi cechy określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, taki pracownik (ale także właściwy inspektor pracy) będzie mógł wystąpić z powództwem o ustalenie istnienia stosunku pracy.

➤ **przejście zakładu pracy w rozumieniu art. 23¹ Kodeksu pracy**

Powierzenie podmiotom zewnętrznym zadań wykonywanych dotychczas samodzielnie przez pracodawcę może prowadzić do przejścia części zakładu pracy w rozumieniu art. 23¹ Kodeksu pracy, szczególnie gdy zlecenie jest wykonywane przez byłych pracowników insourcera. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 23¹ Kodeksu pracy – w razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę – co do zasady staje się on z mocy prawa stroną w dotychczasowych



WGO LEGAL

stosunkach pracy. Na skutek tego – pracownicy tej części zakładu pracy z dniem przejścia stają się z mocy prawa pracownikami podmiotu przejmującego.

Ocena, czy na skutek zawarcia lub wykonywania umowy outsourcingu doszło do przejścia części zakładu pracy zależy od tego czy określona część zakładu pracy zachowała swoją tożsamość, a w szczególności (zależnie od tego czy działanie jednostki gospodarczej opiera się głównie na pracy ludzkiej, czy na składnikach majątkowych) – czy nowy usługodawca przejął decydującą o jej zachowaniu część pracowników lub majątku (wyposażenia materialnego) przejmowanej jednostki [tak: wyrok SN z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt: III PK 101/14].

Sąd Najwyższy w wyroku z 13 kwietnia 2010 r. (sygn. akt: I PK 210/09) uznał, że powierzenie przez pracodawcę wykonywania zadań pomocniczych podmiotowi zewnętrznemu świadczącemu usługi w tym zakresie (outsourcing) nie może stanowić przejścia zakładu pracy na innego pracodawcę, jeżeli nie przemawia za tym kompleksowa ocena takich okoliczności, jak rodzaj zakładu, przejęcie składników majątkowych i niematerialnych, przejęcie większości pracowników, przejęcie klientów, a zwłaszcza stopień podobieństwa działalności prowadzonej przed i po przejęciu zadań.

Celem uniknięcia zarzutu dotyczącego przejścia części zakładu pracy w rozumieniu art. 23¹ Kodeksu pracy, należy przede wszystkim korzystać z usług firmy outsourcingowej, która specjalizuje się w określonej dziedzinie, w tym posiada niezbędne narzędzia, wiedzę oraz własny, wykwalifikowany personel.

➤ **uznanie pracowników outsourcera za pracowników tymczasowych insourcera**

W kontekście pracy tymczasowej istotną regulacją prawną jest ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych [dalej: UZPT], która kompleksowo reguluje taką formę świadczenia pracy. Zgodnie z art. 1 przywołanego aktu prawnego, w przypadku stosunku pracy tymczasowej mamy do czynienia z trzema podmiotami:

- pracownikiem tymczasowym,
- agencją pracy tymczasowej,
- pracodawcą użytkownikiem.

W takim stosunku prawnym to agencja pracy tymczasowej jest formalnym pracodawcą dla pracownika, natomiast pracodawca użytkownik nie jest pracodawcą w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy, jednak de facto to on wyznacza pracownikowi zadania i kontroluje ich wykonanie. Istotnym odstępstwem w stosunku do wykonywania pracy na podstawie „tradycyjnej” umowy o pracę jest, w przypadku pracy tymczasowej, okres jej trwania – zgodnie z art. 20 ust. 1 UZPT – agencja pracy tymczasowej może skierować danego pracownika tymczasowego do wykonywania pracy tymczasowej na podstawie umowy o pracę (oraz umowy cywilnoprawnej) na rzecz jednego pracodawcy użytkownika przez okres nieprzekraczający łącznie 18 miesięcy w okresie obejmującym 36 kolejnych miesięcy.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż w przypadku gdy insourcer wydaje polecenia i w szerokim znaczeniu kieruje pracą pracowników – istnieje ryzyko uznania, że umowa outsourcingu została zawarta w celu obejścia przepisów dotyczących świadczenia pracy tymczasowej. W tym miejscu pozostają więc aktualne uwagi wskazane w podpunkcie „**uznanie pracowników outsourcera za pracowników insourcera**”.



WGO LEGAL

IV. Podsumowanie

Podsumowując, mimo iż outsourcing stanowi interesujące rozwiązanie i realną alternatywę dla posiadania rozbudowanego działu osobowego, należy każdorazowo wprowadzać do umów outsourcingowych szczegółowe postanowienia, które zminimalizują lub nawet pozwolą uniknąć zarzutów dotyczących obejścia regulacji dotyczących świadczenia pracy oraz przejścia części zakładu pracy. Należy także mieć na uwadze, że dla oceny charakteru danej umowy istotna jest nie tylko jej treść, ale także sposób jej wykonywania.

**Aplikant radcowski
Laura Mańkowska**