

Geneza i konsekwencje stosowania umów zleceń w Polsce w latach 2008-2017

Raport

przygotowano przez

Federacja Przedsiębiorców Polskich
październik 2017



FEDERACJA
PRZEDSIĘBIORCÓW
POLSKICH

Spis treści

1.	GŁÓWNE TEZY RAPORTU	2
2.	WSTĘP	5
3.	DIAGNOZA	11
3.1.	Idea „taniego państwa” i jej konsekwencje	11
3.2.	Rynek zamówień publicznych w Polsce w latach 2008-2016	13
3.3.	Konsekwencje współistnienia wielu przepisów dla zamówień publicznych	16
4.	WYBRANE UWARUNKOWANIA ŚWIADCZENIA USŁUG	27
4.1.	Rozwój outsourcingu usług	28
4.2.	Regulacje wynikające z prawa zamówień publicznych	32
4.3.	Zróżnicowany klin podatkowy	35
5.	WNIOSKI Z ANALIZY STANU FAKTYCZNEGO I PRAWNEGO	42
6.	PRAKTYKA ORGANÓW KONTROLNYCH	51
7.	MOŻLIWE KONSEKWENCJE BRAKU DZIAŁANIA	55
8.	PODSUMOWANIE	63

1. GŁÓWNE TEZY RAPORTU

- Główną przyczyną zwiększania się liczby umów zleceń, w tym tych, których wykonywanie w latach 2008-2017 nie wiązało i nie wiąże się nadal z obowiązkiem odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne była błędnie sformułowana oraz w sposób nieprzemyśłany implementowana idea „taniego państwa”. Doprowadziło to do deformacji rynku pracy, w szczególności w branżach, w których jednocześnie występowały równoległe dwa czynniki ryzyka: wysoka pracochłonność (to jest wysoki udział kosztów pracy w rachunku kosztów) oraz niskie wynagrodzenia w większości na pograniczu płacy minimalnej. Dotyczy to w szczególności takich branż jak branża budowlana, szpitale, supermarkety, usługi remontowe, ochrona czy usługi sprzątania.
- W okresie 2008-2017 kolejne przepisy oraz ich praktyczne interpretacje hamowały rynkowy wzrost wynagrodzeń pracowników, szczególnie zaś tych, których pobory były zbliżone do płacy minimalnej. Systematycznie zwiększały też one presję ekonomiczną na zwiększanie zatrudnienia w oparciu o umowy zlecenia, które nie były objęte ochroną wynikającą z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, praktycznie aż do końca 2016 roku. Luka między płacą minimalną, a płacą rynkową zleceniobiorcy w każdym kolejnym roku podatkowym zwiększała się, osiągając swoje apogeum w 2016 roku, gdy wyniosła średnio 32%, a w branży ochrony nawet powyżej 50%.
- Dostępne dane statystyczne potwierdzają, że poszczególne różne przepisy prawa takie jak prawo zamówień publicznych, ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych czy przepisy o minimalnym wynagrodzeniu wymuszały działania zmierzające do obniżania kosztów pracy. Podkreślając, że działania podjęte przez rządzących od 2016 roku ograniczyły wartość nieoskładkowanych umów zlecenia o 25%, to dalej pozostawiono średnio ponad 32% umów zlecenia nieoskładkowanych. Dopiero w 2017 roku, obejmując umowy zlecenia ochroną ustawową w zakresie stawki minimalnej Państwo Polskie rozpoczęło proces powolnego poprawiania sytuacji płacowej najniżej zarabiających. Jednakże, aby uzyskać zasadniczą oraz rzeczywistą poprawę sytuacji wymagana jest dalej idąca zmiana przepisów.

- W latach 2008-2017 przepisy kształtujące rynek pracy, zwłaszcza w segmentach, gdzie wynagrodzenia za pracę były najniższe nie nadążyły za dynamicznie zmieniającymi się mechanizmami rynkowymi powodującymi rosnącą konkurencyjność, np.: outsourcing usług, odseparowanie zamawiających od odpowiedzialności za warunki pracy i płacy pracowników wykonujących usługi dla niego przez outsourcera - wykonawcę. Przepisy przestały chronić pracownika, ich regulacje stały się niewystarczające dla uregulowania rynku. Sprzeczne interpretacje wydawane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych oraz niejednolite i zróżnicowane wyroki sądów powszechnych doprowadziły do pogłębienia niepewności i ograniczenia zaufania ubezpieczonych oraz przedsiębiorców do Państwa Polskiego. Przepisy wymuszały na pracodawcach podjęcie działań mających na celu optymalizację kosztów pracy tak, aby możliwe było spełnienie kosztowych oczekiwań zamawiających pracochłonne usługi. A na rynku tym prym wiodły po stronie zamawiających podmioty sektora finansów publicznych zobowiązane do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych.
- W ostatnich kilkunastu miesiącach zauważalna jest zmiana wytycznych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w stosunku do przedsiębiorców, którzy w poprzednich latach uczestnicząc w postępowaniach przetargowych zmuszeni zostali przez zamawiających do obniżania ceny wykonywanych usług, poniżej pułapu kosztów płacy minimalnej. Powyższe dopełnia całościowy obraz okresu od 2008 roku, w którym to czasie funkcjonowanie wadliwych regulacji, zmiany intencji ustawodawcy oraz różne, często sprzeczne wytyczne Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zwiększały niepewność, utrudniały funkcjonowanie i wprowadzały w błąd tak przedsiębiorców, jak i zleceniobiorców.
- Dokonana w ostatnim okresie mimo braku zmiany stanu prawnego, zmiana podejścia kontrolerów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych może powodować wsteczne obejmowanie składkami na ubezpieczenia społeczne praktycznie wszystkich drugih umów zlecenia zawieranych w latach 2008-2017, co będzie miało istotne konsekwencje na przyszłość dla samych przedsiębiorców, ale także dla zleceniobiorców. Konsekwentne wdrożenie nowych wytycznych dla kontrolerów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w

zakresie kontrolowania przedsiębiorców, który opierali swoje działania na nieczytelnym i niespójnym prawie, pogłębiane niekonsekwentnym podejściem do kontroli i interpretacji przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych może doprowadzić do utraty płynności finansowej i znaczącego pogorszenia kondycji przedsiębiorstw.

- Z uwagi na skalę zidentyfikowanego problemu kontrolerzy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych nie będą w stanie skontrolować wszystkich przedsiębiorców oraz wszystkich zawartych umów zlecenia, a jedynie część z nich. W związku z powyższym, zagrożenie dokonaniem ustalenia konieczności ewentualnego zapłacenia składek, oraz konsekwencji powyższego będzie dotyczyć tylko tych przedsiębiorców, u których przeprowadzone zostaną kontrole, a ewentualne przypisanie składek do zleceniobiorców będzie nieskuteczne, jeśli nie dojdzie do zapłaty nowych zobowiązań przez byłych pracodawców. W większości przypadków dojdzie prawdopodobnie do przedawnienia ewentualnych zobowiązań, a co za tym idzie braku poprawienia przyszłej sytuacji emerytalnej większości zleceniobiorców z lat 2008-2017. Przeprowadzone kontrole, nawet jeśli wykażą nieprawidłowości i doprowadzą do powstania zobowiązań po stronie wielu byłych zleceniodawców będą w wielu przypadkach bezcelowe. A to z tej przyczyny, że podmioty te i tak nie będą w stanie spłacić tak ustalonego rzekomego zadłużenia.
- Nie można wykluczyć, że w sytuacji, gdy Zakład Ubezpieczeń Społecznych dokona ustalenia konieczności zapłacenia hipotetycznie zaległych składek przez przedsiębiorcę za lata 2008-2017, to część z podmiotów będzie dochodziła zapłaty części tych kwot od zleceniobiorców. Skala tego wyzwania może być liczona w setkach tysięcy spraw sądowych na przestrzeni wielu lat.
- Doprowadzenie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do zapłaty hipotetycznych składek oraz dokonanie niezbędnej korekty dokumentów rozliczeniowych pozwoli na wzrost zapisów na kontach jedynie części byłych zleceniobiorców, gdyż będzie to dotyczyło tylko tych, którzy pracowali w skontrolowanych firmach i gdzie skutecznie doprowadzono do zapłaty składek przez przedsiębiorcę. Najbardziej poszkodowanymi będą ci byli zleceniobiorcy, których byli zleceniodawcy (przedsiębiorcy) nie zostaną skontrolowani.

2. WSTĘP

Obowiązująca w Rzeczypospolitej Polskiej Konstytucja w treści art. 22 wprowadza zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej, przewidując, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej możliwe jest tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Państwo Polskie popiera podejmowanie aktywności gospodarczej bez względu na jej formę oraz kwestie własnościowe, regulując jednocześnie przepisami rangi ustawowej zasady prowadzenia tej działalności. Funkcjonując w ramach obowiązującego systemu prawnego przedsiębiorca w Polsce samodzielnie organizuje swoją działalność gospodarczą, która ma na celu przede wszystkim osiągnięcie zysku. To przedsiębiorca używając narzędzi i form funkcjonowania określonych przez prawodawcę podejmuje decyzje np. w zakresie wyboru formy prowadzenia działalności gospodarczej czy też sposobu zatrudniania współpracowników. Podejmowanie aktywności gospodarczej przez przedsiębiorcę opiera się też na zasadzie ryzyka. To jest z jednej strony jest on beneficjentem osiąganego zysku, ale jednocześnie przyjmuje na siebie osobiście i to bez względu na formę prawną, w jakiej prowadzi swoją aktywność gospodarczą wszelkie konsekwencje prowadzonej działalności, w tym w zakresie na przykład danin publicznych - płacąc podatki czy składki na ubezpieczenia społeczne. Wreszcie przedsiębiorca działa w warunkach gry rynkowej, gdzie uzależniony jest od wielu zmiennych, w tym w dużej mierze od treści stanowionego prawa oraz od faktycznych decyzji podejmowanych przez różne emanacje Państwa Polskiego. Uzasadnionym oczekiwaniem przedsiębiorcy jest, aby Państwo Polskie swoimi działaniami wspierało jego aktywność, nie zaś zmiennymi interpretacjami czy niestabilnym prawem wprowadzało brak pewności działania. Pewność funkcjonowania w określonych prawem ramach powinna być fundamentem dobrych relacji władz i przedsiębiorców, jednak doświadczenia poprzednich lat wskazują, że stabilność działania była na niedostatecznym poziomie.

Praca w Polsce może być przykładowo świadczona na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej. Zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy stosunek pracy powstaje, gdy pracownik świadczy pracę określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem (stosunek podporządkowania), we wskazanym miejscu (np. zakład pracy) i czasie (godziny pracy) wyznaczonym przez pracodawcę. Zatrudnienie w warunkach określonych powyżej jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę wiąże się ochrona pracownika m.in. w zakresie czasu pracy i urlopów (wypoczynkowego, macierzyńskiego, ojcowskiego), wynagrodzenia, bezpieczeństwa i higieny pracy. Natomiast umowy cywilnoprawne, takie jak umowa zlecenia czy umowa o dzieło, regulują przepisy Kodeksu cywilnego. Umowa zlecenie jest umową zawieraną na czas określony, która określa konkretny produkt czy usługę, którą zleceniobiorca musi wykonać. Przyjmujący zlecenie zobowiązuje się, zgodnie z art. 734-751 Kodeksu cywilnego do dokonania określonych czynności dla dającego zlecenie, za których ostatecznie efekt nie jest odpowiedzialny. Umowa zlecenia charakteryzuje się przede wszystkim tym, że:

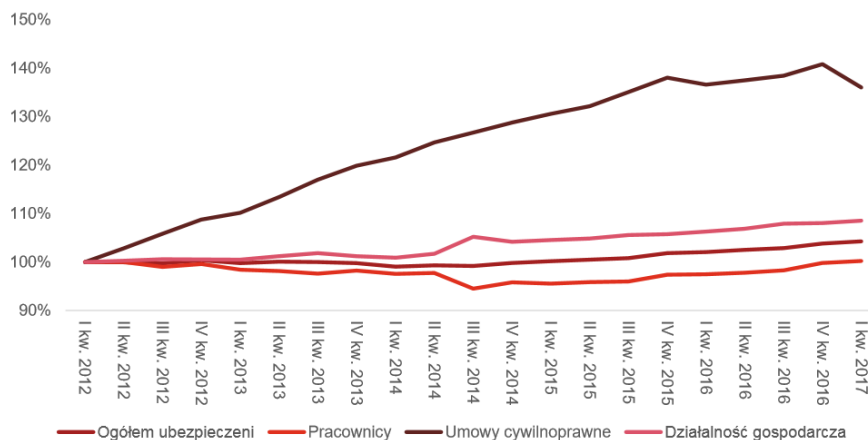
- brak jest podporządkowania zleceniobiorcy zleceniodawcy,
- pracę może świadczyć nie tylko osoba fizyczna, ale i podmiot gospodarczy,
- wynagrodzenie jest wypłacane po wykonaniu pracy,
- brak jest ograniczeń w liczbie kolejnych umów oraz długości ich trwania,
- zleceniobiorca nie cieszy się typowymi prawami pracowniczymi (brak urlopu, odpraw, wynagrodzenia chorobowego, okresu wypowiedzenia, itp.),
- w przypadku niektórych grup, np. studentów nie ma obowiązku oskładkowania umowy zlecenia składkami na ubezpieczenia społeczne.

Należy przypomnieć, że Kodeks pracy zakazuje zastępowania umów o pracę umowami cywilnoprawnymi. Ustawodawca zastrzegł, że jeżeli dany stosunek prawny ma cechy stosunku pracy, to zawarta między stronami umowa jest umową o pracę, bez względu na to jak została przez strony nazwana. Państwowa Inspekcja Pracy może ukarać pracodawcę naruszającego Kodeks pracy mandatem oraz złożyć do sądu powództwo o ustalenie stosunku pracy. W przypadku gdy nieprawidłowości zostaną ujawnione podczas kontroli Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub urzędu skarbowego, pracodawca będzie musiał zapłacić zaległe składki na ubezpieczenia społeczne oraz podatek za cały okres zatrudnienia pracownika na podstawie innej, niż umowa o pracę.

W Polsce zauważalnym jest zjawisko wypierania tradycyjnego modelu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony przez tzw. nietypowe - niepracownicze formy zatrudnienia, w tym umowy cywilnoprawne, jak i przez często wymuszone na pracownikach samozatrudnienie. Ocena skali powyższego zjawiska jest niezwykle trudna, gdyż brak jest spójnych danych. Według Głównego Urzędu Statystycznego już na przełomie 2012/2013 roku na podstawie umów cywilnoprawnych pracowało 1,35 miliona Polaków, natomiast liczba osób samozatrudnionych przekroczyła 1,1 mln. Należy przy tym wskazać, że dane Głównego Urzędu Statystycznego mają charakter wycinkowy, albowiem dotyczą tylko zakładów pracy, które zatrudniają więcej niż 9 osób. Powyższe liczby wzrastały w kolejnych latach. Z kolei na podstawie wyników badań Polskiego Badania Panelowego POLPAN, realizowanego przez Instytut Filozofii i Socjologii Polskiej Akademii Nauk wynika, że w latach 2008-2013 zmieniła się sytuacja badanych osób na rynku pracy. Spośród osób, które w 2008 roku deklarowało pracę na umowie cywilnoprawnej, umowę na czas nieokreślony w 2013 roku posiadało tylko 36,1% ankietowanych, a 38,0% pracowało nadal w ramach niestandardowych form zatrudniania, zaś 4,9% respondentów podjęło samozatrudnienie, pozostałe 21,0% było bez pracy.

Dla porównania, w przypadku osób, które w 2008 roku były zatrudnione w oparciu o umowę o pracę na czas nieokreślony, w 2013 roku posiadało umowę na czas nieokreślony 73,7% spośród nich, 11,9% nie posiadało pracy, 11,6% było zatrudnionych w ramach niestandardowej formy zatrudnienia, a 2,8% zdecydowało się na samozatrudnienie. Wyniki przywołanych badań wskazują, że niestandardowe zatrudnienie miało tendencję do utrwalania się determinując nowe problemy w obszarze m.in. ubezpieczeń społecznych. Tendencję wzrostu liczby osób pracujących na innych podstawach niż umowa o pracę potwierdzają też dane publikowane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Liczba osób opłacających składki na ubezpieczenia społeczne z tytułu umowy zlecenia, umowy agencyjnej oraz umowy o oświadczeniu usług systematycznie wzrastała w latach 2005-2013 od 399,1 tys. w 2005 roku do 899,2 tys. w IV kwartale 2013 roku.

Uelastycznienie rynku pracy, m.in. poprzez niestandardowe formy zatrudnienia miało pomóc w zmniejszeniu bezrobocia i przynieść obopólne korzyści pracodawcom i pracownikom. Okazało się jednak, że skala używania tych form zatrudnienia była bardzo duża, a przeciwdziałanie bezrobociu okazało się w większości przypadku mało skuteczne. Uelastycznienie, w warunkach wysokiej stopy bezrobocia, przyniosło rosnącą presję zamawiających usługi na cenę, w tym przez odmawianie prawa do ich podnoszenia nawet w przypadku wzrostu płacy minimalnej, co prowadziło do wymuszenia na wykonawcach i ich zleceniobiorcach zwiększania rozliczeń pracy przy wykorzystaniu umów zleceń, w tym nieoskładkowanych. Tworzyło to warunki do zwiększania presji zamawiających, na ryzyko wykonawców - zleceniodawców i pracowników - zleceniobiorców do stosowania umów zleceń. Dla nich forma zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych była koniecznością, a nie świadomym i celowym wyborem odpowiadającym przedmiotowi oraz istocie świadczonej pracy. Wykres 1 (str. 9) wskazuje jednoznacznie, że w okresie ostatnich lat w Polsce odnotowywany był stały wzrost liczby oraz wartości umów cywilnoprawnych, w tym w szczególności umów zlecenia.

Wykres 1. Liczba ubezpieczonych w zależności od tytułu w latach 2012-2017

Źródło: Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Jak wynika z Wykresu 1, liczba ubezpieczonych z tytułu wykonywania umów cywilnoprawnych od 2008 roku wzrosła o ponad 40%. Główną przyczyną zwiększania się wartości umów zleceń w tym tych, których wykonywanie nie wiązało się z obowiązkiem odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne była błędnie sformułowana oraz nieudolnie implementowana idea „taniego państwa”, realizowana nakazami ustawowymi. Nawet wprowadzone w 2016 roku obligatoryjne oskładkowanie wynagrodzeń zleceniobiorców do wysokości minimalnej płacy krajowej nie zahamowało przyrostu wartości wszystkich umów cywilnoprawnych, chociaż pierwszy raz od 2008 roku nastąpiło ograniczenie o 14% wartości umów zleceń nieoskładkowanych. Wykres 1 wskazuje, że wzrost popularności cywilnoprawnych form zatrudnienia zdecydowanie odstaje od trendów obserwowanych w stosunku do działalności gospodarczej czy też umów o pracę. Zjawisko to wynika z presji kosztowej na przedsiębiorców, którzy chcąc oferować swoim finalnym klientom usługi w cenach przez nich oczekiwanych wspieranych konstrukcją prawa zamówień publicznych, korzystali z różnych dostępnych prawnie rozwiązań obniżających daniny publiczno-prawne. Stosowanymi na szeroką skalę rozwiązaniami były konstrukcje multiplikowania umów zlecenia, podzlecane wykonywanie usług, w tym objęte tzw. poprawką Manickiego, tj. art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi kwestii zbiegu tytułów do podlegania ubezpieczeniom społecznym do 2016 roku w przypadku zawarcia kilku umów zlecenia przez tę samą osobę obowiązek naliczenia i odprowadzenia składek na ubezpieczenia społeczne dotyczył tylko pierwszej z takich umów, bez względu na jej wartość. Wprowadzona w roku 2016 nowelizacja utrzymała tę zasadę, stawiając jednak nowy wymóg, by oskładkowana była jedna lub więcej umów, co najmniej do momentu osiągnięcia w danym okresie rozliczeniowym podstawy oskładkowania w wysokości minimalnego wynagrodzenia.

Dzięki zastosowaniu konstrukcji umów cywilnoprawnych przedsiębiorcy w różnych branżach, w tym w szczególności w branżach opartych o bardzo duży udział pracy w kosztach, stosunkowo niewysokich wynagrodzeniach indywidualnych, takich jak branża ochrony osób i mienia, czy usługi sprzątnia mogli zaoferować ceny mieszczące się w budżetach w przetargach organizowanych przez podmioty państwowe w trybie przepisów prawa zamówień publicznych, gdzie elementem decydującym o wyborze konkretnego wykonawcy była tylko najniższa cena. Zawierając takie umowy zlecenia, działając w obszarze niespójnego prawa wyraźnie preferującego zamawiającego (często podmiotu sektora finansów publicznych), polscy przedsiębiorcy podejmowali wykonywanie prac w miejsce zamawiających, którzy mogli a nie chcieli tych pracowników sami bezpośrednio zatrudniać. Przedsiębiorcy działając w dobrej wierze wygrywali kontrakty, o które się ubiegali, dostarczali usługi, które u nich zamówiono za cenę, którą im narzucano. Jednakże obecnie na skutek działań tego samego Państwa Polskiego polegających na zaostrzonej interpretacji przepisów, przedsiębiorcy ci mogą stać się ofiarami ich wcześniejszego działania zgodnego z prawem, według poprzednich wyników kontroli i stanowisk w interpretacjach indywidualnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

3. DIAGNOZA

3.1. Idea „taniego państwa” i jej konsekwencje

W exposé wygłoszonym w Sejmie Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 23 listopada 2007 roku Prezes Rady Ministrów Donald Tusk, zapowiedział, że „tanie państwo” (...) „stanie się faktem szybciej niż ktokolwiek może się spodziewać”¹. I rzeczywiście tak się stało. Tyle tylko, że to, co zostało zapowiedziane, jako „tanie państwo” w postaci ograniczenia przywilejów władzy, tych finansowych, instytucjonalnych, czy budujących zbędny komfort, w postaci planowego obcinania bizantyjskich kosztów, przysłowiowego darmowego biletu tramwajowego dla pośła, ograniczyło się do hamowania płac i cen na rynku. W rzeczywistości zostały podjęte jedynie działania marketingowe skierowane do instytucji publicznych, ale jednocześnie Państwo Polskie i jego emanacje, czy to poprzez inicjatywy ustawodawcze czy to poprzez praktykę dnia codziennego, właśnie w zamówieniach publicznych, jako jedyne główne kryterium wyboru oferty (podejmowania decyzji zakupowych) przyjęło najniższą cenę nabywanych dóbr czy usług. Zapoczątkowana właśnie pod koniec 2007 roku implementacja idei „taniego państwa” w praktyce oznaczała narzucenie przez podmioty państwowe wykonawcom praktyki obniżania cen za otrzymywane usługi. Państwo Polskie oraz wszelkie jego emanacje w sektorze finansów publicznych będąc w niektórych obszarach i branżach (np. ochroniarska czy usług sprzątania) największym oraz najważniejszym zamawiającym *de facto* decydowały o możliwości funkcjonowania wielu przedsiębiorców i to na warunkach finansowych takich, jakie właśnie one dyktowały. Dogmat niskiej ceny, przy jednoczesnym istnieniu przepisów prawnych pozwalających przedsiębiorcom na dostosowanie kosztów pracy do niskich cen przez zastosowanie umów zleceń nieoskładkowanych właśnie w postaci korzystania ze struktur wielu umów zlecenia, był więc w dużej mierze konsekwencją przyjętej przez ówczesnie rządzących drogi realizacji idei „taniego państwa”, która w rezultacie okazała się pułapką legislacyjną.

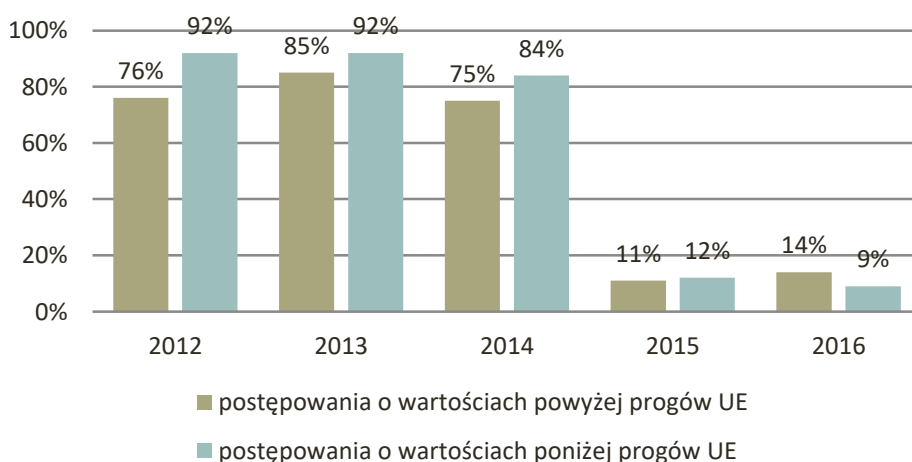
¹ za <http://www.rp.pl/artukul/71439-Tekst-expose-premiera-Donalda-Tuska.html#ap-1>

W wielu obszarach i branżach, jak właśnie na przykład w ochronie oraz usługach sprzątających to Państwo Polskie było w jednym czasie nie tylko stroną regulującą warunki prawne funkcjonowania przedsiębiorców (dopuszczając struktury wielu umów zlecenia przy zróżnicowanych składkach na ubezpieczenia społeczne), ale także najważniejszym klientem tych przedsiębiorców, a właściwie faktycznym beneficjentem tych struktur. Spełnienie bowiem przez polskiego przedsiębiorcę wymagań stawianych przez „tanie państwo” możliwe było tylko dzięki temu, że działał on w zgodzie z warunkami prawnymi określonymi przez to Państwo. Czyli przez ten podmiot, który korzystał pod względem ekonomicznym płacąc niską cenę za otrzymaną usługę sprzątania czy ochrony. Tak w praktyce działała idea „taniego państwa” lat 2008-2017, gdzie ówczesnym głównym beneficjentem było właśnie samo Państwo Polskie i jego emanacje, a poszkodowanymi byli zleceniobiorcy wykonujący przedmiotowe prace sprzątające czy ochroniarskie za wynagrodzeniem z każdym rokiem bardziej odległym od płacy minimalnej. Niewłaściwie oceniono skutki, jakie dla tych osób będą miały, z pozoru korzystne formy zatrudnienia na podstawie wielu umów zlecenia. Dla zleceniobiorców były one tylko z pozoru korzystne, gdyż Państwo Polskie godząc się na możliwość stosowania przez przedsiębiorców takich efektywnych dla faktycznego beneficjenta ekonomicznego struktur de facto pogarszało na bieżąco sytuację pracowników, co w przyszłości będzie mogło przyczynić się do pogorszenia sytuacji emerytalnej osób wykonujących czynności w ramach przedmiotowych umów. W ten sposób doszło do patologicznego wdrożenia w życie idei „taniego państwa”, kosztem zleceniobiorców - przyszłych emerytów. Brak naliczenia i odprowadzenia składek na ubezpieczenia emerytalne będzie skutkować w przyszłości nie zaliczeniem tych okresów do okresu składkowego zleceniobiorców, co może spowodować niewypracowanie minimalnego okresu składkowego 20 i 25 lat odpowiednio dla kobiet i dla mężczyzn, co może skutkować pozbawieniem pracownika do otrzymania prawa do emerytury minimalnej na rzecz emerytury groszowej. Należy przy tym też dodać, że kwoty zarobków na poziomie zbliżonym do minimalnej płacy krajowej nie są i nie będą w przyszłości wystarczającą podstawą do zwiększenia kwoty emerytury powyżej emerytury minimalnej.

3.2. Rynek zamówień publicznych w Polsce w latach 2008-2016

Z danych publikowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych² na podstawie art. 98 ustawy prawo zamówień publicznych wynika, że wartość zamówień udzielanych na podstawie przepisów tej ustawy w ostatnich latach oscylowała w Polsce w kwocie między 167,0 mld zł a 174,3 mld zł rocznie. W 2016 roku w 14% (w roku 2015 – 11%) wszczętych postępowań o wartościach powyżej progów UE i 9% (w roku 2015 – 12%) postępowań o wartościach poniżej progów UE cena była jedynym kryterium wyboru oferty. W poprzednich latach zgodnie z ideą „taniego państwa” ponad 3/4 wszczętych postępowań o wartościach powyżej progów UE oraz w ponad 80% postępowań o wartościach poniżej progów unijnych stanowiły przetargi, w których cena była jedynym kryterium wyboru oferty. Powyższe pokazuje, że dyktat najniższej ceny nadal trwa, co przekłada się na utrzymanie presji na korzystanie z umów cywilnoprawnych.

Wykres 2. Odsetek postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których jedynym kryterium była cena w latach 2012-2016³

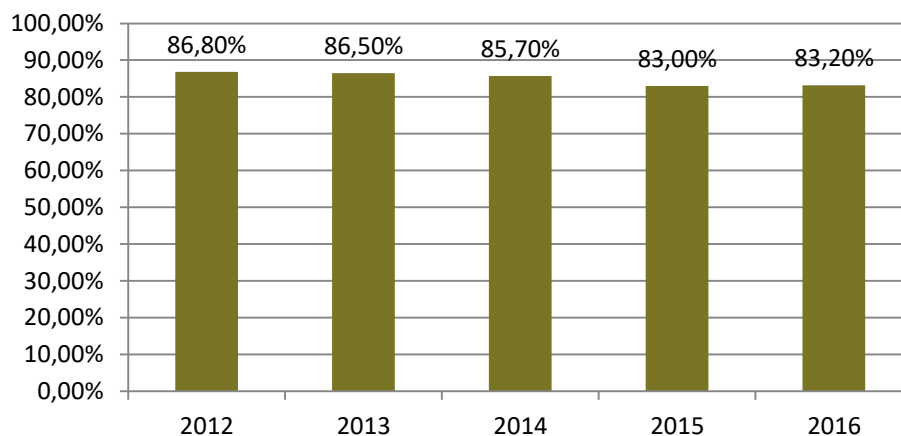


² Źródło: Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 roku

³ Źródło: Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 roku

Należy wskazać, że w postępowaniach, w których oceniano oferty na podstawie ceny i innych kryteriów, do najczęściej stosowanych dodatkowych kryteriów oceny ofert należały termin realizacji zamówienia/czas dostawy (w ok. 30% postępowań) oraz warunki gwarancji/rękojmi (w ok. 23%-24% postępowań). Natomiast w przypadku kryterium ceny można zaobserwować tendencję odwrotną. W postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych przed nowelizacją średnio waga kryterium ceny wynosiła 86% (w roku 2015 – 90%) natomiast po nowelizacji średnia waga kryterium ceny spadła do wartości 63%. Zgodnie z danymi w 2016 roku w 83,20% (w 2015 – 83%) udzielonych zamówień o wartościach poniżej progów unijnych, zamawiający nadal dokonywali wyboru oferty najtańszej spośród wszystkich złożonych ofert. Powyższe pokazuje jednoznacznie, że dokonane zmiany prawa miały charakter pozorny, ponieważ nie wpłynęły na sytuację.

Wykres 3. Odsetek postępowań, w których wybrana została najtańsza oferta w latach 2012-2016⁴



⁴ Źródło: Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że mimo wprowadzenia możliwości stosowania klauzul społecznych przez zamawiających sektora publicznego w 2014 roku nie przyjęły się na rynku i nie poprawiły sytuacji pracowników, nie spowodowały automatycznej waloryzacji wartości umów. Trzeba podkreślić, że pomimo, iż od 2015 roku odsetek postępowań o dzielenie zamówienia publicznego, w których jedynym kryterium była cena obniżył się nieznacznie to nadal w 2016 roku ponad 83% postępowań kończyło się wyborem najtańszej oferty cenowej. W dużym stopniu pokazuje to brak skuteczności a nawet pozorność działań legislacyjnych Państwa Polskiego, które pomimo świadomości problemu i wprowadzeniu zmian do regulacji prawnych nie było w stanie doprowadzić do faktycznego rozwiązania problemu niskich cen zamówień, niepokrywających kosztów pracy opartej o płacę minimalną.

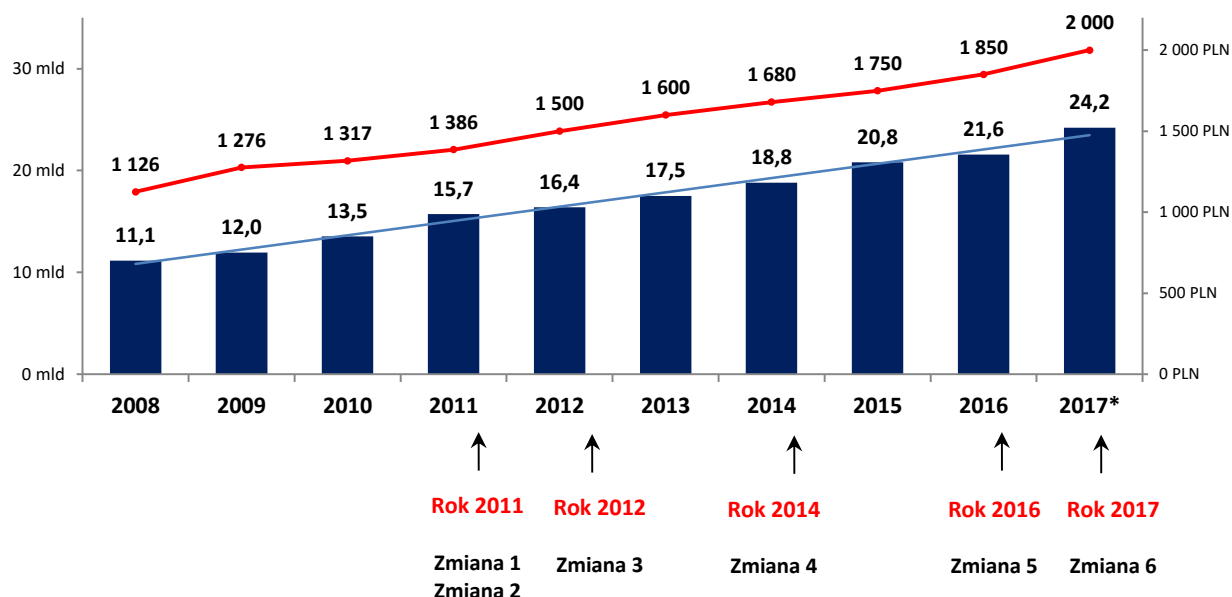
3.3 Konsekwencje współistnienia wielu przepisów dla zamówień publicznych

Należy wskazać, że zamówienia publiczne nie są realizowane w Polsce w sposób autonomiczny, to jest w oderwaniu od innych aktów prawnych, opierając się wyłącznie na przepisach ustawy prawo zamówień publicznych. Rynek zamówień publicznych, w tym w szczególności tych opartych na pracy ludzkiej – czego przykładami są właśnie branże ochroniarska czy usług sprzątania – jest ściśle powiązany, a wręcz częściowo uzależniony do innych zmiennych wynikających przede wszystkim z obciążeń daninami publiczno-prawnymi oraz regulacjami o charakterze gwarancyjnym. W tym zakresie należy wskazać, że w większości przypadków przedsiębiorcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego opartego o pracę ludzką podejmują ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej w reżimie ustawy prawo zamówień publicznych, mając na uwadze przepisy wynikające z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Zestawienie przepisów tych trzech aktów prawnych ściśle determinuje sytuację przedsiębiorcy, a każda zmiana prawa wpływała na ograniczenie zyskowności bądź nawet na zasadność kontynuowania danej aktywności gospodarczej. Wzrost kosztów kompensowany był wzrostem wartości umów zleceń na rynku.

Można wręcz stwierdzić, że wzajemne powiązanie powyżej przywołanych przepisów tworzy de facto mechanizm warunkujący funkcjonowanie przedsiębiorców w obszarze regulowanym o charakterze pułapki legislacyjnej zastawionej na przedsiębiorcę podejmującego się wykonywania usług w ramach postępowania w trybie zamówień publicznych.

Z uwagi na stały wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, które jest ustalane przez Państwo Polskie, a także z uwagi na regulacje oraz praktykę w zakresie ubezpieczeń społecznych, które również leżą wyłącznie w gestii Państwa Polskiego, doszło w latach 2008-2017 do sytuacji wytworzenia swoistej spirali nacisku na wzrost kosztów pracy, a co za tym idzie na opłacalność (a nawet zasadność) prowadzenia aktywności gospodarczej w ramach wykonywania zamówień publicznych. Siłą rzeczy przedsiębiorca nie posiadając jakiegokolwiek możliwości zmiany (podwyższenia) wartości zamówienia publicznego zmuszony został do podjęcia decyzji o szukaniu optymalnych kosztowo rozwiązań struktury zatrudnienia oraz ograniczenia świadczenia usług pracownikami zatrudnionymi na umowy o pracę.

Wytworzony przez jednoczesne funkcjonowanie trzech ustaw (ustawa prawo zamówień publicznych, ustawa o minimalnym wynagrodzeniu, ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych) mechanizm oddziaływał na przedsiębiorcę. W wyniku funkcjonowania trzech ustaw przedsiębiorca był zmuszony do podejmowania decyzji biznesowych narażających go na niedające się przewidzieć w momencie podejmowania decyzji prawne skutki podatkowe oraz podejmował działania będące zgodnymi z obowiązującym prawem na dzień ich podejmowania, będą także w przyszłości uznawane za takowe przez Państwo Polskie i jego emanacje. W świetle Kodeksu cywilnego strony umowy cywilnoprawnej posiadają swobodę w zakresie modyfikacji łączącej strony umowy. Odmienna sytuacja jest właściwa dla ustawy prawo zamówień publicznych. Ustawa ta dopuszcza dokonywanie zmian umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w jej art. 144 ust. 1. Uzasadnienie dla treści przepisu art. 144 ust. 1 stanowi dążenie do wyeliminowania sytuacji obchodzenia przepisów prawa zamówień publicznych, poprzez dokonywanie zmian w umowach, których treść została ustalona po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania. Zgodnie z przepisem art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w latach 2008-2016, zamawiający w porozumieniu z wykonawcą mogą zmienić umowę o zamówienie publiczne w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności wyraźnie przewidzianych przez zamawiającego we wzorze umowy. Zasadniczo podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest korzystne dla zamawiającego. Dlatego unikał on zmian umowy nie wpisując do umowy żadnych okoliczności uzasadniających zmianę wynagrodzenia. Takie podejście, mimo protestów wykonawców, zyskało poparcie Krajowej Izby Odwoławczej, co w okresie po 2008 roku praktycznie zablokowało możliwość jakiegokolwiek waloryzacji ze względu na wzrost kosztów pracy.

Wykres 4. Zmiany prawa stymulujące wzrost wartości umów zleceń na rynku pracy⁵

Zmiany prawa stymulujące wzrost umów zleceń na rynku pracy

■ Wartość podstaw umów zleceń w mld PLN — Minimalne wynagrodzenie na etat w PLN (umowa o pracę)

Zmiana 1 - Utrata dofinansowań do na pracowników zaliczonych do umiarkowanego lub lekkiego stopnia niepełnosprawności, którzy mają ustalone prawo do emerytury (od 1 marca 2011)

Zmiana 2 - Wzrost stawki VAT z 22 % na 23 % (od 1 stycznia 2011)

Zmiana 3 – Wzrost składki rentowej o 2 p.p. - z 4,5% do 6,5% (od 1 lutego 2012)

Zmiana 4 - Wprowadzenie stawek kwotowych dofinansowań do zatrudnienia osób niepełnosprawnych

Zmiana 5 - Wprowadzenie minimalnej podstawy oskładkowania umów zleceń

Zmiana 6 - Wprowadzenie przepisów o minimalnej stawce godzinowej w umowach zlecenia

⁵ Źródło danych:

Minimalne wynagrodzenie na etat w latach 2008-2017 w PLN - Główny Urząd Statystyczny

Wartość podstaw umów zleceń w mld PLN – wyliczenia na podstawie danych z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (Departament Statystyki i Prognoz Aktuarnalnych).

Podkreślić należy, że na przestrzeni lat 2008-2017 wzrost kosztów przedsiębiorcy wynikający ze zmian przepisów prawa połączony z corocznym wzrostem płacy minimalnej, wymuszał na przedsiębiorcach zwiększenia wypłat wynagrodzeń za pracę przy zastosowaniu umów zleceń. Tezę tą potwierdza zbliżone tempo wzrostu płacy minimalnej oraz wartości umów zleceń na rynku pracy w tym okresie. Zbliżone tempo wzrostu wartości umów zleceń na rynku w korelacji do wzrostu płacy minimalnej potwierdza, że wykorzystanie umów zleceń w rozliczeniach wynagrodzeń dotyczy szczególnie segmentów, w których pracownicy byli nisko wynagradzani (usługi ochrony, czystości, budownictwo w podwykonawstwie, itd.).

Kolejne ustawowe zwiększenia poziomu obligatoryjnego oskładkowania pracy, np. do wysokości dwóch płac minimalnych powinno spowodować istotne ograniczenie zastosowania umów zleceń nieoskładkowanych w Segmencie 1 wg podziału ze str. 39 (1 021 tys. os. – pracujący na podstawie umów cywilnoprawnych), ponieważ w grupie najniżej zarabiających, zleceniobiorcy podejmują drugą pracę na umowach nieoskładkowanych. Jednak nadal należy spodziewać się dalszego wzrostu wartości umów zleceń. Brak automatycznej waloryzacji umów świadczenia usług zawieranych w ramach zamówień publicznych w przypadku kontraktów zawieranych na 3 lata (często wykorzystywana forma w zamówieniach publicznych) ze względu na wzrost płacy minimalnej sprawiał, że koszty dla przedsiębiorców wzrastały nawet o 15% w trakcie trwania kontraktu. Co więcej, wycofanie się było zwykle obarczone wysokimi, jednakże jak najbardziej zgodnymi z prawem stanowionym przez Państwo Polskie, karami umownymi. Wzajemne oddziaływanie przywołanych przepisów doprowadziło do konieczności korzystania z efektywnych kosztowo form zatrudnienia, jaką była bez wątpienia struktura dwóch lub więcej umów zlecenia, z których tylko pierwsza była objęta obowiązkiem podlegania ubezpieczeniom społecznym. To mechanizm narzucony de facto przez prawodawcę spowodował systematyczne zwiększanie się popularności stosowania umów zlecenia i doprowadził do trendu wzrostowego tak w zakresie ich liczby, jak też wartości. Tym samym przeniesiono też ryzyko gospodarcze związane ze wzrostem kosztów pracy spowodowanym działaniami Państwa Polskiego na przedsiębiorców będących kontrahentami tego Państwa.

W tym miejscu warto wskazać, że w swoim dotychczasowym orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza w sposób zasadniczo konsekwentny zajmowała stanowisko, że ryzyko gospodarcze związane ze wzrostem kosztów pracy powinno w równej mierze dotyczyć obu stron kontraktu i nie powinno być a priori przenoszone na zamawiającego. Wskazywano przy tym na brak istnienia obowiązku waloryzacji wartości kontraktów zawartych na gruncie prawa zamówień publicznych. Powyższy pogląd był kolejnym błędem Państwa, ugruntowującym mechanizm braku waloryzacji cen. A przecież w tym wypadku chodziło o waloryzację, która miała zapewnić osłonę praw i wynagrodzeń zleceniobiorców w zakresie płacy minimalnej. Niestety Państwo potrzebowało 8 lat, żeby przepis o waloryzacji w zakresie ochrony płacy minimalnej wszedł w obieg prawny. Od 2008 do 2016 roku każde ustawowe podwyższenie płacy minimalnej, nie powodowało wzrostu wynagrodzeń zleceniobiorców, ponieważ waloryzacja cen była całkowicie zablokowana. Dopiero wprowadzenie osłony zleceniobiorców w ustawie płacy minimalnej od 2017 częściowo rozwiązało problem minimalnego wynagrodzenia. Nadal jednak ceny na rynku nie pokryły kosztów płacy minimalnej, co przejawia się średnio w 32% udziale wartości umów zleceń nieoskładkowanych na rynku do wartości wszystkich umów zleceń. W branżach ochrony i sprzątnia szacuje się, że wskaźnik średnio jest wyższy o co najmniej 10%. W praktyce obrotu gospodarczego można wskazać na liczne postępowania, w toku których uczestnicy zgłaszali potrzebę uwzględnienia w projektach umów klauzul waloryzacyjnych, które przewidywałyby dostosowanie pierwotnego wynagrodzenia do zmian zachodzących w otoczeniu prawnym, które wpływały na koszty pracy, jednak ich inicjatywa nie znalazła zrozumienia w stanowiskach Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych.

Poniżej przedstawiono zmiany prawa podnoszące koszty przedsiębiorstw, co skutkowało wzrostem wartości umów zleceń na rynku. Jako najważniejsze należy wskazać:

- Zmiana permanentna - coroczne zwiększanie ustawowe płacy minimalnej przy zablokowanej waloryzacji cen⁶ i braku osłony zleceniobiorców w zakresie minimalnego

⁶ Zablokowanie waloryzacji (zmiana art. 144) w PZP nastąpiło z dniem 24 października 2008 r. na podstawie art. 1 pkt. 40) ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 171, poz. 1058 z 23.09.2008 r.).

wynagrodzenia, którą wprowadzono dopiero w 2017 roku⁷, a dalej zmiany o charakterze jednorazowego wpływu.

- Zmiana 1 - od 1 marca 2011 roku wycofanie dofinansowań dla pracowników niepełnosprawnych⁸, którzy mieli ustalone prawo do emerytury, co spowodowało zwolnienie 20 000 pracowników niepełnosprawnych i zatrudnienie w ich miejsce zleceniobiorców na umowy zlecenia.
- Zmiana 2 – wzrost stawki VAT z 22% na 23% od stycznia 2011 roku.
- Zmiana 3 - od 2012 roku podniesienie składki rentowej płaconej przez pracodawców z 4,5% do 6,5% bez możliwości waloryzacji cen, na podstawie zmiany ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. 2011 nr 291 poz. 1706), która została ogłoszona w dniu 21 grudnia 2011 roku. Zwiększenie kosztów pracy o 2%.
- Zmiana 4 - od 1 kwietnia 2014 obniżenie dofinansowań dla niepełnosprawnych pracowników o średnio 30%⁹ spowodowało podniesienie kosztów pracy dla pracodawców tych pracowników o 30%.
- Zmiana 5 - od 2016 roku wprowadzenie obowiązkowego oskładkowania umów zleceń w zbiegach do wysokości minimalnej płacy krajowej¹⁰. Koszty pracy zleceniobiorców wzrosły średnio o 15% wg oceny Federacji. Część tych wzrostów pokryła waloryzacja, która została dopuszczona pierwszy raz od 2008 roku. Niestety w zależności od determinacji wykonawcy usług i zgody zamawiającego wg szacunków Federacji od 15%

⁷ Wprowadzenie minimalnej stawki godzinowej nastąpiło z dniem 1 stycznia 2017 r. na mocy ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. poz. 1265 z 17.08.2016 r., z późn. zm.).

⁸ Dofinansowania na osoby niepełnosprawne (ze stopniem lekkim lub umiarkowanym), które uzyskały prawo do emerytury zostały pracodawcom odebrane od 1 marca 2011 r. na mocy ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 226, poz. 1475 z 30 listopada 2010 r., z późn. zm.).

⁹ Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej. (Dz. U. poz. 1645 z 27 grudnia 2013 r.).

¹⁰ Ustawa z dnia 23 października 2014 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. poz. 1831 z 18.12.2014 r., z późn. zm.).

do 50% kontraktów u poszczególnych pracodawców nie uzyskało waloryzacji, co stymulowało dalszy wzrost wartości umów zleceń.

- Zmiana permanentna - od 2016 roku skuteczne wprowadzenie klauzul społecznych w zamówieniach publicznych¹¹. W 2017 roku pracodawcy w segmentach usług ochrony i sprzątnia odnotowują zwiększenie zatrudniania na umowę o pracę średnio o 20% w stosunku do roku poprzedniego, co wyrównało udział umów zlecenia i o pracę.
- Zmiana 6 - od 2017 roku wprowadzenie przepisów o minimalnej stawce godzinowej w umowach zlecenia¹². Koszt pracy zleceniobiorców wzrósł średnio o 34%, co potwierdza wzrost monitorowanych stawek w ogłoszeniach pracodawców między pierwszym kwartałem 2016 roku a pierwszym kwartałem 2017 roku.

Jednocześnie w praktyce w odpowiedzi na odwołania zgłaszane przez przedsiębiorców biorących udział w przetargach, zamawiający konsekwentnie odmawiali uwzględniania w umowach klauzul waloryzacyjnych twierdząc, że ryzyko gospodarcze związane ze wzrostem kosztów pracy dotyka w równej mierze obu stron przetargu i nie powinno być przenoszone wyłącznie na zamawiającego. W przypadku nielicznych przetargów przewidywano jedynie waloryzację opartą o zmiany wskaźnika inflacji. Wiele spraw spornych trafiło przed Krajową Izbę Odwoławczą działającą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Przed nowelizacją prawa zamówień publicznych z 2014 roku¹³ organ ten zajmował konsekwentnie stanowisko sprowadzające się do twierdzenia, że klauzule waloryzacyjne są konstrukcjami dopuszczalnymi, ale decyzja o ich zastosowaniu oraz zakresie leży po stronie zamawiającego. W uzasadnieniach swoich orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza przywoływała często dyspozycję art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy prawo zamówień publicznych, z którego wynikać miało nie tylko zobowiązanie zamawiającego, ale również jego uprawnienie do jednostronnego ukształtowania istotnych

¹¹ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. poz. 1020 z 13.07.2016 r., z późn. zm.). Weszła w życie 28 lipca 2016 r.

¹² Ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. poz. 1265 z 17.08.2016 r., z późn. zm.).

¹³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych. (Dz. U. poz. 1232 z dnia 18.09.2014 r., z późn. zm.).

warunków zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Przykładowo w wyroku z dnia 11 sierpnia 2008 roku o sygnaturze KIO/UZP 779/08 wskazano, że *„Ustawodawca stwarzając system udzielania zamówień publicznych ograniczył prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy na dwa sposoby - odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów.”* Natomiast w niektórych innych wyrokach wskazywano, że choć to zamawiający decyduje o istotnych postanowieniach umowy i jego pozycja jest w związku z tym silniejsza, powinien on również brać pod uwagę interesy wykonawcy w takim stopniu, w jakim jest to możliwe.

Bazując na powyższym, w orzeczeniach bezpośrednio dotyczących klauzul waloryzacyjnych Krajowa Izba Odwoławcza w dużej mierze powtarzała sposób rozumowania zamawiających, czego przykładem może być wyrok z dnia 29 czerwca 2009 roku o sygnaturze KIO/UZP 767/09, w którym stwierdzono: *„Zamawiający nie ma obowiązku przewidywać waloryzacji wynagrodzenia umownego, tym bardziej, że jak słusznie zauważa, okres realizacji roboty budowlanej nie jest nadmiernie wydłużony (wynosi 24 miesiące), a ryzyko z tym związane (z ustaleniem wynagrodzenia na dzień składania ofert) tak samo obciąża Zamawiającego, jak Wykonawcę (ceny materiałów budowlanych i robocizny mogą tak samo wzrosnąć, jak i spaść)”*. Do zbliżonych wniosków doszła KIO w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 roku w sprawach połączonych KIO 1691/12 oraz KIO 1704/12, a także w wyroku z dnia 24 lutego 2012 roku o sygnaturze KIO 302/12, gdzie wskazano, że *„waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji umowy nie jest obowiązkiem Zamawiającego, nie stanowi ona również czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. (...) Choć dopuszczalność waloryzacji wynagrodzenia zmniejsza w istotny sposób ryzyko kontraktowe, jest ona jednak narzędziem fakultatywnym zmniejszania takiego ryzyka i nie sposób z jego braku lub uzależnienia zastosowania od woli Zamawiającego uczynić zarzutu temu ostatniemu. Brak jest w istocie przepisu, którego naruszenie można zarzucić Zamawiającemu w przypadku takiego sformułowania postanowień umowy.”* Jednak praktyka rynkowa pokazała, że brak waloryzacji pozwolił zamawiającym wykorzystać przeniesioną odpowiedzialność za utrzymanie płacy

minimalnej na wykonawcę do zwiększania presji cenowej, wręcz do wymuszenia zatrudniania na umowy zlecenia zleceniobiorców u wykonawcy, którzy de facto świadczyli pracę dla wykonawcy.

Jako rozwinięcie powyższej myśli można uznać uwagę z wyroku z dnia 25 lutego 2010 roku o sygnaturze KIO/UZP 69/10, gdzie w akapicie komentującym przewidzianą w umowie ograniczoną waloryzację, można znaleźć: *„na marginesie (nie jest to nakaz zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) Izba zwraca uwagę, iż postanowienie to w takiej formie może okazać się niekorzystne również dla Zamawiającego, który, w razie zaistnienia takiej konieczności i wobec treści art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma możliwości zmiany umowy. Zatem racjonalne byłoby przewidzenie również innego, bardziej elastycznego postanowienia umożliwiającego dodatkową waloryzację ceny o uzgodnioną wysokość przy zaistnieniu szczególnych okoliczności, np. w sposób podobny do wskazanego w art. 357¹ i art. 358¹ §3 Kodeksu cywilnego.”* Krajowa Izba Odwoławcza tłumaczyła więc, że zakres jej orzeczeń nie może obejmować racjonalności czy gospodarności działań zamawiającego, a jedynie ich zgodność z prawem.

Należy w tym miejscu podkreślić, że żaden przepis prawa zamówień publicznych nie zobowiązywał w omawianym okresie zamawiającego do uwzględniania w umowach klauzul waloryzacyjnych. Zamawiający mógł je uwzględnić, ale było to uzależnione wyłącznie od jego woli. Dla poparcia swojego stanowiska Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczała w ślad za wyjaśnieniami zamawiających, że ryzyko związane z potencjalnych wzrostem kosztów pracy jest przewidywalne, zwłaszcza w przypadku krótkich umów (np. dwuletnich) i jako takie powinno być uwzględniane w kalkulacjach ceny oferty. Coraz bardziej zaniżone ceny rynkowe usług w stosunku do wysokości płacy minimalnej ostatecznie potwierdziły fakt, że ocena Krajowej Izby Odwoławczej była mylna. Pracodawcy w warunkach konkurencji rynkowej nie byli w stanie uzyskiwać marż „na zapas”, do czego siłą rzeczy prowadziła zwiększająca się co roku luka pomiędzy minimalnym wynagrodzeniem, a możliwą w praktyce do zapłacenia w oparciu o ceny rynkowe płacą zleceniobiorców.

Rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej oraz ugruntowana praktyka nieuwzględniania w przetargach publicznych klauzul waloryzacyjnych doczekały się reakcji ustawodawcy.

Wprowadzająca mechanizm waloryzacji (w praktyce – ze skutkiem od 2016 roku) ustawa z dnia 19 października 2014 roku nowelizująca prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2014 poz. 1232) przesądziła, że w przypadku umów zawartych na okres przekraczający dwanaście miesięcy, konieczne jest uwzględnienie w ich treści postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia albo minimalnej stawki godzinowej oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnym, jak również w przypadku zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Jednak, co istotne waloryzacja dotyczyła tylko nowych kontraktów, bez wywierania wpływu na dotychczas funkcjonujące umowy. Było to de facto przyznanie się Państwa Polskiego do popełnionych wcześniej błędów, które ukształtowały rażąco niewydolny i zdegenerowany mechanizm funkcjonujący przez poprzednie lata. Ustawodawca dostrzegł wreszcie, że nacisk na minimalizację kosztów zamówień publicznych oddziałuje także na rynek pracy i system ubezpieczeń społecznych. A przedsiębiorcy zmuszani byli do konkutowania kosztami pracy odchodząc od standardu zatrudniania opartego o Kodeks pracy. Niestety skutki wieloletniego drenażu cen na rynku, a także przepisy nadal umożliwiające kolejnemu pracodawcy zatrudnianie zleceniobiorców z klinem podatkowym wielokrotnie mniejszym niż w przypadku pracowników zatrudnionych na umowach o pracę uniemożliwiają osiągnięcie cen na rynku dających możliwość powrotu do umów o pracę. Natomiast podniesienie obligatoryjnego oskładkowania umów zlecenia, np. do wysokości kwoty podwójnego minimalnego wynagrodzenia krajowego, powinno w poważnym stopniu poprawić sytuację oraz prowadzić do skutecznego ograniczenia dostępu dla kolejnego zleceniobiorcy do korzystania z nieoskładkowanych umów zleceń, co walcie przyczyni się do wyrównania cen w ofertach na rynku, dalszego ograniczenia występowania cen usług niepokrywających oskładkowania.

Wprowadzona zmiana legislacyjna wpłynęła również na treść rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej. Dlatego też w obecnym stanie prawnym nie ulega wątpliwości, że klauzule waloryzacyjne muszą być częścią umów zawieranych na okres przekraczający dwanaście miesięcy. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach doprecyzowała ponadto, że klauzule

takie powinny mieć zastosowanie zarówno w przypadku umów o pracę, jak i umów cywilnoprawnych.

Należy podkreślić, że wprowadzenie powyższych tzw. klauzul społecznych miało doprowadzić do wzrostu liczby zatrudnionych na podstawie umów o pracę do 2016 roku o 50 tysięcy względem osób pracujących w oparciu o umowy cywilnoprawne. Jednak pomimo szeregu zmian legislacyjnych, które miały doprowadzić do ograniczenia instrumentalnego wykorzystania prawa, nie we wszystkich postępowaniach przetargowych można było dostrzec zmianę postaw zamawiających pod wpływem nowych przepisów. Przykładami mogą tu być oddziały Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Z danych, którymi dysponuje Federacja Przedsiębiorców Polskich wynika, że podobnie postąpiło, co najmniej 15% zamawiających - wszyscy oni odmówili renegotjacji umów po wprowadzeniu oskładkowania umów cywilnoprawnych od 1 stycznia 2016 roku. Za przykładem instytucji publicznych podążył otwarty rynek, co przełożyło się na stawki w postępowaniach przetargowych dla podmiotów komercyjnych, a w konsekwencji doprowadziło do upowszechnienia się lub utrzymania dalszego stosowania umów cywilnoprawnych.

4. WYBRANE UWARUNKOWANIA ŚWIADCZENIA USŁUG

Krytyczna analiza praktyki obrotu gospodarczego lat 2008-2017 pozwala na stwierdzenie, że obszar zamówień na zlecenia usług dokonywanych na zewnątrz przez administrację publiczną w ostatnich latach został ukształtowany przez cztery główne czynniki, szczególnie przez ich wzajemne oddziaływanie:

- wadliwe prawo zamówień publicznych w zakresie stosowania kryterium najniższej ceny, w tym pozornych kryteriów dodatkowych, które nadal w 2017 roku są niewystarczające, żeby ceny rynkowe usług pokryły koszty minimalnej płacy krajowej w segmentach budownictwa, ochrony i sprzątania, żeby ograniczyły dostępność do nieoskładkowanej pracy. Dodatkowo równoległy brak możliwości waloryzacji cen w latach 2008 do 2016 stał się głównym czynnikiem zepchnięcia pracowników do roli zleceniobiorców, a także czynnikiem corocznego powiększania luki pomiędzy wynagrodzeniami rynkowymi zleceniobiorców, a krajową płacą minimalną
- zwiększająca się konkurencyjność oparta o outsourcing usług
- wadliwa ustawa o minimalnym wynagrodzeniu w zakresie braku do 2017 roku ochrony wynagrodzeń na umowach zlecenia
- zróżnicowany klin podatkowy z zakresie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wymuszający w warunkach oddziaływania wyżej wymienionych czynników zwiększanie rozliczeń wynagrodzeń w oparciu o umowy zlecenia.

Identyfikacja powyższych procesów oraz ich determinantów powinna pozwolić na udzielenie odpowiedzi o kierunek postulowanych zmian zastanej sytuacji.

4.1 Rozwój outsourcingu usług

Ostatnie lata są okresem coraz popularniej i powszechniej stosowanego w Polsce outsourcingu usług rozumianego jako wydzielenie ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa niektórych realizowanych przez nie samodzielnie funkcji i przekazanie ich do wykonania innym podmiotom. Przykładem takiego outsourcingu są właśnie usługi utrzymania czystości (sprzątania) czy też ochrony. Outsourcing opierający się w głównej mierze na pracy ludzkiej w pewnym stopniu doprowadził do sytuacji oddzielenia zamawiającego (będącego ostatecznym beneficjentem pracy) od osób (np. pracowników zastąpionych przez zleceniobiorców zatrudnianych u wykonawcy prac dla zamawiającego) świadczących faktycznie na jego rzecz pracę. Zamawiający przestał odpowiadać za zaniżenie kosztów pracy dla zleceniobiorcy. Wprowadzony pośrednik w postaci podmiotu zlecającego pracę osobie fizycznej (np. sprzątacze czy ochroniarzowi) jest jednocześnie kontrahentem dla beneficjenta ostatecznego świadczonej pracy (np. zamawiającego w zamówieniu publicznym). W dużej części taki model outsourcingu usług dotyczy także instytucji państwowych, które są jednocześnie zmuszone przepisami do stosowania procedur zakupowych wynikających z prawa zamówień publicznych.

Tak jak wskazano powyżej istotną kwestią w latach poprzednich utrudniającą prawidłową grę i równowagę rynkową była kwestia braku możliwości waloryzacji umów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych. Wprowadzanie do zamówień publicznych tzw. klauzul społecznych miało charakter pozorny i nie wpłynęło na istotną poprawę sytuacji na rynku pracy. Dopiero oskładkowanie umów zleceń do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę pozwoliło na odczuwalną zmianę. Niestety nie ograniczyło to dostępu do niskich kosztów pracy, opartych na nieoskładkowanych umowach zlecenia na ryzyko wykonawcy usług. Dalej istniejąca struktura stosunkowo kosztownych zamówień publicznych, a także jak wynika to z rzetelnych danych statystycznych uznawanie przez zamawiających praktycznie, jako jedyne kryterium decydującego o wyborze – kryterium najniższej ceny - w połączeniu z brakiem współodpowiedzialności zamawiającego za zmianę okoliczności wykonywania umowy oraz zapewnienie osobie fizycznej świadczącej faktycznie na rzecz zamawiającego usługi warunków w zakresie minimalnych stawek wynagrodzenia ustalanych przez Państwo Polskie doprowadziło obecnej sytuacji. To jest do oderwania się ostatecznego beneficjenta ekonomicznego

świadczonych usług od odpowiedzialności za warunki pracy i płacy. I skutkuje nieuzasadnionym przerzuceniem tej odpowiedzialności w zakresie np. zapewnienia zgodności działania z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę czy ubezpieczeń społecznych na wykonawców. Należy przy tym podkreślić, że to sami zamawiający, w tym liczne podmioty sektora finansów publicznych, świadomie korzystali z tak ukształtowanej sytuacji, to jest korzystali z usług świadczonych w ramach zamówień publicznych, które to usługi były oparte na umowach cywilnoprawnych. Co więcej, stosowany przez te podmioty prymat kryterium niskiej ceny wymuszał stosowanie najbardziej efektywnej kosztowo formy zatrudnienia, jaką była struktura oparta na multiplikowaniu umów zlecenia w przypadku jednej osoby świadczącej de facto na rzecz tego samego zamawiającego.

Wykres 5. Liczba osób, z którymi w trakcie roku została zawarta umowa zlecenie lub umowa o dzieło, a które nie były nigdzie zatrudnione na podstawie stosunku pracy – dane dla sekcji PKD Administracja publiczna i obrona narodowa w latach 2010–2014 (w tys.)



Według danych Głównego Urzędu Statystycznego w 2010 roku w administracji publicznej na podstawie umów zlecenia i o dzieło pracowało 22 tys. osób, które nigdzie indziej nie były zatrudnione na stałe. W 2014 roku takich osób było już dwa razy więcej (44 tys.). Tymczasem zastępowanie umów o pracę umowami cywilnoprawnymi jest wykroczeniem przeciwko prawom pracownika. Pozbawia go wielu uprawnień, m.in. prawa do urlopu wypoczynkowego, zachowania okresu wypowiedzenia, czy wynagrodzenia za czas choroby. Wpływa także na

wielkość kapitału gromadzonego w systemie emerytalno-rentowym i ogranicza wysokość przyszłej emerytury¹⁴. Zamawiający świadomie korzystali z usług świadczonych w oparciu o umowy cywilnoprawne, a wręcz wymuszali ofertowanie w oparciu o takie rozwiązania. Sektor publiczny faktycznie obniżał ceny zamówień, dyktując wykonawcom warunki niemożliwe do spełnienia. W wyniku tych działań miało miejsce zwiększenie wartości i liczby umów zleceń, w tym w szczególności tych nieoskładkowanych, co spowodowało, że ryzyko przypadło wykonawcy, a zamawiający został ostatecznym beneficjentem ekonomicznym przez zaniżone ceny usług na rynku.

Zamawiający, jako jedyny beneficjent struktury wymuszonej obowiązującymi przepisami osiągnął jako jedyny korzyści z tej struktury, przynosząc wykonawcy ryzyka, a zleceńbiorky zaniżenie wynagrodzeń wpływających dodatkowo na skrócenie okresów składkowych w proporcji do stopnia zaniżenia wynagrodzenia w stosunku do wysokości obowiązującej minimalnej płacy. Zamawiający osiągal, co najmniej korzyści ekonomiczne stanowiące różnicę pomiędzy kosztami, jakie ponieśli by realizując własne potrzeby zatrudniając zgodnie z prawem pracowników na umowę o pracę z płacą minimalną, a kosztem zakupu usług czy towarów po zaniżonych w przetargach cenach. Zamawiający obniżali ceny zamówień przez ustalanie zaniżonych budżetów i stosowaniu kryterium najniższej ceny, zmuszając wykonawców do zwiększania wartości i liczby umów zleceń w każdym kolejnym postępowaniu, w tym tych umów zlecenia niepodlegających zgodnie z obowiązującym prawem oskładkowaniu. Szczególnie bulwersuje, że w części zamówień stosowano dodatkowo przetargi elektroniczne do ustalania minimalnej ceny determinującej koszt pracy. W tym wymuszonym de facto przez Państwo Polskie systemie wykonawca stał się przede wszystkim pośrednikiem mającym zapewnić dostarczenie taniej siły roboczej dla zamawiającego, przejmując przy tym na siebie ryzyko ekonomiczne prowadzonej działalności, przy ciągle malejącej marży. Nie ulega żadnym wątpliwościom, że inaczej wyglądałaby sytuacja w praktyce, inaczej wyglądałby rynek pracy usług pracochłonnych, gdyby obowiązujące przepisy czyniły zamawiających współodpowiedzialnymi wraz z wykonawcami za konsekwencje zaniżenia cen w prawie czy to w

¹⁴ dane GUS za: NIK, zlecenie podstawowych zadań organów władzy publicznej

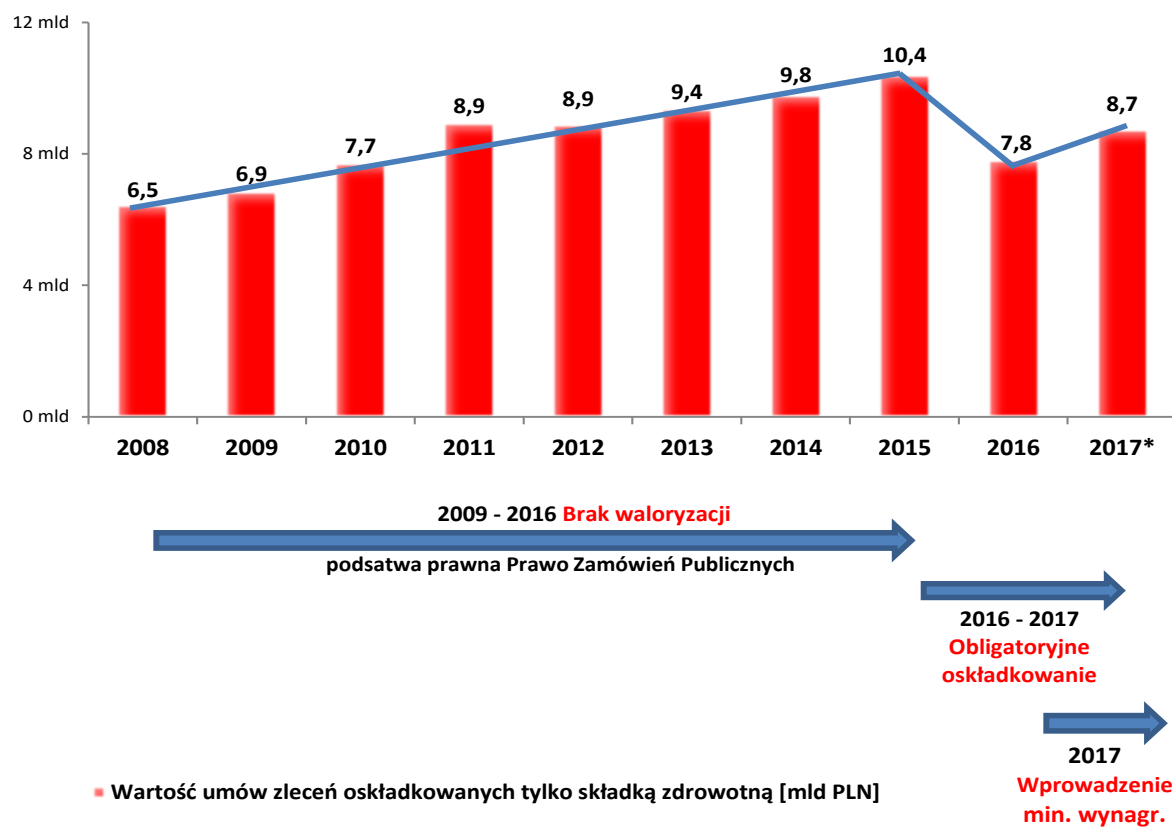
zakresie podniesienia minimalnego wynagrodzenia za pracę czy też w zakresie oskładkowania umów.

Nie ulega też wątpliwości, że w okresie lat 2008-2017 zamawiający, w tym także ci z sektora finansów publicznych czerpali ekonomiczne korzyści z realizacji składanych przez siebie zamówień po części de facto kosztem zleceniobiorców zatrudnianych na podstawie umów cywilnoprawnych, które nie były oskładkowane. Ówczesne czynniki decyzyjne po stronie rządowej przez wiele lat były głuche i nie reagowały w należyty sposób na postulowane przez przedsiębiorców wprowadzenie obowiązku zatrudniania w ramach wykonywania zamówień publicznych na podstawie umów o pracę. Ignorowano również apele wykonawców o wprowadzenie, jako standardu do umów przetargowych zapisów umożliwiających waloryzację wynagrodzeń zatrudnionych przy ich realizacji pracowników. Niestety wydanie w roku 2014 przez Prezesa Rady Ministrów zarządzenia w sprawie możliwości wymagania stosowania umów o pracę przy realizacji zamówień publicznych w administracji rządowej nie przełożyło się w ogóle na poprawę sytuacji - zaledwie 7 zamawiających z sektora finansów publicznych skorzystało z powyższego. Natomiast zauważalne w zakresie skali zwiększanie liczby umów zawieranych w ramach zamówień publicznych zawierających tzw. klauzule społeczne nastąpiło dopiero po kolejnej nowelizacji prawa zamówień publicznych, w 2016 roku. Należy podkreślić przy tym, że wprowadzenie w ten sposób obowiązkowego stosowania umów zleceń było pokłosiem wspólnych zabiegów tak strony pracodawców, jak też związków zawodowych.

4.2 Regulacje wynikające z prawa zamówień publicznych

Należy podkreślić, że obowiązujące przepisy spowodowały, iż *de facto* przetargi mogli wygrać wyłącznie wykonawcy, którzy oferowali najniższą cenę. Powyższe, mając na uwadze faktyczną różnicę klina podatkowego między droższymi umowami o pracę i zauważalnie tańszymi umowami cywilnoprawnymi wymuszało wprost konieczność stałego zwiększania liczby umów zleceń, szczególnie tych niepodlegających oskładkowaniu.

Wykres 6: Wzrost wartości umów zleceń oskładkowanych składką zdrowotną [mld PLN]¹⁵



Czynniki stymulujące wzrost umów zleceń nie oskładkowanych

¹⁵ Źródło danych: Wartość umów zleceń nieoskładkowanych w mld PLN - na podstawie danych z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (Departament Statystyki i Prognoz Aktuariatnych)

Przez wiele lat tzw. pułapka legislacyjna braku prawa do waloryzacji kontraktów w zamówieniach publicznych w toku ich wykonywania, nawet przy ustawowym wzroście płacy minimalnej lub wzroście wysokości składek na ubezpieczenia społeczne wymuszała wzrost liczby nisko opłacanych oraz nisko kosztowych pracowników. Odnotować należy, że konsekwencją prawie 77% wzrostu krajowej płacy minimalnej w latach 2008-2017 przy jednoczesnym braku waloryzacji cen pokrywających ten wzrost płacy było faktyczne przesunięcie ponad 1,5 mln osób zatrudnionych z umów o pracę na umowy cywilnoprawne.

Wprowadzane przepisy opisane powyżej w rozdziale 3 wzajemnie na siebie oddziałując skutecznie wymuszały zwiększanie wartości umów zleceń na rynku. Dopiero przepis wprowadzający obligatoryjne oskładkowania pracy do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę częściowo ograniczył wartość nie oskładkowanych umów zlecenia. W latach 2008-2017 każdy kolejny wzrost płacy minimalnej przy jednoczesnym braku waloryzacji cen w zamówieniach publicznych prowadził do regularnego przyrostu wartości takich umów. Wprowadzenie od 2016 roku obligatoryjnego oskładkowania umów zlecenia do wysokości płacy minimalnej również spowodowało wzrost wartości/liczby umów zleceń, jednak po raz pierwszy zmiana przepisów spowodowała – obniżenie o ponad 20% wartości umów nieoskładkowanych. W 2017 roku obserwuje się ponowny wzrost wartości/liczby umów zleceń nieoskładkowanych spowodowany wprowadzeniem minimalnej stawki roboczogodziny (13 PLN), która zwiększyła wynagrodzenia zleceniobiorców, a więc wartość umów zleceń o około 30% w segmentach, w których pracownicy byli nisko wynagradzani (ochrona i sprząatanie). Federacja Przedsiębiorców Polskich prognozuje w roku 2017 jedynie 10% wzrost wartości umów zleceń z uwagi na to, że powinien zadziałać kolejny czynnik, który ogranicza od 2016 roku wzrost wartości umów zleceń, tj. wprowadzenie obowiązkowych klauzul społecznych w prawie zamówień publicznych, które niestety nie mają zastosowania do ochrony¹⁶.

W odniesieniu do wielu istotnych zmian ukierunkowanych na normalizację stosunków pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami i pracownikami, które weszły w życie wraz z nowelizacjami ustaw w latach 2008-2016 należy zwrócić uwagę, że sytuacja uległa nieznacznej poprawie nie

¹⁶ Art. 138h ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.).

mając jednakże istotnego wpływu na normalizację rynku pracy (podnoszenie cen usług, a w konsekwencji wynagrodzeń). Podkreślić należy, że w dalszym ciągu uporządkowania wymaga jeszcze przeszłość, to jest okres od 2008 do 2017 roku, gdy regulacje prawne kształtujące obszar zamówień publicznych praktycznie dopuszczały tylko konkurencję najniższą ceną, co prowadziło wprost do niepożądanych skutków. Dopiero funkcjonujące obecnie tzw. klauzule społeczne, które zobowiązują zamawiających publicznych do żądania od wykonawców, aby w trakcie realizacji zamówienia zatrudniali pracowników na podstawie umów o pracę wówczas, gdy jest to uzasadnione, wraz z przepisami waloryzacyjnymi stanowią odpowiedni zestaw bodźców, który pozwala na wypracowanie odpowiedniego balansu między zamawiającym oraz wykonawcami. Co prawda nadal zdarzają się postępowania w ramach zamówień publicznych, w ramach których ceny za roboczogodzinę pracy ochroniarzy czy osób zajmujących się sprzątaniem utrzymują się na poziomach niezapewniających pokrycia kosztów umów o pracę, gdyż kryterium ceny pozostaje dominujące przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Okazuje się, że taka postawa charakteryzuje obecnie zarówno podmioty publiczne, jak i niepubliczne. Przykładowo Zakład Ubezpieczeń Społecznych, który dla innych przedsiębiorców działających na rynku powinien stanowić przykład poszanowania prawa i dbałości o interes zatrudnionych. Jednakże nie można też abstrahować od faktu, że funkcjonujący powszechnie w obszarze zamówień publicznych dogmat najniższej ceny jako jedyne kryterium wyboru oferty przez zamawiającego, przy jednoczesnym trwaniu mechanizmów prawnych pozwalających przedsiębiorcom na optymalizowanie kosztów składek na ubezpieczenia społeczne może dalej w przyszłości prowadzić do niepożądanego przez nikogo nadużywania cywilnoprawnych form zatrudnienia. Dlatego też niezbędnym jest rozważenie wprowadzenia rozwiązań likwidujących dostępność do zróżnicowanych kosztów ekonomicznych pracy które zminimalizują powyższe ryzyko, na którym tracą zleceniobiorcy oraz wykonawcy zamówień publicznych.

4.3 Zróżnicowany klin podatkowy

Klinem podatkowym określana jest różnica między całkowitym kosztem zatrudnienia pracownika zatrudnionego, a wynagrodzeniem „na rękę”, jakie ten pracownik otrzymuje. Każda forma zatrudnienia charakteryzuje się innym klinem podatkowym w zależności od zakresu ochrony ubezpieczeniowej, czyli od tytułów, którym podlega, a także wyłączeń. To zróżnicowanie klinów dla różnych rodzajów kontraktowania pracy determinuje ukierunkowanie przedsiębiorców (wykonawców) na poszukiwanie coraz niższych kosztów pracy.

W przypadku umowy podlegającej oskładkowaniu (umowa o pracę, umowa zlecenia oskładkowana) w skład klina podatkowego wchodzi podatek dochodowy od osób fizycznych i składki na ubezpieczenie społeczne, a także składka na ubezpieczenie zdrowotne. Natomiast w przypadku innych nietypowych form zatrudnienia klin podatkowy nie zawiera części składek na ubezpieczenia społeczne, lub zawiera wyłącznie składkę zdrowotną. W rezultacie przeciętny klin w umowie o pracę wynikający tylko z przepisów o ubezpieczeniach społecznych, jest ponad czterokrotnie wyższy niż w nieoskładkowanej umowie cywilnoprawnej. Tak duża różnica kosztów jest mechanizmem zachęcającym a wręcz wymuszającym z punktu widzenia ekonomicznego stosowanie nieoskładkowanych umów zlecenia oraz umów o dzieło. Pozostawienie takich nierówności w przypadku form wykonywania pracy nadal utrzymuje mechanizm konkurencji najniższą ceną w postępowaniach na udzielenie zamówienia publicznego. W otoczeniu rynkowym, na którym główną rolę odgrywa konkurencja kosztami pracy naturalnym jest, że podmioty wybierają ograniczenia wysokości należnych danin publicznych. Przedsiębiorca zmuszony do ograniczenia kosztów dąży do kupowania pracy jak najtaniej, a więc to koszt oparty o nieoskładkowaną umowę zlecenia staje się punktem odniesienia dla ceny rynkowej. Ukierunkowanie w latach 2008-2017 przedsiębiorców, którzy konkurowali o zamówienia publiczne, na poszukiwanie coraz niższych kosztów pracy wynikało z konieczności spełnienia potrzeb klienta publicznego oczekującego najniższej ceny. Stosowanie dopuszczonych prawem form zatrudnienia należy oceniać, jako wyraz racjonalności przedsiębiorców. Warto także podkreślić, że publikowane i powszechnie dostępne informacje o stawkach usług w zamówieniach publicznych przyczyniły się do szybkiego przeniesienia negatywnych praktyk do pozostałych sektorów rynku. Poza nadmiernym zróżnicowaniem

klinów podatkowych dla różnych form zatrudniania motywacje do zatrudniania na umowach cywilnoprawych wzmacniają przepisy dotyczące elastyczności zatrudnienia oraz te dotyczące kumulacji zawierania kilku rodzajów umów, czyli rozstrzygania tzw. sytuacji związanych ze zbiegami tytułów. Należy też zaznaczyć, że struktura zatrudnienia dopiero w ostatnich dwóch latach zmieniała się na rzecz umów o pracę. Doszło do zwiększenia kosztów pracy na skutek zmiany przepisów stanowionych przez Państwo.

Tabela 1. Zróżnicowanie klina podatkowego dla różnych form zatrudnienia

Podstawowe cechy i założenia umowy	Umowa o pracę	Umowa zlecenie do wysokości płacy minimalnej	Umowa zlecenie powyżej wysokości płacy minimalnej (druga umowa zlecenia ubezpieczonego)
Cel	wykonanie obowiązków z polecenia pracodawcy	staranne wykonanie zlecenia powierzonego przez zleceniodawcę	staranne wykonanie zlecenia powierzonego przez zleceniodawcę
Składki	emerytalna, rentowa, chorobowa, wypadkowa, zdrowotna pracownika i pracodawcy	Emerytalna, rentowa, chorobowa, wypadkowa, zdrowotna	brak obowiązku składek na ubezpieczenie społeczne, składka zdrowotna - obowiązkowa
Miejsce	wykonywanie pracy pod nadzorem i w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę	swoboda w wyborze miejsca pracy, w zależności od rodzaju zlecenia nie ma konieczności wykonywania jej w jednym, wskazanym przez zleceniodawcę miejscu	swoboda w wyborze miejsca pracy, w zależności od rodzaju zlecenia nie ma konieczności wykonywania jej w jednym, wskazanym przez zleceniodawcę miejscu
Czas	pracownik zobowiązuje się do odbywania pracy w czasie wyznaczonym przez przełożonego	Zleceniobiorca ma prawo sam ustalić ramy czasowe, w których będzie wykonywał swoją pracę	Zleceniobiorca ma prawo sam ustalić ramy czasowe, w których będzie wykonywał swoją pracę
Podstawa prawna	Kodeks Pracy	Kodeks Cywilny	Kodeks Cywilny
Koszty dodatkowe	płatny urlop, koszty medycyny pracy	brak	brak
Sąd pracy	obowiązuje	pośrednio obowiązuje	pośrednio obowiązuje

Obniżanie kosztów pracy możliwe było dzięki wykorzystywaniu, dopuszczonego prawem, mechanizmu multiplikowania podstaw zatrudnienia. Multiplikacja podstaw zatrudnienia wykorzystuje przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych dotyczące zbiegu różnych tytułów ubezpieczenia do obniżenia zobowiązań publicznych ciążących na pracodawcy.

Mechanizm ten sprowadza się do rozdrobnienia stosunku zatrudnienia, które prowadzi do wydzielania poszczególnych fragmentów stosunku do odrębnych stosunków prawnych łączących danego pracownika z tym samym (multiplikacja wertykalna) lub z innym podmiotem zatrudniającym (multiplikacja horyzontalna).

W Polsce w roku 2017¹⁷ grupę osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych można podzielić na 5 segmentów:

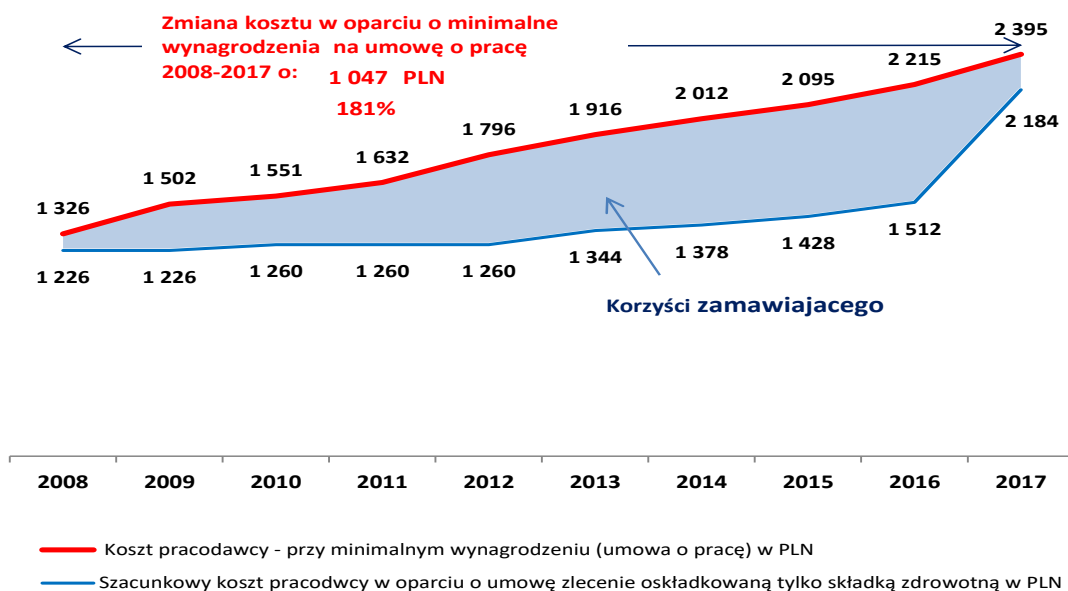
- Segment 1 (1 021 tys. os. – pracujący na podstawie umów cywilnoprawnych) – osiągają przychody z tyt. działalności wykonywanej osobiście przeciętnie przez 10 mies., wszyscy płacą składkę zdrowotną, a średnio w 2017 roku dla pracy rozliczanej na podstawie umowy cywilnej 72% płaci wszystkie składki, przy czym dla segmentów ochrony i sprzątania wskaźnik opłacania składek jest kilkanaście procent niższy.
- Segment 2 (480 tys. osób – dorabiający) – 96% ma dochody z umowy o pracę. Jedynie 10% płaci składki ZUS a 56% NFZ (przypuszczalnie duży odsetek umów o dzieło). Najwięcej w tym segmencie jest osób korzystających z ulgi na dzieci (aż 83% - kolejna wartość to 38%).
- Segment 3 (2,5 tys. osób – najbogatsi/ mężczyźni) - najbogatsi i przeciętnie najstarsi w grupie. Rzadko wykorzystują ulgę na dzieci i mają relatywnie najmniej zbiegów z innymi tytułami, (choć najwięcej przychodów ze źródeł zagranicznych). 96% to mężczyźni.
- Segment 4 (32 tys. osób – działalność gospodarcza) - osoby działające w zbiegu z działalnością gospodarczą (niemal 100%). Nie płacą ZUS, ale płacą PIT i najliczniej korzystają z ulgi na dzieci. Mają relatywnie więcej dochodów z praw majątkowych i poniżej połowy pracuje również na umowie o pracę. 59% to mężczyźni.
- Segment 5 (2 640 tys. – młodzi/sezonowi) - najmłodszy segment (średnia 36 lat) pracuje średnio przez 1,2 mies. na umowę zlecenie. Składki ZUS płaci 31% osób, a NFZ 44%. Praktycznie nie korzystają z ulgi na dzieci. 69% płaci PIT.

¹⁷ Źródło: dane MF, prezentacja na III Forum Współpracy ZUS, 8 września 2017

Odnośnie skali osób pracujących na podstawie umów cywilnoprawnych właściwym jest stwierdzenie, że w wyniku korzystniejszych dla pracodawców warunków kosztowych umowy te zastępują właściwe dla zakresu wykonywanych zadań umowy o pracę. W celu przeciwdziałania warto rozważyć na przyszłość, czy właśnie umowy o pracę nie powinny być jedyną możliwością formalną wykonywania pracy lub oskładkowane powinny być w pełni wszystkie rodzaje umów (oskładkowanie jednolite), lub co najmniej wprowadzić minimalny stopień oskładkowania dla każdego pracodawcy.

Jak już opisano powyżej przeciętny klin w umowie o pracę jest ponad czterokrotnie wyższy niż w nieoskładkowanej umowie cywilnoprawnej. Tak duża różnica kosztów jest mechanizmem zachęcającym a wręcz wymuszającym z punktu widzenia ekonomicznego stosowanie nieoskładkowanych umów zlecenia oraz umów o dzieło.

Wykres 7: Klin podatkowy (% udział w podstawie umów)¹⁸



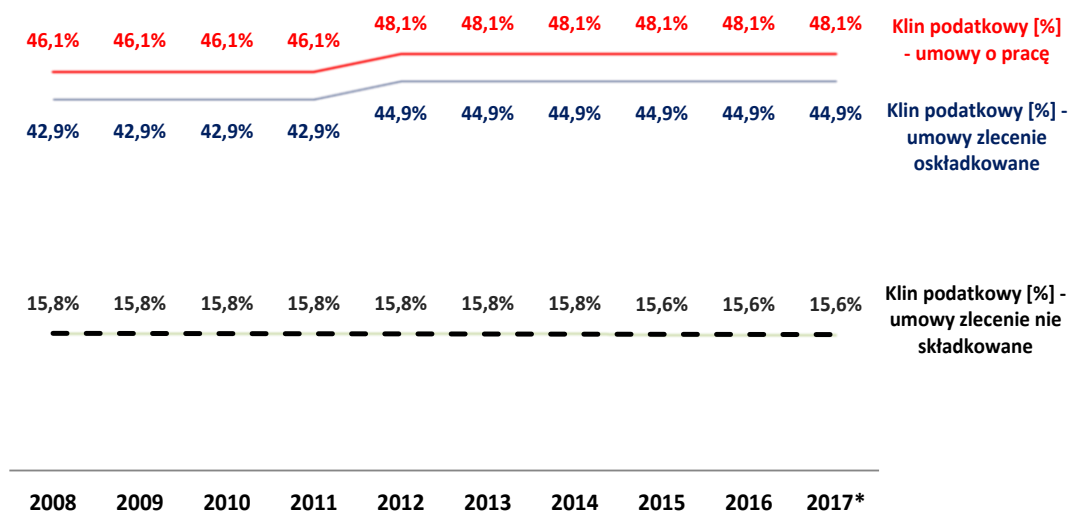
¹⁸ Źródło danych: Na podstawie danych z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (Departament Statystyki i Prognoz Aktuariatycznych).

Obecnie obowiązujące przepisy różnicują koszty wykonywania danej umowy zlecenia w zależności od kolejności zatrudnienia, uprzywilejowując drugiego zleceniodawcę. Uregulowania te doprowadzają do zróżnicowania klina podatkowego także między poszczególnymi zleceniodawcami oraz przenoszą faktyczne koszty zatrudnienia na pierwszego zleceniodawcę. Takie rozwiązania wprowadzają nierówność w ponoszeniu kosztów pracy pomiędzy poszczególnymi zleceniodawcami, są źródłem zaniżania cen na rynku, a także narzędziem nieuczciwej konkurencji w postaci tzw. podkupywania zleceniobiorców co jest zjawiskiem wysoce niepożądanym i nagannym.

Podkreślenia wymaga, że powiększająca się luka pomiędzy kosztem rynkowym pracy dostosowanym do funkcjonujących cen w zamówieniach publicznych na rynku (w segmencie usług ochrony mienia), a kosztem pracy opartym o ustawową wysokość wynagrodzenia minimalnego, spowodowana była zamrożeniem cen w zamówieniach powodowanych brakiem waloryzacji w latach 2008-2015. Co istotne, przyczyną „zamrożenia” cen usług na rynku był brak odpowiedzialności zamawiającego w zakresie przepisów chroniących wynagrodzenie pracownika (Kodeks pracy, ustawa o minimalnym wynagrodzeniu), który pozwalał zamawiającym na ograniczanie wzrostu cen za usługi mimo wzrostu płacy minimalnej (powiększając klin korzyści zamawiającego). Klin korzyści, czyli powiększająca się luka pomiędzy kosztem pracy opartym o umowę o pracę, a rynkowym kosztem pracy obrazują rosnące korzyści zamawiającego.

Dopiero wprowadzenie stawki minimalnej za roboczogodzinę skokowo przy jednocześnie ustawowo dopuszczonej od roku 2016 waloryzacji cen w zamówieniach publicznych umożliwiło wzrost cen rynkowych zwiększając wynagrodzenia za pracę kosztem ograniczenia korzyści zamawiającego. Nie zmienia to faktu, że przykładowo nadal średnie ceny w segmencie usług ochrony nie pokrywają kosztów pracy opartych o płacę minimalną, ponieważ ponad 40% umów zleceń jest nadal nieoskładkowanych w tym segmencie, ponieważ wynagrodzenie pracowników, którzy pracują nawet na 2 etaty, w części powyżej płacy minimalnej u drugiego pracodawcy jest nieoskładkowane. Wobec tego zasadnym rozwiązaniem jest, co najmniej podniesienie poziomu obligatoryjnego oskładkowania.

Wykres 8: Porównanie kosztów pracodawcy w oparciu o minimalne wynagrodzenie (umowa o pracę) oraz szacunkowe (wg realnych stawek na umowę zlecenie) wynagrodzenia w latach 2008-2017¹⁹



Obecny stan prawny w praktyce oznacza, że pracodawca zatrudniający pracownika na umowę o pracę nie ma szans konkurować z drugą firmą, która tego samego pracownika może zatrudniać na umowę zlecenia nieoskładkowaną, co powoduje obniżanie cen usług na rynku – dumping socjalny. Podsumowując, należy wskazać, że klin podatkowy tylko w zakresie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w przypadku umowy o pracę jest czterokrotnie wyższy niż klin nieoskładkowanej umowy zlecenia, a w przypadku uwzględnienia obowiązków wynikających z Kodeksu pracy i innych przepisów tej umowy o pracę, w stosunku do umowy zlecenia oskładkowanej wyłącznie składką zdrowotną jest nawet sześciokrotnie wyższy. Tak istotna różnica w klinie pomiędzy umową o pracę, a nieoskładkowaną umową zlecenia jest źródłem

¹⁹ Źródło danych: Koszt pracodawcy - przy minimalnym wynagrodzeniu (umowa o pracę) w PLN - Główny Urząd Statystyczny (w zakresie minimalnego wynagrodzenia na etat) oraz Zakład Ubezpieczeń Społecznych (w zakresie wysokości składek ZUS) Szacunkowy koszt pracodawcy przy umowie zlecenie w PLN - Federacja Pracodawców Polskich (na podstawie ankiet z segmentu usług ochrony)

stałego zwiększania udziału nieoskładkowanych umów zleceń w rozliczeniu wynagrodzeń. Różnica wartości klina stanowi źródło dostępu do niskich kosztów pracy opartych o umowy zlecenie nieoskładkowane, doprowadzając do zaniżania stosowanych cen usług na rynku. Różnica w klinie uniemożliwia urealnienie cen usług na rynku, które mogłyby pokryć koszty minimalnego wynagrodzenia. Oznacza to, że jedynie ograniczenie stosowania umów zleceń nieoskładkowanych na rynku, np. przez podwyższenie obligatoryjnego oskładkowania pozwoli skutecznie przeciwdziałać problemowi trwającemu już blisko dekadę. Podwyższenie obligatoryjnego poziomu oskładkowania umów zleceń ograniczy wartość umów zleceń nieoskładkowanych na rynku i ograniczy negatywne skutki różnicy w klinie podatkowym, wymusi urealnienie cen rynkowych. Co więcej tak wysoka różnica w klinie podatkowym jest źródłem zaniżania cen rynkowych, które w 2017 roku średnio nie pokrywają kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę. W celu ograniczenia negatywnych skutków różnicy w klinie należy rozważyć wprowadzenie przepisów ograniczających możliwość stosowania nieoskładkowanych umów zleceń, co pozwoli urealnić ceny na rynku. Obiektywnie niekorzystne dla wszystkich poza zamawiającymi działania zmierzające do obniżania kosztów pracy możliwe były dzięki wykorzystywaniu, dopuszczonego prawem, mechanizmu multiplikowania podstaw zatrudnienia. Multiplikacja podstaw zatrudnienia wykorzystuje przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych dotyczące zbiegu różnych tytułów ubezpieczenia do obniżenia zobowiązań publicznych ciążących na pracodawcy. Mechanizm ten sprowadza się do rozdrobnienia stosunku zatrudnienia, które prowadzi do wydzielania poszczególnych fragmentów stosunku do odrębnych stosunków prawnych łączących danego pracownika z tym samym (multiplikacja wertykalna) lub z innym podmiotem zatrudniającym (multiplikacja horyzontalna). Zasadnym jest ukrócenie tego zjawiska w przyszłości.

5. WNIOSKI Z ANALIZY STANU FAKTYCZNEGO I PRAWNEGO

Przeprowadzona analiza stanu faktycznego i prawnego opisanego powyżej pozwala na sformułowanie pewnych wniosków, które mogą być podstawą do wywiedzenia propozycji nowych działań oraz inicjatyw. Władze publiczne określając warunki podlegania ubezpieczeniom społecznym akceptują dzisiaj możliwość zawierania różnych umów, stanowiących odrębne albo samodzielne tytuły do podlegania ubezpieczeniom społecznym. Jednakże wypracowana przez lata konstrukcja implikuje pewne niepożądane sytuacje, które były przedmiotem szczegółowego opisu powyżej w treści niniejszego raportu. Dlatego też celem przeciwdziałania negatywnie ocenianym zjawiskom konieczne jest **wyeliminowanie podstaw stosowania umów zleceń oskładkowanych wyłącznie składką zdrowotną opartych o zbiegi tytułów**. Wyrównanie szans dla przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia publiczne nastąpi jedynie w sytuacji wyrównania kosztów pracy wszystkich pracowników, bez względu na rodzaj zawartej umowy. Ukształtowanie równego dostępu pracodawców do konkurencyjnych ekonomicznie form zatrudniania, a także wprowadzenie obowiązku oskładkowania wynagrodzenia pracownika do określonego poziomu u każdego pracodawcy byłoby działaniem wyrównującym szanse tak na rynku zamówień publicznych, jak też na rynku pracy. Wydaje się, że już czas głośno to powiedzieć, że każda forma zatrudnienia w Polsce powinna być tak samo obciążona w zakresie podatków oraz składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne. Uprościłoby to system, rozwiązało wiele problemów przeszłych, obecnych oraz tych, które nadejdą w przyszłości.

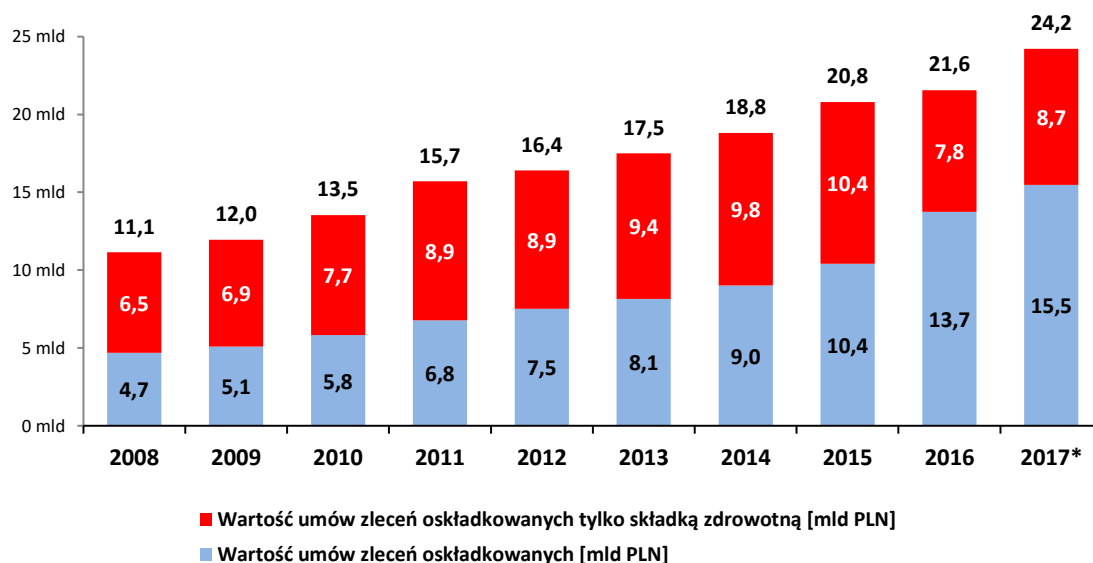
Natomiast trzeba też pamiętać, że wśród głównych skutków dla samych zleceniobiorców wzrostu liczby i wartości umów zleceń, w tym nieoskładkowanych należy wskazać:

- w latach 2008 do 2016 powiększająca się luka pomiędzy wysokością wynagrodzenia na zleceniach a obowiązującą płacą minimalną, kiedy ustawa o wynagrodzeniu minimalnym za pracę nie chroniła zleceniobiorców (patrz Wykres 8 str. 40)
- redukcję okresów składkowych zleceniobiorców w okresach rocznych proporcjonalnie do zaniżenia wysokości wynagrodzenia zleceniobiorcy w stosunku do wysokości płacy minimalnej

- możliwe obniżenie przyszłej emerytury, zwłaszcza przez niewypracowanie minimalnych okresów składkowych co będzie wiązało się z utratą prawa do emerytury minimalnej i przejście do zasad wyliczania emerytur groszowych.

Dla oferentów ubiegających się o zamówienia publiczne przepisy wymuszały zwiększanie stosowania form zatrudnienia objętych wyłącznie składką zdrowotną, które to stanowiły jedyny sposób żeby wygrać zamówienie przy powszechnie stosowanym kryterium najniższej ceny. Niestety dobre praktyki wielu przedsiębiorców przejawiające się poszanowaniem prawa pracy czy realizacji postanowień ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę zostały niejako „wypchnięte” przez wymogi wynikające z prawa zamówień publicznych, które ograniczyły lub nawet de facto uniemożliwiły waloryzację cen w zamówieniach, preferując kryterium najniższej ceny, a także konstrukcji prawnych wynikających z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych pozwalających na brak oskładkowania umów zlecenia. Mechanizmy utworzone przez wskazane przepisy były silniejsze niż podejmowane przez Państwo Polskie nieskuteczne, potwierdzone statystykami próby ograniczania stosowania nieoskładkowanych umów zleceń. Wprowadzenie zasad konkurencji na rynku zamówień publicznych bez odpowiednich regulacji ograniczających różnice w klinie podatkowym dla różnych form zatrudniania spowodowało wypychanie pracowników na umowy cywilnoprawne (Wykres 8 str. 40). **Jedyną zmianą, która ograniczyła wartość nieoskładkowanej pracy, było ustanowienie minimalnej podstawy oskładkowania umów zlecenia w roku 2016.** W warunkach konkurencji rynkowej prawo ustalone ustawą o systemie ubezpieczeń społecznych, umożliwiające obniżenie kosztów prowadzenia działalności gospodarczej poprzez odprowadzanie niższych składek na ubezpieczenia społeczne stało się źródłem patologii stosunków pracy przez dopuszczenie umów nieoskładkowanych. Należy przy tym również wskazać, że nie jest prawdą, że beneficjentem stosowania umów zlecenia był wykonawca usług. **Jedynym faktycznym beneficjentem tej struktury był zamawiający usługi,** o czym świadczy analiza cen w zamówieniach publicznych. Wykonawcy zmuszeni warunkami ekonomicznymi kontraktów, dostosowywali koszty pracy do zaniżanych cen usług na rynku sięgając do dopuszczonych przez prawo umów zlecenia niepodlegających oskładkowaniu składką emerytalną i rentową.

Wykres 9. Struktura wartości umów zleceń w podziale na umowy oskładkowane i oskładkowane tylko składką zdrowotną [mld PLN]²⁰



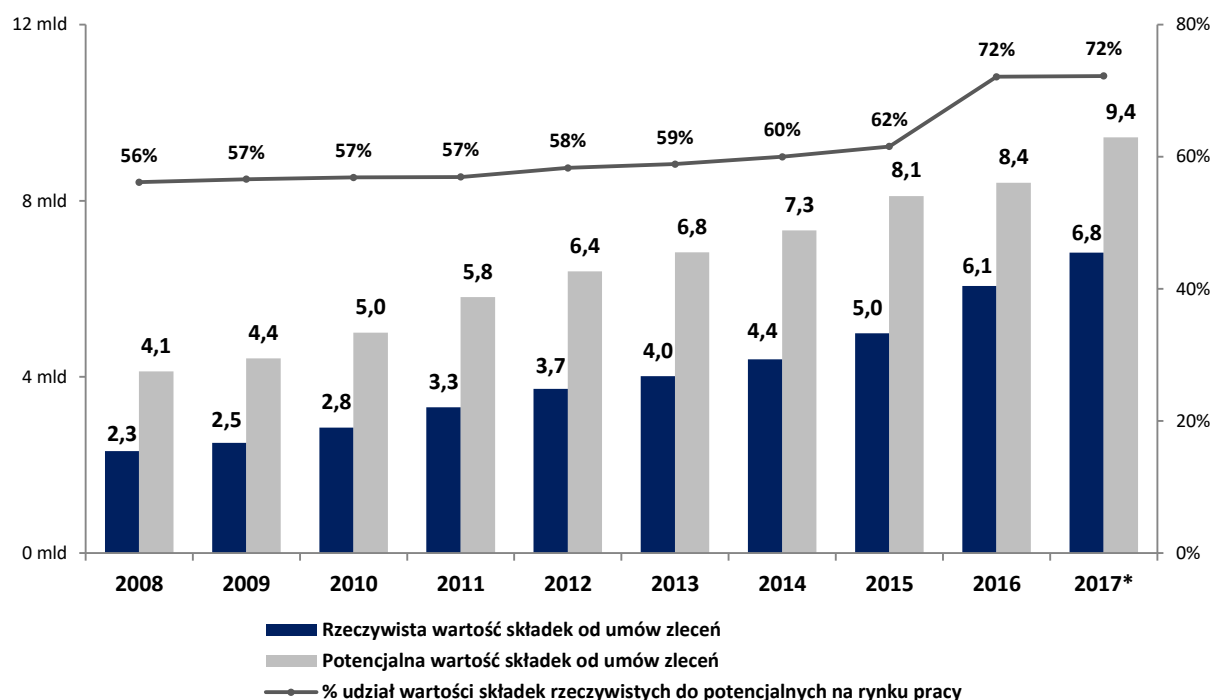
Według danych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w latach 2008-2017 wartość umów zleceń, od których odprowadzono składkę na ubezpieczenia społeczne wynosiła od 4,7 mld zł w 2008 roku do 13,7 mld zł w 2016 roku. Według prognoz w 2017 roku wartość umów zleceń, od których odprowadzone zostaną składki na ubezpieczenia społeczne przekroczy 15,5 mld zł. Natomiast wartość umów, od których odprowadzana była tylko składka na ubezpieczenie zdrowotne wynosiły analogicznie od 6,5 mld zł do 10,4 mld zł w 2015 roku. Istotny spadek wartości umów zleceń, od których odprowadzana jest tylko składka zdrowotna miał miejsce w 2016 roku, czego przyczyny można doszukiwać się w zmianie zasad podlegania ubezpieczeniom do poziomu minimalnego wynagrodzenia.

Oznacza to, że przeciętna podstawa naliczania składki emerytalnej i rentowej wynosiła wówczas około 1,1 tys. złotych. Jednocześnie, przeciętna podstawa wymiaru składki na ubezpieczenie zdrowotne wynosiła w tym samym okresie 1,7 tys. złotych. Oznacza to, że pomimo domknięcia systemu poprzez wprowadzenie do ustawy systemowej art. 9 ust. 2c, składki na ubezpieczenia

²⁰ Opracowanie własne Federacji Przedsiębiorców Polskich na podstawie danych ZUS

społeczne wciąż były odprowadzane od podstawy niższej niż składki na ubezpieczenia zdrowotne.

Wykres 10. Rzeczywista oraz potencjalna wartość składek w mld PLN (przy założeniu obowiązywania pełnego oskładkowania wszystkich umów zleceń) oraz udział wartości składek rzeczywistych do potencjalnych²¹



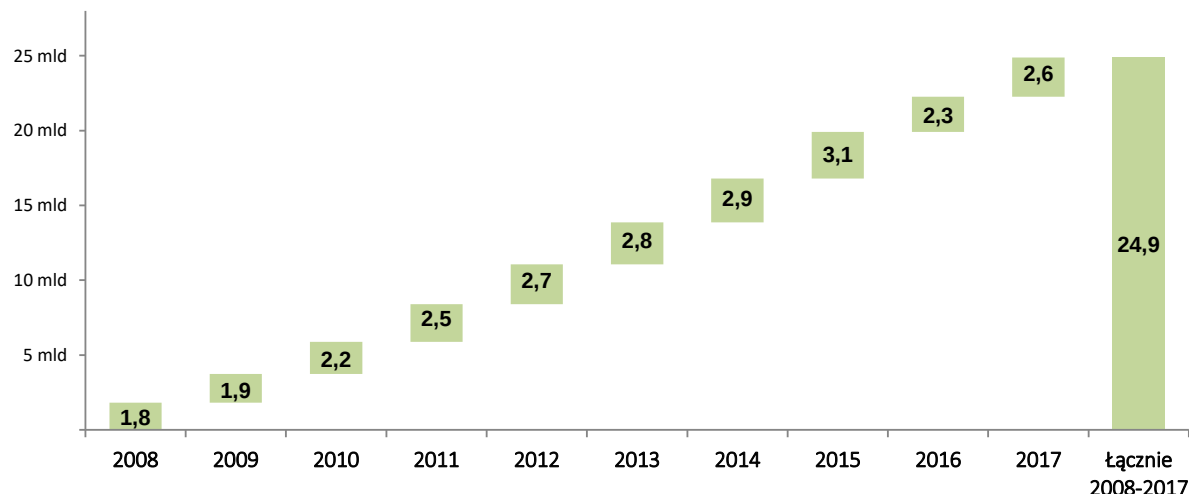
Wartość składek, jakie zasiliły Fundusz Ubezpieczeń Społecznych w latach 2008-2017, z tytułu umów cywilnoprawnych można oszacować na około 34,1 miliarda złotych. Gdyby w tym okresie obowiązywały przepisy funkcjonujące aktualnie, a więc zakładające oskładkowanie wszystkich umów cywilnoprawnych do poziomu minimalnego wynagrodzenia za pracę, to Fundusz Ubezpieczeń Społecznych mógłby zostać zasilony dodatkowo kwotą 24,9 miliarda złotych²². Jednocześnie jest to też kwota, która powinna zasilić indywidualne konta emerytalne pracowników pracujących w przeszłości na umowach cywilnoprawnych i kwota, jaką zmuszone byłyby zapłacić polskie przedsiębiorstwa w razie ziszczenia się scenariusza negatywnego,

²¹ Opracowanie własne na podstawie danych ZUS

²² Szacunki własne Federacji Przedsiębiorców Polskich na podstawie danych ZUS

zakładającego konsekwentne ściąganie zaległych składek na ubezpieczenia społeczne. O tyle też powinny być droższe usługi zakupione przez finalnych, faktycznych beneficjentów.

Wykres 11. Potencjalna składka nieodprowadzona. Wartość różnic między składkami potencjalnymi a rzeczywistymi (w zakresie wszystkich tytułów składek) na podstawie wykresu nr 10 [mld PLN]²³



Nie ulega też wątpliwości, że samonakręcający się mechanizm konkurencyjnego rynku, doprowadzając do zwiększenia konieczności zastosowania umów zleceń niepodlegających oskładkowanych, np. przez rozdrabnianie zakresów usługowych lub podzlecenie - w efekcie końcowym doprowadził do działań na granicy pozorności. Medialna opinia przypisania osiągniętych korzyści wykonawcy usług wynika z braku wiedzy o cenach usług i sposobie ich kształtowania, przy których zarówno pracownik godził się na niższe płace i nieskładkowanie, a pracodawca na coraz niższą marżę. Jak pokazuje analiza przedstawiona w niniejszym raporcie to zamawiający przejęli wszystkie korzyści ekonomiczne ze zastosowanej struktury zatrudnienia. Polityka przetargowa oparta na kryterium najniższej ceny i braku waloryzacji wymuszała na wykonawcach i jego zleceniobiorcach korzystanie z umów zleceń nieoskładkowanych, wręcz następowało dostosowywanie kosztu ekonomicznego pracy do dyktatu cenowego narzucanego przez zamawiających, o czym świadczy analiza stawek w segmencie ochrony - ceny za

²³ Źródło danych:

Wyliczenia własne na podstawie danych z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (Departament Statystyki i Prognoz Aktuariatycznych)

roboczogodzinę były nawet dwa razy mniejsze niż koszt pracy oparty o płacę minimalną. Wykonawcy mogliby być beneficjentami nieoskładkowanych umów cywilnoprawnych, jedynie w sytuacji gdyby ceny usług na rynku pokrywały koszty płacy minimalnej. Ich marże obniżały się przez cały okres braku waloryzacji, brak waloryzacji z jednocześnie rosnącą konkurencyjnością rynkową spowodowaną rozszerzaniem się outsourcingu obniżał marże, co roku, od 2008 roku do 2016 marże zmalały, o co najmniej 50%, a zadłużenie ciągle rosło, doprowadzając wiele przedsiębiorstw do utraty zdolności zaciągania kolejnych kredytów, np. na finansowanie nowych zobowiązań względem ZUS. Zjawisko to szczególnie widoczne jest w ostatnich kilku kwartałach. Dodatkowo z analizy ogłoszeń o pracę wynika, że koszt pracy w segmentach usług pracochłonnych m.in.: ochrona, czystość, itd., wzrósł o 34% w okresie od 1 kwartału 2016 roku do pierwszego kwartału 2017 roku, co Federacja ustaliła na podstawie monitorowania ogłoszeń o pracę w segmentach ochrony. Analiza ofert pracy zgłaszanych przez pracodawców wykazuje nieobserwowany dotychczas wzrost oferowanych stawek²⁴. Wprowadzenie przepisów umożliwiających stosowanie nieoskładkowanych umów zleceń, mimo wywołania pozornego wrażenia obniżenia kosztów dla pracodawców, w świetle mechanizmów rynkowych okazało się pułapką na wykonawców usług i ich pracowników. W warunkach konkurencji opartej wyłącznie na niskich kosztach, wykonawcy zmuszani byli do zwiększania udziału umów nieoskładkowanych (rozwiązań opartych na powiększaniu ryzyka). Podkreślić należy, że istnienie w prawie rozwiązań umożliwiających obniżanie oferowanych zamawiającym kosztów pracy nie było niekorzystne dla samych wykonawców. Przedsiębiorcy wskazywali, że ustalenie jasnych i jednoznacznych zasad pozwoliłoby uniknąć konkurowania stosowanymi rozwiązaniami w zakresie sposobów zatrudnienia. Wymusiłoby inne niż cenowe źródła przewagi konkurencyjnej i wyzwoliło innowacje, doprowadzając do likwidacji presji stosowania nieoskładkowanych umów zleceń.

Ustawowe możliwości braku obowiązku oskładkowania pracy spowodowały, że zamawiający na ryzyko wykonawców obniżali ceny zamówień, a wykonawcy (do czasu wprowadzenia minimalnej stawki godzinowej za pracę, a więc do 2016 roku) nie byli w stanie zapewnić swoim zleceniobiorcom wynagrodzenia powyżej płacy minimalnej. Uczestnictwo w wyścigu o

²⁴ Dane Federacji Przedsiębiorców Polskich

optymalizację kosztów form zatrudnienia dla wykonawców nie było działaniem dobrowolnym. Był to efekt błędnej polityki państwa, które wymuszało takie działania licząc, że dzięki redukowaniu kosztów pracy Polska (budżet państwa) przetrwa światowy kryzys gospodarczy, zrealizuje program inwestycyjny w okresie pierwszej perspektywy finansowej obecności w UE oraz zachowa międzynarodową konkurencyjność, jako miejsce do lokowania inwestycji. Cele te zostały w dużej mierze zrealizowane, jednak kosztem eksplozji nietypowych form zatrudnienia i nieoskładkowanych umów cywilnoprawnych. Dobre praktyki stosowane przez wiele podmiotów siłą rzeczy musiały zostać wypchnięte z rynku. W tym samym czasie interpretacje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzały akceptację dla tego typu rozwiązań, dlatego umowy cywilne w rozliczeniach pracy stały się powszechne. Mechanizmy rynkowe były silniejsze niż skutki stopniowo zaostrzanych przepisów, poprzez które Państwo Polskie starało się ograniczać stosowanie nieoskładkowanych umów zleceń.

Państwo Polskie podjęło próby ograniczenia negatywnie ocenianych praktyk, jednak jedyną metodą, która przyniosła skutek, było ograniczenie możliwości zastosowania nieoskładkowanych umów - czyli na przykład ustanowienie minimalnej podstawy oskładkowania umów zleceń w zbiegach od 2016 roku. Dotychczasową politykę państwa w tym obszarze można niestety określić, jako zwalczanie skutków, a nie zaś przyczyn zjawiska. Jak pokazuje statystyka (Wykres 2 str. 13) jedynie takie działania jak zmiany w sposobie objęcia oskładkowaniem przynoszą efekty. Należy też podkreślić, że to Państwo Polskie, jego organy i instytucje poprzez presję na najniższą cenę w przetargach publicznych korzystało z zaniżonych cen (dumping socjalny). Poprzez błędne decyzje ustawodawcy (np. nowelizacja art. 144 prawa zamówień publicznych w 2008 roku – zablokowanie waloryzacji cen) utrzymywało mechanizmy niekorzystne dla pracowników i pracodawców. To na skutek działań władz publicznych zamawiający wykorzystywali prawo zamówień publicznych do presji na wykonawców i unikali należnej waloryzacji kontraktów. Niestety instytucje państwa zawiodły także ze względu na brak wydawania interpretacji ogólnych, tolerowanie sprzeczności w wydawanych interpretacjach indywidualnych, a także poprzez utwierdzanie przedsiębiorców, co do prawidłowości stosowanych przez nich praktyk. W latach 2008-2017 wadliwie funkcjonujące przepisy, sprzeczne interpretacje wydawane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych oraz niejednolite i

zróznicowane wyroki sądów powszechnych doprowadziły do niepewności i ograniczenia zaufania ubezpieczonych oraz przedsiębiorców do Państwa Polskiego. Wymuszano na wykonawcach optymalizację kosztów pracy tak, aby możliwe było spełnienie kosztowych oczekiwań rynku na przedmiotowe pracochłonne usługi. A na rynku tym prym wiodły po stronie zamawiających podmioty państwowe zobowiązane do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych. W tym miejscu należy wskazać, że to sektor publiczny, jako zamawiający dzięki silnej konkurencji cenowej osiągał znaczne oszczędności na kontraktach dla szkół, urzędów i instytucji kultury. Przyjmując, że sektor publiczny był odbiorcą do 40% usług wykonywanych przez osoby zatrudnione na umowach cywilnoprawnych (m.in. w branży sprzątanie i ochrona), a także biorąc pod uwagę wysoki udział kosztów osobowych w strukturze kosztów działalności wykonawców dostarczających tego rodzaju usługi, a także niskie płace (poniżej minimalnej), zamawiający mogli zaoszczędzić dużo większe niż 24,9 miliarda złotych w latach 2008-2016 w wyniku korzystania z oferty podmiotów stosujących multiplikację podstaw zatrudnienia²⁵.

Państwo Polskie niestety nie wywiązywało się także z obowiązków kontroli prewencyjnych, czy ostrzegania przed niewłaściwymi praktykami, gdyż funkcjonujące regulacje odpowiadały na bieżące potrzeby organów i instytucji publicznych, które ograniczały wydatki w myśl „taniego państwa”. Co istotne, przedsiębiorcy wielokrotnie sygnalizowali władzom publicznym istniejące problemy. Jednak dokonywane przez władze zmiany były nieadekwatne do ówczesnej sytuacji rynkowej. W konsekwencji tych działań poszkodowanymi są wykonawcy - przedsiębiorcy realizujący publiczne kontrakty oraz przede wszystkim zleceniobiorcy. W wyniku funkcjonowania determinowanego działaniami Państwa Polskiego mechanizmu wypychania na umowy cywilnoprawne zamawiający usługi z sektora publicznego uzyskiwali oszczędności, kosztem zmniejszania dochodów Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Co więcej, pośrednio to także budżet Państwa Polskiego w bilansie całkowitym poniósł straty na części publicznej, a szczególnie na segmencie prywatnym, gdzie praktyki z zamówień publicznych również prowadziły do zaniżania wpływów do tego funduszu. Natomiast korzyści państwa z braku

²⁵ Szacunki własne Federacji Przedsiębiorców Polskich na podstawie danych ZUS

oskładkowania stanowiły formę kredytu w czasie kryzysu na koszt Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz milionów rodaków w przyszłości.

Nie może też ulegać wątpliwości, że istotny wpływ aspektów prawnych na liczbę i wartość umów nieoskładkowanych cywilnoprawnych mają przede wszystkim wadliwość prawa oraz zmiany interpretacji przepisów. Brak jednolitych interpretacji prawa oraz fakt, że dzisiejsze interpretacje organów kontrolnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwestionują nie tylko możliwość zastosowania podstawy do nie obejmowania składkami u jednego przedsiębiorcy, bez względu na przedmiot, ale również wydawane są interpretacje łączące ten obowiązek u wielu przedsiębiorców, co podważa istnienie odrębnych stosunków zobowiązaniowych u wielu przedsiębiorców. Wszystko to zmniejsza zaufanie przedsiębiorców i zleceniobiorców do Państwa Polskiego, jak też wpływa długoterminowo negatywnie na rozwój gospodarczy, np. zmniejszając skłonność do ryzyka i dokonywania nowych inwestycji.

6. PRAKTYKA ORGANÓW KONTROLNYCH

Obecnie w praktyce postępowań kontrolnych prowadzonych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, w sytuacji gdy Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie znajduje podstaw do kwestionowania postanowień umownych oraz stosowanych przez wykonawców zgodnych z prawem struktur zatrudnienia na podstawie samych tylko przepisów ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych to posiłkuje się przepisami prawa cywilnego (w tym w szczególności art. 58 Kodeksu cywilnego) próbując ustalić nieważność lub pozorność kontraktów, transakcji. Organ rentowy w coraz większym stopniu skłania się do stwierdzania pozorności, jako podstawy żądania dodatkowych składek, wykazuje pozorność relacji przedsiębiorców lub też faktyczną działalność samego przedsiębiorcy.

Należy w tym miejscu wskazać, że w orzecznictwie obejście prawa poprzez stosowanie umów cywilnoprawnych definiuje się jako *„zachowanie podmiotu prawa, który napotykać prawny zakaz dokonania określonej czynności prawnej "obchodzi" go w ten sposób, że dokonuje innej niezakazanej formalnie czynności w celu osiągnięcia skutku związanego z czynnością zakazaną, a tym samym sprzecznego z prawem”* (wyrok Sadu Apelacyjnego w Krakowie, sygn. III AUa 347/13). Należy zwrócić uwagę, że w dotychczasowym orzecznictwie wskazywano, że obejściem prawa jest sztuczne dzielenie jednego stosunku zobowiązaniowego na dwie umowy zlecenia w celu stworzenia zbiegu tytułów. W zdecydowanej większości jednakże chodziło tutaj o dwie umowy zlecenia zawierane z tym samym podmiotem (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, sygn. III AUa 908/11: *„Objęcie obowiązków wykonywanych w tym samym miejscu, w tym samym czasie i na rzecz tej samej osoby dwoma umowami zlecenia nie przesądza, iż mamy do czynienia z dwoma stosunkami zobowiązaniowymi”*). Pojmowane cywilnoprawnie obejście prawa (jako przesłanka nieważności z art. 58 § 1 k.c.) powinna w istocie odnosić się do konkretnego stosunku prawnego, który jest skutkiem niezgodnego z prawem (stanowiącego obejście innych zakazów) działania zawierających go podmiotów. Koncepcja obejścia prawa w rozumieniu, że taką wadą prawną (obejściem prawa) jest obarczona umowa danej osoby z drugim podmiotem (druga umowa zlecenia) oznacza, że to działanie tego drugiego podmiotu (a dokładnie stosunek zlecenia zawarty jako drugi) powinno stanowić obejście prawa. Nie istnieje

jednak zakaz zawierania umów zlecenia z osobami posiadającymi bezwzględny tytuł ubezpieczenia społecznego z innych źródeł lub też ogólny tytuł (zlecenie) wyprzedzający następny stosunek prawny w zbiegu tytułów. Można przy tym wskazać, że skoro ustawodawca w ramach ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych uznaje zasadność istnienia umów zlecenia niestanowiących obowiązkowego tytułu ubezpieczenia, to trudno uznać, by zawieranie umów z osobami posiadającymi tytuł bezwzględny lub wyprzedzający byłoby sprzeczne z prawem lub stanowiło obejście prawa. Poszukiwanie możliwości zatrudnienia w sposób możliwie najkorzystniejszy z perspektywy kosztów pracy nie jest samo w sobie działaniem sprzecznym z prawem.

Działanie organu i dokonywanie takiej subsumpcji prawa nie jest więc uprawnione. Poszukując możliwości zaspokojenia wpływu składki organ dokonuje interpretacji rozszerzającej budując nowe warunki dookreślające przepis prawny w zakresie możliwości stosowania nieoskładkowanej umowy. Idąc dalej organy kontrolne Zakładu Ubezpieczeń Społecznych nie tylko kwestionują sam fakt niespełnienia nowych samodzielnie definiowanych dodatkowych kryteriów niezbędnych do zastosowania art. 9 ust. 2a ustawy o SUS, ale ustalają kolejne możliwe ograniczenia zastosowania przepisu. Przykładem takiego działania jest próba uzasadnienia wykazania jednego stosunku zobowiązaniowego względem różnych podmiotów gospodarczych. Umowy zlecenia zawarte z różnymi podmiotami gospodarczymi, uznawane są za pozorne, a kryterium, jakim organ się kieruje jest uznanie za nieważną umowę w jednym z podmiotów w zależności od wartości wynagrodzenia z tytułu wykonanej pracy. Organ wybiera to źródło zaspokojenia i wskazuje, jako płatnika podmiot z wyższym wynagrodzeniem, przesłanek nie stanowi tu faktyczne wykazanie pozorności świadczonej pracy. Dalej idącym działaniem organów kontrolnych jest również podważanie wykonania usługi przez zleceniobiorcę i przenoszenie jej do innego przedsiębiorstwa, pomimo że podmiot ten nie był nigdy pracodawcą, ani nie korzystał bezpośrednio z pracy zleceniobiorcy, a jedynym kryterium jej przypisania jest podważenie transakcji handlowych pomiędzy podmiotami, poprzez kwestionowanie istnienia samego podmiotu lub relacji gospodarczych. Pojawia się pojęcie „pracodawcy ekonomicznego”, którym może być każdy, kto skorzystał z efektów pracy firmy, która zatrudniała osoby przy wykonaniu tej pracy. W ten sposób można skrajnie zakwestionować nawet obrót gospodarczy w

zakresie wszelkich usług, z których przedsiębiorcy korzystają, np. zakup energii, usługi doradcze, gastronomię, etc., a idąc dalej tym tokiem rozumowania wskazać, jako płatnika samego zamawiającego w ramach postępowań publicznych.

Niestety dokonana w ostatnim okresie, mimo braku zmiany stanu prawnego, zmiana podejścia kontrolerów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych może powodować konieczność wstecznego objęcia składkami na ubezpieczenia społeczne praktycznie wszystkich drugich umów zlecenia zawieranych w latach 2008-2017 (z uwzględnieniem okresów przedawnienia), co będzie miało istotne konsekwencje na przyszłość tak dla samych przedsiębiorców, ale także dla zleceniobiorców.

Obserwowalne obecnie w praktyce działań Zakładu Ubezpieczeń Społecznych tak dalece posunięte szukanie podstaw do podważenia zastosowania obowiązującego cały czas art. 9 ust. 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych narusza podstawowe zasady obrotu gospodarczego. Niestety organ rentowy definiuje dla siebie uprawnienia, których nie posiada, przykładowo podważa konstytutywność wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego działalności przedsiębiorcy oraz podważa zasady samodzielnej odpowiedzialności za zobowiązania własne podmiotów. Działania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w tym obszarze wykazują na błędne pojmowanie kompetencji przez sam organ rentowy, który ze względu na te same wyzwania, jakie dotyczą też przedsiębiorców (interpretacje prawa, zmieniające się prawo, wyroki sądów powszechnych) nie jest w stanie realizować zadań, do których jest powołany. Jako niedopuszczalne należy określić sytuacje, w których Zakład Ubezpieczeń Społecznych wydaje interpretację, która utwierdza przedsiębiorców w przekonaniu, że podejmowane przez nich praktyki są zgodne z prawem, a po pewnym czasie kontroluje tych samych przedsiębiorców na gruncie tych samych mechanizmów i stwierdza, że stosowane praktyki są sprzeczne z prawem. Niestety nie są to przypadki odosobnione.

Tabela 2. Liczba osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych w latach 2008-2016²⁶

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
razem umowy cywilnoprawne	525 600	573 600	637 000	734 900	815 800	899 200	965 800	1 035 300	1 056 400

Działania Państwa Polskiego mające na celu uregulowanie niekorzystnych zjawisk w obszarze wzrostu liczby oraz wartości umów cywilnoprawnych były nieskuteczne, gdyż liczba osób świadczących pracę na podstawie takich umów rosła, co obrazuje Tabela powyżej, jak również wartość umów zleceń, na co wskazuje Wykres 4 (str. 18). Nowelizacje ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych regulującej zakres podlegania ubezpieczeniom nie doprowadziły do ograniczenia liczby umów cywilnoprawnych. Ostatecznym rozwiązaniem problemu nieoskładkowana jest likwidacja nierówności w klinie podatkowym dla umów o pracę i umów zleceń, lub pełne oskładkowanie umów cywilnoprawnych. Skala zjawiska wykorzystywania umów cywilnoprawnych do obniżania kosztów działalności gospodarczej w latach 2008-2017 była na tyle powszechna, że zasadnym jest obawa, że kontrolerzy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych nie będą w stanie skontrolować wszystkich przedsiębiorców. W efekcie zapłacenie zaległych składek, a tym samym zapisanie ich na kontach ubezpieczonych będzie dotyczyć tylko kilku procent przedsiębiorców.

²⁶ Źródło: dane Zakładu Ubezpieczeń Społecznych

7. MOŻLIWE KONSEKWENCJE BRAKU DZIAŁANIA

Scenariusz 1 - Pozostawienie spraw swojemu biegowi

Brak interwencji Państwa dla zdecydowanej większości ubezpieczonych, którzy w latach 2008-2017 pracowali, bądź nadal pracują na podstawie umów zlecenia oskładkowanych wyłącznie składką zdrowotną, oznacza zaniżenie okresów składkowych za ten okres, co może skutkować brakiem osiągnięcia minimalnych okresów składkowych, a więc otrzymywania w przyszłości emerytur groszowych. Nasilone działania kontrolne Zakładu Ubezpieczeń Społecznych mogą poprawić w tym zakresie sytuację jedynie części zleceniobiorców, jeśli ich zleceniodawca na podstawie prawomocnych wyroków sądowych będzie w stanie zapłacić dodatkowe składki od wynagrodzeń za lata poprzednie. Aby do tego doszło trzeba by jednak przeprowadzić kontrole wszystkich pracodawców zatrudniających zleceniobiorców na umowach zlecenia, a następnie skutecznie doprowadzić w postępowaniach sądowych do ustalenia podstaw do zapłaty. W końcu uzyskać zapłatę składek przez pracodawców, którzy nigdy nie otrzymali kwot pokrywających te składki, których wartość całkowicie przekracza ich możliwości finansowe, ponieważ pozostały one w portfelach zamawiających usługi, w większości w podmiotach publicznych, które wykorzystały przepisy ustawy regulującej zamówienia publiczne do osiągnięcia oszczędności kosztem zleceniobiorców.

Dochodzenie powyższą ścieżką postępowania wyższych składek oznacza **dla zleceniobiorców**:

- a) niepewność ustalenia składek w długotrwałych postępowaniach administracyjnych i sądowych,
- b) niepewność możliwości zapłaty składek przez zleceniodawców, która jest warunkiem podwyższenia składek na kontach osobistych prowadzonych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych,
- c) prawdopodobną konieczność dokonania korekt rozliczeń podatkowych za sporne okresy i zapłatę dodatkowego podatku PIT w związku z uzyskaniem dodatkowego przychodu (patrz interpretacja Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 29 sierpnia 2017 r. o sygn.: 0112 – KDIL3-1.4011.163.2017.1.IM),

- d) prawdopodobną konieczność zapłaty części składek, które zgodnie z przepisami powinny być zapłacone przez zleceniobiorcę, w wypadku zgłoszenia roszczeń regresowych przez zleceniodawcę,
- e) ewentualne zagrożenie roszczeniami odszkodowawczymi – np. w wypadku, gdy zleceniobiorca złożył nieprawdziwe oświadczenie o okolicznościach, od których uzależnione było zwolnienie z obowiązku pobrania składek przez zleceniodawcę.

Z dużą pewnością można postawić tezę, że nie dojdzie do oskładkowania tą drogą znaczącej większości umów, że koszty błędów legislacyjnych, które stały się źródłem presji ekonomicznej dla zleceniodawców i zleceniobiorców staną się źródłem niesprawiedliwości społecznej. Mimo, że dla niewielkiej części zleceniobiorców nastąpi zaliczenie dodatkowych składek, a więc wydłużenie okresów składkowych, to dla zdecydowanej większości oznacza to pozostanie z niskimi składkami, co może oznaczać skazanie na emeryturę groszową. **Brak jest przy tym możliwości skontrolowania warunków realizacji kilku milionów umów w okresie kilku lat, a następnie przeprowadzenia dla każdego ze zleceniobiorców i dla każdej jego umowy postępowania administracyjnego, następnie sądowego, a w końcu skutecznego zwindykowania ewentualnych składek od zleceniobiorców.** Dlatego zdecydowana większość zleceniobiorców nie ma szans na istotne poprawienie swoich perspektyw emerytalnych w wyniku obecnych działań kontrolnych podejmowanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

Dla pracodawców i zleceniodawców, czyli płatników, obecne próby ustalenia nowych zobowiązań, ich egzekucji w świetle wcześniejszego nabywania usług przez podmioty publiczne, w tym Zakład Ubezpieczeń Społecznych za ceny nie pokrywające czasami nawet 50% kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę, kiedy całe nie zapłacone składki stanowiły korzyść podmiotów publicznych jest niezrozumiałe, a przede wszystkim niewykonalne ze względu na brak takich środków finansowych. Działania organu rentowego oznaczają wieloletnie wikłanie zleceniobiorców w długotrwałe kontrole i spory sądowe. Wszystko to następuje z odczuciem, że to Państwo Polskie stworzyło legislacyjną pułapkę, następnie utwierdzało zleceniobiorców co do właściwości stosowania umów zleceń, by po wielu latach przez zmianę interpretacji stanów

faktycznych wycofać z wcześniejszej polityki i dochodzić składek od zleceń za wszystkie lata nieprzedawnione. Należy przy tym podkreślić fakt, że dopuszczane przez przepisy i akceptowane przez praktykę organów Państwa Polskiego stosowanie umów zleceń oskładkowanych wyłącznie składką zdrowotną, ze względów wskazanych w raporcie stało się powszechne, a w niektórych branżach wręcz wyparło umowy o pracę. Powszechność i skala zjawiska, wieloletnie utwierdzanie przez organy Państwa zleceniobiorców o prawidłowości stosowanych rozwiązań jednoznacznie wskazują, że przyczyny narastania ilości umów zleceń leżą po stronie Państwa Polskiego.

Akceptacja obecnego stanu oznacza **dla pracodawców**:

- a) ogromne koszty obsługi postępowań kontrolnych, administracyjnych i sądowych,
- b) koszty ewentualnych składek wraz z odsetkami,
- c) koszty związane z korektami dokumentów (ZUS, PIT), koszty egzekucyjne,
- d) ewentualne koszty postępowań sądowych ze zleceniobiorcami,
- e) utratę płynności, a co najmniej ograniczenie możliwości rozwojowych i inwestycyjnych.

Wystąpienie najbardziej skrajnych skutków będzie miało miejsce w różnym nasileniu, w zależności m.in. od branży, indywidualnej sytuacji firmy, stopnia nasilenia i agresywności kontroli w danej firmie/branży. Następujące fakty wymagają ponownego podkreślenia:

- a) wszystkie korzyści ekonomiczne stosowania umów zleceń przejęli zamawiający – w pierwszym rzędzie z sektora finansów publicznych w wyniku zaniżonych cen rynkowych (około 25 mld zł),
- b) zleceniodawcy nie kalkulowali i nie otrzymywali kwot za wykonane usługi pokrywających wartości składek emerytalnych dla umów zleceń oskładkowanych wyłącznie składką zdrowotną,
- c) w wypadku usług pracochłonnych potencjalna wartość tych składek, o które mógłby się ubiegać Zakład Ubezpieczeń Społecznych przekracza roczny obrót zleceniodawców.

Powyższe wskazuje, że dochodzenie składek od pracodawców na szeroką skalę jest nie tylko niesprawiedliwe, ale także pozbawione zasadności ekonomicznej, ponieważ stan ewentualnych zobowiązań przekracza możliwości każdego przedsiębiorstwa.

Natomiast **dla Państwa Polskiego** utrzymanie obecnego stanu oznacza:

- a) setki tysięcy długich i kosztownych procesów kontroli oraz ciągnących się latami postępowań przed sądami pracy, a na koniec nieskuteczność windykacyjną ze względu na niewypłacalność płatnika,
- b) dalsze narastanie ilości i wartości umów zleceń, w tym oskładkowanych wyłącznie składką zdrowotną,
- c) brak usunięcia skutków błędów legislacyjnych dla wszystkich poszkodowanych zleceniobiorców w latach 2008 do dzisiaj, a także dalsze zwiększanie liczby poszkodowanych zleceniobiorców w związku z brakiem nowych regulacji ograniczających możliwość stosowania umów zleceń,
- d) ograniczenie aktywności gospodarczej firm usługowych i wykonawczych z kapitałem polskim.

Państwo Polskie (zamawiający z sektora finansów publicznych) już raz odniosło korzyść z umów zleceń oskładkowanych wyłącznie składką zdrowotną, uzyskując zaniżone ceny na roboty budowlane, towary i usługi, które nie zawierały kosztów składek emerytalnych i rentowych.

Nie ma możliwości, aby na większą skalę wyegzekwować po latach od firm wykonawczych zapłatę składek od wynagrodzeń zleceniobiorców, skoro nie zostały zawarte w cenach dostarczanych usług. Należy również mieć na uwadze, że wypieranie zatrudnienia na umowach o pracę przez umowy cywilnoprawne spowodowane wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę połączonego z brakiem waloryzacji cen w zamówieniach publicznych, a także ze stosowaniem kryterium wyboru ofert opartego o kryterium najniższej ceny doprowadziło do osłabienia kondycji finansowej przedsiębiorstw wykonujących zamówienia publiczne i jest ona obecnie znacznie słabsza niż w innych branżach.

Brak zdecydowanego działania rządu, adresującego ograniczenie problemu umów zleceń może prowadzić do wypierania polskich przedsiębiorców na rzecz przedsiębiorców zagranicznych. Ograniczenie możliwości działania polskich firm w wyniku opresji ZUS na rynkach ochrony czy też utrzymania czystości zostanie wykorzystane przez zagraniczne podmioty, które skorzystają z możliwości zagospodarowania powstałej przestrzeni działania. Scenariusz ten jest sprzeczny z ideą Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju, która zakłada wspieranie rodzimej przedsiębiorczości i zmniejszanie uzależnienia polskiej gospodarki od kapitału zagranicznego. Analizując korzyści i koszty egzekwowania ewentualnych składek na ubezpieczenia społeczne, należy raz jeszcze przypomnieć, że to Państwo Polskie było i jest beneficjentem nieprawidłowych praktyk obserwowanych na rynku pracy. Błędy legislacyjne doprowadziły w praktyce do równorzędności korzystania z umów o pracę i umów prawa cywilnego, czego konsekwencją jest wypieranie umów o pracę przez umowy zlecenia (dalej rośnie wartość umów zleceń – co obrazuje Wykres 1) i ograniczanie praw pracowniczych.

Wobec powyższych działań Państwa Polskiego realizowanych poprzez jego ograny, instytucje oraz inne jego emanacje, mając na względzie wywiedzione powyżej w niniejszym opracowaniu wnioski konieczne jest wypracowanie alternatywnego scenariusza. Wymaga on jednak podjęcia inicjatywy legislacyjnej i skutecznego wdrożenia.

Scenariusz 2 – interwencja Państwa Polskiego

Mając na uwadze analizę przeprowadzoną w niniejszym raporcie, interwencja polskiego ustawodawcy jest niezbędna. Jej zakres powinien obejmować rozwiązanie tak problemów historycznych, jak też tych przyszłych:

- a) problemy historyczne to potrzeba usunięcia skutków dla ponad miliona zleceniobiorców zaniżonych podstaw naliczania składek, często poniżej minimalnej płacy krajowej, a także ograniczenia składek dla części umów zleceń do składki zdrowotnej. W konsekwencji to również potrzeba odciążenia odpowiedzialności firm wykonawczych i usługowych za konsekwencje błędnej legislacji i realizacji programu „tanie państwo”,

b) przyszłe problemy mogą być ograniczone przez:

- ograniczenie możliwości stosowania umów zleceń oskładkowanych wyłącznie składką zdrowotną, lub
- likwidację różnic obciążeń składkowych pomiędzy umową o pracę i umową zlecenia.

Rekomendowanym jest rozwiązanie obejmujące następujące elementy:

- a) podwyższenie minimalnego progu oskładkowania umów zleceń (art. 9 ust. 1a i 2c) z kwoty minimalnego wynagrodzenia do wysokości dwukrotności tego wynagrodzenia,
- b) zapisanie na kontach ubezpieczonych w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych kwot odpowiadających składkom emerytalnym i rentowym, które byłyby naliczone od ich całego osiągniętego w okresach przeszłych od wynagrodzenia uzyskanego na podstawie umów zlecenia, jednak nie więcej niż łącznie od minimalnego wynagrodzenia w danym okresie,
- c) ustawowe zagwarantowanie zaniechania działań kontrolnych i ustalania składek dla umów zlecenia występujących w zbiegu z innym tytułem do ubezpieczenia obowiązkowego w okresie przed wejściem w życie ustawy,
- d) umorzenie nieopłaconych składek, które obejmie ewentualne już ustalone składki zarówno po stronie płatników jak i ubezpieczonych,
- e) waloryzację umów (w szczególności z zamówień publicznych) o wartość odpowiadającą wzrostowi kosztów pracy zwiększonym oskładkowaniem.

Wdrożenie rekomendowanych propozycji przyniesie:

- a) **ubezpieczonym** - możliwość poprawy przyszłej sytuacji emerytalnej, obejmującą całą poszkodowaną grupę zleceniobiorców, a nie jedynie losowo wybranych ubezpieczonych. Wsteczne naliczenie składek będzie stanowiło zadośćuczynienie za błędną politykę Państwa, które w praktyce kredytowało się na koszt tych ubezpieczonych, obniżając bieżące wydatki na nabywane roboty budowlane, towary i usługi kosztem gromadzonych składek ubezpieczeniowych na wypłatę przyszłych emerytur i rent.

Ubezpieczeni unikną konieczności korekt własnych rozliczeń podatkowych, roszczeń płatników o zwrot przypadającej na zleceniobiorców części składek. Zyskają też pewność co do swojej sytuacji ubezpieczeniowej oraz motywację do gromadzenia składek w kolejnych okresach, której nie mają dziś osoby, które i tak nie mają szans wypracować nawet minimalnej emerytury,

- b) **płatnikom** - jasność co do ich sytuacji prawnej, co pozwoli uniknąć olbrzymich kosztów postępowań kontrolnych, administracyjnych, sądowych, a wreszcie egzekucyjnych. Wdrożenie rekomendowanych propozycji pozwoli na kontynuowanie działalności firm bez ciągłej niepewności, jaką powoduje płynna interpretacja prawa przez organy kontrolne. Zachęci to firmy do skupiania się na rozwoju działalności, a nie na obronie przeszłości,
- c) **Państwu Polskiemu** - możliwość szybkiego uzdrowienia sytuacji w zakresie oskładkowania wszystkich ubezpieczonych, których dotknęły skutki wcześniejszej błędnej polityki gospodarczej, bez ponoszenia olbrzymich kosztów angażowania administracji i sądownictwa w rozpatrywanie każdej z ponad miliona spraw indywidualnie. Państwo zyska na zwiększeniu bieżących wpłat, zarówno dzięki zwiększonej podstawie składek, jak i zachowaniu tej grupy ubezpieczonych w legalnym zatrudnieniu. Równocześnie zapobiegnie dalszemu narastaniu problemu bez silnego uderzenia w polskich przedsiębiorców.

Kluczem do ograniczenia stosowania umów zleceń jest zwiększenie obligatoryjnego oskładkowania umów zleceń, a więc likwidacja różnic w klinie podatkowym między umową zlecenia a umową o pracę. Rekomendowane rozwiązanie nie powinno jednak wykluczyć umów zlecenia z obrotu gospodarczego, gdyż zastąpiłaby je szara strefa.

Analiza wpływu zmian prawa na oskładkowanie umów zleceń (patrz: Wykres 6, str. 32) pokazuje, że jedyną zmianą prawa, która przyniosła pozytywny efekt w zakresie składek emerytalnych było połączenie wprowadzenia podwyższenia minimalnej podstawy oskładkowania umów zleceń i ustawowo dopuszczonej waloryzacji umów, dokonane na przełomie lat 2015 i 2016.

Od stycznia 2016 roku objęto umowy zlecenia składkami do kwoty minimalnego wynagrodzenia. Przyniosło to ponad 600 mln złotych dodatkowego wzrostu składek od umów zleceń w 2016 roku w stosunku do 2015 roku. Ocena skutków regulacji przewidywała zwiększenie o 50 mln zł z tego tytułu. Efekt ten został osiągnięty dzięki stworzeniu ustawowej możliwości waloryzacji umów. Sytuacja przedsiębiorców się nieco pogorszyła (musieli sfinansować wzrost kapitału obrotowego długiem), ale generalnie zdołali tą zmianę przetrwać. Podwyższenie minimalnej podstawy oskładkowania jest rozsądnym kompromisem, gdyż pozostawia możliwość elastycznego wykonywania drobnych, nieoskładkowanych zleceń obok głównej formy zarobkowania. Zapewnia jednak, że główny strumień dochodów (niezależnie czy z tytułu umowy o pracę czy z tytułu umowy zlecenia) będzie objęty obowiązkowymi składkami - emerytalną i rentową. Proponowane rozwiązanie zdecydowanie ograniczy problem stosowania umów zleceń oskładkowanych wyłącznie składką zdrowotną u osób o najniższych dochodach, stanowiąc logiczną kontynuację ww. zmiany dokonanej od stycznia 2016 roku. Dzięki temu dochody tych osób, będą w praktyce oskładkowane w całości, co powoduje radykalne zbliżenie warunków oskładkowania umów zleceń i umów o pracę w tej grupie ubezpieczonych. Przyjęcie rekomendowanego rozwiązania doprowadzi również do drugiego, szybkiego wzrostu dochodów Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, co przełoży się na obniżenie bieżących dotacji budżetowych do Funduszu. Z niniejszego raportu wynika jednoznacznie, że zleceniodawcy i zleceniobiorcy korzystający z nieoskładkowanych umów zleceń nie są w stanie dokonać zmiany swojego działania wstecz. Mogą natomiast dostosować się do zmiany obowiązującej na przyszłość.

8. PODSUMOWANIE

Skala stosowania cywilnoprawnych form zatrudnienia jest wynikiem wielu czynników, szczególnie potrzeby uelastycznienia rynku pracy w związku z trudnościami gospodarczymi w czasach kryzysu gospodarczego. Funkcjonowanie wadliwych regulacji prawnych, brak konsekwencji państwa przyczyniło się do wykreowania ważnych problemów społecznych. Nie można dzisiaj obwiniać przedsiębiorców za chęć pozostania na rynku (UZP – kryterium najniższej ceny, brak waloryzacji), za to, że ulegli presji optymalizacji kosztów zatrudnienia, jest to działanie całkowicie racjonalne na silnie konkurencyjnym rynku, gdzie o zwycięstwie w przetargu decyduje każdy punkt uzyskany w wyniku oceny zgłoszonych ofert. Warto raz jeszcze podkreślić, że główną przyczyną zwiększania się liczby umów zleceń w tym tych, których wykonywanie w latach 2008-2017 nie wiązało się z obowiązkiem odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne była idea „taniego państwa”. Doprowadziła ona do patologii na rynku pracy, w szczególności w branżach pracochłonnych takich jak ochrona czy sprząatanie, gdzie presja cenowa była najbardziej odczuwalna (niski próg wejścia na rynek), gdzie próbowano wszelkimi możliwymi działaniami obniżyć koszty pracy.

Utrzymywanie wewnętrznej niespójności przepisów aktów normatywnych, interpretacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i wyroków sądów powszechnych (brak konsekwencji w kontrolach) doprowadziły do chaosu prawnego oraz wymusiły na pracodawcach ograniczania kosztów pracy. Niestabilność stanowionego prawa, zmiany intencji ustawodawcy oraz różne, często sprzeczne wytyczne kontrolerów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zwiększały niepewność, utrudniały funkcjonowanie firm i wprowadzały w błąd wykonawców oraz ich zleceniobiorców.

Dokonana w ostatnim okresie, mimo braku zmiany stanu prawnego, zmiana podejścia kontrolerów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych może powodować konieczność wstecznego objęcia składkami na ubezpieczenie społeczne praktycznie wszystkich drugich umów zlecenia zawieranych w latach 2008-2017, co będzie miało istotne konsekwencje na przyszłość.

Konsekwentne wdrożenie przedmiotowych nowych wytycznych dla kontrolerów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w zakresie kontrolowania przedsiębiorców, którzy opierali swoje działania na dozwolonej prawem a kwestionowanej obecnie strukturze wielu umów zlecenia będzie prowadzić w niedalekiej przyszłości do utraty płynności finansowej przedsiębiorstw oraz wywoływać falę zwolnień tak pracowników, jak i zleceniobiorców.

Z uwagi na skalę problemu, powszechność wykorzystywania umów zleceń kontrolerzy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych będą w stanie skontrolować niewielki procent przedsiębiorców oraz wszystkich zawartych umów. W konsekwencji powyższego dokonanie ustalenia konieczności ewentualnego zapłacenia zaległych składek będzie dotyczyć tylko tych przedsiębiorców, u których przeprowadzone zostaną kontrole. Natomiast w większości przypadków dojdzie prawdopodobnie do przedawnienia ewentualnych zobowiązań, a co za tym idzie także brak będzie możliwości poprawienia przyszłej sytuacji emerytalnej większości zleceniobiorców z lat 2008-2017. Nie można wykluczyć, że w sytuacji, gdy Zakład Ubezpieczeń Społecznych dokona ustalenia konieczności zapłacenia zaległych składek przez przedsiębiorcę za lata 2008-2017, to część z podmiotów będzie również dochodziła zapłaty od byłych zleceniobiorców zaległych składek, do finansowania których miał obowiązek zleceniobiorca, skala tego wyzwania może być liczona w setkach tysięcy osób.

Dokonanie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych ustalenia konieczności zapłaty zaległych składek oraz dokonania niezbędnej korekty dokumentów rozliczeniowych pozwoli na wzrost zapisów na kontach tylko niewielkiej części ubezpieczonych i to w wysokościach ściśle związanych z poziomem wynagrodzeń wypłaconych, co ze względu na ich wartość w znakomitej większości nieprzekraczającej płacy minimalnej w żaden sposób nie poprawi sytuacji przyszłych emerytów. W zakresie ustalania okresów składkowych ewentualna windykacja składek nie wpłynie na ich wydłużenie, ponieważ okresy składkowe zaliczane są również na podstawie zatrudnienia na umowę zlecenia nawet w przypadku zapłaty tylko składki zdrowotnej.

Władze publiczne staną przed trudnym dylematem, wybór jakiego dokona państwo będzie miał wpływ nie tylko na sytuację budżetową, ale też kondycję polskiej gospodarki, kształt rynku pracy oraz stosunek polskich przedsiębiorców do władzy. Organy administracji publicznej mogą konsekwentnie ścigać przedsiębiorców, którzy wykorzystywali przepisy prawa ubezpieczeń społecznych do rozliczania wynagrodzeń. Takie działanie może przynieść dodatkowe dochody budżetowe, jednak będzie się wiązało z poważnym osłabieniem całego polskiego sektora usług, trudnym do policzenia kosztem ZUS w zakresie kosztów kontroli i prowadzenia sporów sądowych w zakresie kosztów ZUS i sądów wszystkich instancji, co w świetle niemożliwego do oszacowania skutku dla dochodów ZUS stawia pod znakiem zapytania celowość takich działań nawet w zakresie ekonomicznym. Oczywiście, gdy weźmiemy pod uwagę odpowiedzialność państwa za powstanie pułapki legislacyjnej, wymuszającej na pracodawcach stosowanie umów zleceń, a także poważnych wątpliwości, czy pracodawcy złamali prawo w jego kształcie, gdy policzymy szkody dla polskich przedsiębiorców, nieskuteczność naprawienia szkody tą drogą dla zleceniobiorców jawi się pytanie, czy jest inna droga, alternatywa dla zachowania status quo. Będzie to oznaczało pogorszenie warunków prowadzenia biznesu i może hamować rozwój rodzimej przedsiębiorczości. Dlatego państwo, aby przeciwdziałać negatywnym zjawiskom, do których samo się przyczyniło powinno wyciągać wnioski z zaistniałej sytuacji i wprowadzić pełne oskładkowanie umów cywilnoprawnych zawieranych przez wykonawców zamówień publicznych.

Uwzględnienie racji przedsiębiorców i uzgodnienie z partnerami społecznymi rozwiązania, w ramach którego wszystkie strony wezmą na siebie część odpowiedzialności za wyjście z tej sytuacji pozwoli na radykalne polepszenie sytuacji państwa, pracowników i pracodawców na przyszłość oraz zamknięcie pewnego rozdziału. Tylko rozwiązania dla przyszłości mają znaczenie dla Polski, historii nie zmienimy, a jej proste rozliczenie zatrzyma na wiele lat polskiego przedsiębiorcę usługowego w rozwoju, a nawet wyeliminuje ostatecznie z rynku. Konstrukttywne zamknięcie tematu umów zleceń pomoże w budowie wizerunku państwa, jako partnera podmiotów biznesowych i przywróci sprawiedliwość pracownikom oraz zleceniobiorcom zapewniając im wyższy poziom bezpieczeństwa socjalnego.