



DR SZYMON KUBIAK
radca prawny, wspólnik,
LL.M. (Harvard),
praktyka prawa pracy



KATARZYNA MAGNUSKA
radca prawny,
praktyka prawa pracy

Jeżeli nie praca tymczasowa, to może external workbench?

Jednym z największych wyzwań dla polskich przedsiębiorców w pandemicznej i coraz bardziej inflacyjnej rzeczywistości jest pozyskanie wykwalifikowanej kadry. Firmy muszą zwracać uwagę na ograniczone budżety, co nie sprzyja zwiększaniu stałych wakatów w firmach i pozyskiwaniu talentów. Z tego względu rozwiązaniem zyskującym na popularności jest outsourcing pracowników – a właściwie cały wachlarz jego form.

Zatrudnię od zaraz – ale nie ma kogo...

Brak rąk do pracy doskwiera firmom przede wszystkim z sektora IT, handlu, produkcji i budownictwa. Według różnych szacunków w całej Unii Europejskiej brakuje ok. 600 tys. programistów, a w samej Polsce – ok. 50 tys. specjalistów IT. Taka liczba nieobsadzonych wakatów nie pozwala na pełen rozwój polskiej gospodarki i wykorzystanie przez firmy ich potencjału. Znane są przykłady, również w Polsce, gdzie aby pozyskać wykwalifikowanych pracowników, podmioty (głównie zagraniczne) nabywały całe spółki o poszukiwanym przez siebie profilu działalności.

Jednocześnie jednak coraz bardziej niestabilna sytuacja gospodarcza i ciągłe zmiany prawa, skutkujące niepewnością co do skali wzrostu kosztów prowadzenia działalności, zniechęcają nawet optymistycznie nastawionych przedsiębiorców do zwiększania stałego zatrudnienia. Szczególnie w dobie pandemii coraz powszechniej stosowanym rozwiązaniem jest outsourcing personelu – we wszystkich swoich przejawach.

Outsourcing pracowników w polskim prawie

Na rynku outsourcing personelu występuje pod różnymi tajemniczymi nazwami – jako usługi leasingu pracowników (ang. *employee / staff leasing*), *Employer-of-Record*, *external workbench*, *resource sourcing*, *pooling of experts*, *staffing* czy bardziej ogólnie usługi konsultingu w danym obszarze. Kluczową cechą łączącą te usługi jest to, że jedna firma (odbiorca usługi) zarządza pracą „wypożyczonych” pracowników i korzysta z efektów ich pracy, natomiast formalnie osoby te pozostają w zatrudnieniu z innym podmiotem, na którym spoczywają wszelkie obowiązki prawne

>>

i administracyjne związane z zatrudnieniem (tj. nie istnieje bezpośredni stosunek umowny pomiędzy beneficjentem usług a wypożyczonym pracownikiem).

W tym zakresie polskie prawo nie nadąża w naszej ocenie za powszechną już praktyką rynkową. Jedyną konstrukcją uregulowaną w prawie pracy, która przewiduje korzystanie z wyników pracy pracowników lub zleceniobiorców formalnie zatrudnionych w innej firmie, jest praca tymczasowa uregulowana w ustawie o zatrudnianiu pracowników tymczasowych z 9 lipca 2003 r. Z perspektywy rynku pracy jest to regulacja nieco anachroniczna. Ustawową pracą tymczasową cechują bowiem nadmiarowe jak się wydaje ograniczenia czasowe (pracodawca-użytkownik może korzystać z pracy danego pracownika tymczasowego co do zasady jedynie przez łącznie 18 miesięcy w okresie kolejnych 36 miesięcy) oraz uciążliwe formalności po stronie pracodawców-użytkowników związane z korzystaniem z pracy czasowników.

Zalety outsourcingu

Inaczej niż praca tymczasowa, outsourcing personelu jest atrakcyjny dla przedsiębiorców, ponieważ:

- nie ma ograniczeń czasowych w korzystaniu z usług realizowanych przez wypożyczone osoby,
- rozliczenie za usługi między spółkami następuje na zasadach płatności za roboczogodzinę i ewentualnie poniesione koszty (ang. *time & material basis*), co pozwala lepiej zaplanować i kontrolować budżety przeznaczone na dany projekt,
- w ramach outsourcingu spółki mogą sobie wypożyczać osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą (ang. *freelancers, independent contractors*), co jest szczególnie ważne w branży IT, gdzie jest to obecnie dominujący model współpracy,

- zasady współpracy między firmą-beneficjentem usług i podmiotem wypożyczającym swoich pracowników są przedmiotem negocjacji między stronami, a prawo nie narzuca tu minimalnych warunków (treści) umowy. Inaczej też niż przy wysoce regulowanej pracy tymczasowej, spółkami wypożyczającymi nie są wyłącznie agencje pracy ani nawet podmioty, których model biznesowy (główny profil działalności) polega na udostępnianiu wykwalifikowanej kadry (w internecie można znaleźć już platformy ułatwiające kojarzenie firm poszukujących specjalistów do określonych projektów z przedsiębiorcami, którzy są gotowi wypożyczyć swój personel).

Przedsiębiorcy korzystający z zewnętrznego wsparcia kadrowego wskazują również, że przewagą outsourcingu jest możliwość korzystania z większej, bardziej zróżnicowanej puli talentów (np. specjaliści IT niechętnie podchodzą do zatrudnienia w formie pracy tymczasowej, a o zatrudnieniu na umowie o pracę cenieni specjaliści z tej branży często nie chcą nawet słyszeć). Pozwala to na wymianę doświadczeń i przyczynia się do powstawania innowacyjnych rozwiązań. Do tego dochodzi lepsza jakość usług przy niższym ich koszcie, a także możliwość lepszego dopasowania oferowanych usług i rozwiązań organizacyjnych do potrzeb konkretnego odbiorcy lub danego projektu, szczególnie projektów ściśle związanych z lokalnymi uwarunkowaniami.

Na polskim rynku funkcjonują już podmioty, których działalność jest w przeważającej mierze oparta na kadrze wypożyczonej z innych podmiotów. Rodzi to oczywiście ryzyko, że w razie zerwania współpracy (np. wskutek nabycia wypożyczającego przez konkurenta odbiorcy usług) beneficjent usług może nie być w stanie kontynuować swojego biznesu w dotychczasowym zakresie lub wywiązać się z zobowiązań wobec swoich kontrahentów.

Doradzając naszym klientom, widzimy, jak zróżnicowane modele współpracy funkcjonują w Polsce. Nierzadko nie jest to doradza na współpraca jedynie na potrzeby jednego projektu, ale więź gospodarcza obliczona na wiele lat, ze starannie zaplanowaną strategią, gdzie outsourcing pracowników jest kluczowym elementem szybkiego wejścia na polski rynek i zdobycia na nim przewagi konkurencyjnej przez odbiorcę usługi.

W fazie wzrostowej przedsiębiorstwa dzięki outsourcingowi można szybko pozyskać personel o kwalifikacjach niezbędnych do rozwoju działalności, a następnie wyszkolić najlepszych z wypożyczonych pracowników odpowiednio do swoich potrzeb. Tytułem przykładu jeden z klientów kancelarii wspólnie z podmiotem udostępniającym pracowników stworzył nawet specjalny program szkoleniowy, który pozwolił wyłonić w ramach outsourcingu najlepszych kandydatów, by na dalszym etapie rozwoju przedsiębiorstwa zaproponować im stałe zatrudnienie już bezpośrednio u siebie.

Outsourcing a praca tymczasowa

Usługi firm oferujących outsourcing pracowników zazwyczaj spełniają kryteria uznania ich za ustawową pracę tymczasową. Jednak firmy outsourcingowe konsekwentnie odżegnują się od tego określenia i kwalifikują swoje usługi właśnie jako outsourcing usług.

Pandemiczne realia, w tym jeszcze rzadsze kontrole ze strony organów państwowych (przede wszystkim przeciążonej Państwowej Inspekcji Pracy) i upowszechnienie się pracy zdalnej, jak też coraz bardziej wyrafinowane modele współpracy między przedsiębiorcami, przyczyniły się do dalszego wzrostu popularności outsourcingu. Nie oznacza to, że podmioty oferujące i korzystające z outsourcingu mogą czuć się w pełni bezpieczne – znamy przypadki, gdy na skutek kontroli lub, częściej, skargi

niezadowolonego (najczęściej byłego) wypożyczanego pracownika, przedsiębiorcy korzystający z usług outsourcingu zostali pociągnięci do odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów o pracy tymczasowej lub też musieli przyznać, że istnieje bezpośredni stosunek pracy między tym podmiotem a dotychczas wypożyczanymi przez siebie osobami.

Outsourcing usług nie jest wprost uregulowany w polskim prawie. Od pracy tymczasowej różni go przede wszystkim to, że przedmiotem umowy między przedsiębiorcami nie jest udostępnienie pracowników o poszukiwanych kwalifikacjach i doświadczeniu, ale świadczenie konkretnych usług jedynie wykonywanych przez wykwalifikowanych pracowników danego podmiotu.

W wielu przypadkach granica między pracą tymczasową i outsourcingiem usług jest więc zaskakująco cienka. Kryteriami zazwyczaj brany pod uwagę przy ocenie, czy dana usługa może być zakwalifikowana jako outsourcing usług, a nie praca tymczasowa, są w szczególności:

- **przedmiot umowy.** W przypadku outsourcingu usług wypożyczani pracownicy powinni być w umowie niejako „niewidzialni”, tj. postanowienia umowne i praktyczny sposób realizacji umowy nie powinny wprost odnosić się do zewnętrznego personelu ani jego zawodowych umiejętności, doświadczenia lub innych osobistych przymiotów, a sposób rozliczenia usług nie powinien opierać się na czasie pracy (roboczegodzinach) przepracowanym przez określoną liczbę osób na konkretnych stanowiskach. Upraszczając, z umowy o świadczenie usług outsourcingu powinno wynikać, że beneficjenta tych usług interesuje wyłącznie zrealizowanie usług zgodnie z danymi parametrami ilościowymi, jakościowymi czy też technologicznymi, a nie to, kto te usługi faktycznie realizuje w imieniu kontrahenta. Nie stoi to

na przeszkodzie takiemu określeniu w umowie wymogów co do jakości i zakresu usług, który pośrednio (w praktyce często bardzo skutecznie) wymusza zaangażowanie osób o odpowiednich kwalifikacjach, albo wręcz określonych osób (choć w takim przypadku wkraczamy już w obszar podwyższonego ryzyka). Odpowiednie ukształtowanie postanowień umowy outsourcingu i stosowanych praktyk pozwoli na uzyskanie podobnego rezultatu jak praca tymczasowa, przy ograniczonym ryzyku uznania modelu współpracy za pracę tymczasową.

- **zarządzanie wypożyczanym personelem.** W przypadku outsourcingu udostępnieni pracownicy pozostają pod wyłącznym nadzorem podmiotu formalnie zatrudniającego te osoby, a nie beneficjenta usług. Tym samym w modelu outsourcingu odbiorca usług powinien powstrzymać się co do zasady od wydawania wypożyczonym pracownikom poleceń i bieżącego zarządzania ich pracą. W wielu przypadkach jednak takie rozwiązanie nie będzie odpowiadać potrzebom przedsiębiorstwa korzystającego z zewnętrznego personelu. Pewnym rozwiązaniem jest funkcjonująca na rynku praktyka wyznaczania przez podmiot wypożyczający swój personel kierownika projektu (ang. *contact/coordination manager*) dedykowanego do danego klienta, który na co dzień w siedzibie klienta kieruje pracą udostępnionych pracowników i jest osobą do kontaktu dla klienta.

Przyszłość outsourcingu

Na przykładzie branży IT widać, jak dynamicznie rozwija się rynek usług outsourcingu personelu. Jest to wynik postępującej digitalizacji (która jeszcze bardziej przyspiesza w dobie pandemii)

i zapotrzebowania na usługi IT przy ograniczonej liczbie wyspecjalizowanych fachowców.

Model pracy tymczasowej nie odpowiada na wyzwania rynku i potrzeby biznesu, co wróży dalszy rozwój outsourcingu i powstanie nowych, coraz bardziej wyrafinowanych modeli współpracy między firmami, w tym obejmujących korzystanie z pracy osób udostępnianych przez outsourcera (agencje) zlokalizowanych nawet na innym kontynencie, których wyniki pracy są udostępniane i przekazywane w rozwiązaniu chmurowym. W takim układzie insourcer (klient) nie ma nie tylko fizycznego i prawnego, ale nawet e-mailowego kontaktu z ludźmi, którzy wykonują dla niego pracę.

Agregacja i anonimizacja danych może prowadzić nawet do braku możliwości połączenia wyników pracy z konkretnym wykonawcą. To oczywiście tworzy bardzo złożony krajobraz, którego pełna ocena wymagałaby analizy w obszarach takich jak normy kolizyjne (prawo prywatne międzynarodowe), podatkowe, a także z zakresu danych osobowych. W tak złożonych stanach faktycznych prawidłowość oceny dokonywanej przez np. inspektora Państwowej Inspekcji Pracy może być istotnym wyzwaniem i w zależności od przyjętego podejścia ograniczać lub podwyższać poziom ryzyka dla klienta i agencji – to już jednak temat na zupełnie inny artykuł.

Jeżeli ustawodawca zdecydowałby się na uregulowanie outsourcingu, należałoby jedynie postulować, by przyjęte rozwiązania legislacyjne, przy zachowaniu niezbędnej ochrony pracowników, nie ograniczyły przedsiębiorcom możliwości szybkiego pozyskiwania personelu o konkretnych kwalifikacjach – w przeciwnym razie może to łatwo doprowadzić do regulacyjnego wylania dziecka z kąpielą. ●