**Maciej Łaga**
Uniwersytet Gdański

# CZY *OUTSOURCING* W ZAKRESIE ZADAŃ SŁUŻBY BHP JEST LEGALNY?

## 1. *Outsourcing*

Pojęcie *outsourcing* (pol. „wydzielenie" lub wyodrębnienie") pochodzi z języka angielskiego i jest skrótem sformułowania *outside-resource-using* oznaczającego wykorzystanie zasobów zewnętrznych[1]. Jest to pojęcie nauki o zarzadzaniu, *Outsourcing* to działanie o charakterze restrukturyzacyjnym, polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego funkcji realizowanych przez te przedsiębiorstwo oraz powierzenie ich realizacji innym podmiotom gospodarczym. Nie może być to zmiana krótkoterminowa, czy jednorazowe zlecenie. Taka operacja nie jest jeszcze *outsourcingiem,* nie dochodzi bowiem do przebudowy struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa.

Celem *outsourcingu* jest uzyskanie wyższej sprawności struktury organizacyjnej. W zależności od podjętych w konkretnym przypadku działań ograniczeniu ulegają liczba szczebli hierarchii organizacyjnej (szczebli zarzadzania), koszty oraz zatrudnienie; zmniejszony zostaje stopień sformalizowania procedur i reguł działania, a przedsiębiorstwo może skoncentrować się na działalności kluczowej[2]. Dzięki zastosowaniu *outsourcingu* struktura przedsiębiorstwa staje się bardziej elastyczna. „Odchudzona" struktura organizacyjna przedsiębiorstwa macierzystego może też szybciej reagować na zmiany w otoczeniu[3].

---

[1] Por. M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej,* Polskie Wydawnictwo ekonomiczne, Warszawa 2001, s. 13.

[2] Por. T. Kopczyński, *Outsourcing w zarządzaniu przedsiębiorstwami*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2010, s. 29–31.

[3] Por. M. Trocki, *Outsourcing…*, s. 15.

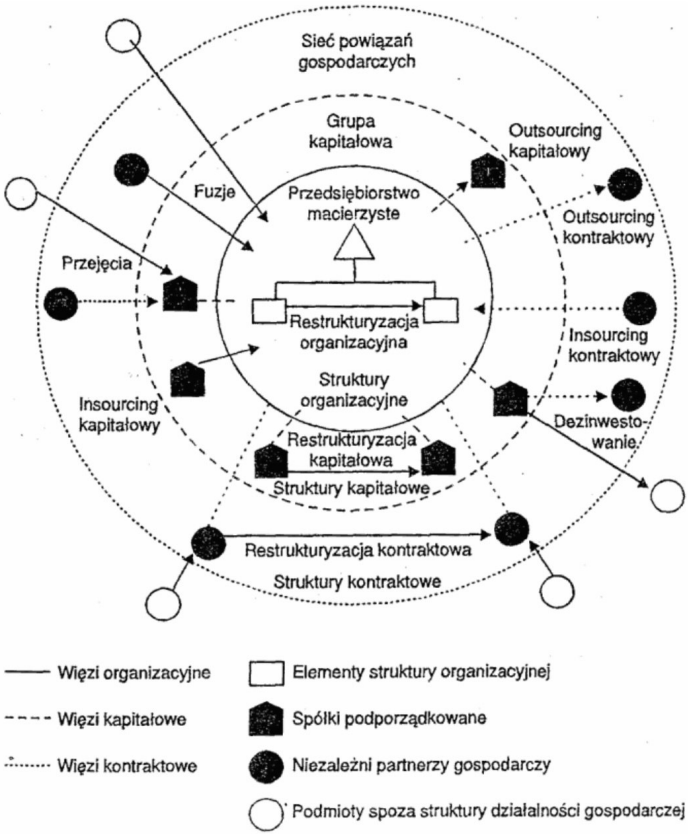
Spojrzenie prawnika na strukturę przedsiębiorstwa (w naukach prawnych – w ujęciu podmiotowym – przedsiębiorcy) znacznie różni się od podejścia ekonomisty, przedstawiciela nauki o zarządzaniu czy *managera* praktyka. Punktem wyjścia dla prawnika czy przedstawiciela nauk prawnych jest ujęcie dogmatyczno-prawne. Prawnik analizę problemu rozpoczyna od ustalenia praw i obowiązków stron stosunków prawnych w danej strukturze, w dalszej kolejności podejmuje analizę filozoficzno-prawną, ogólnoteoretyczną czy historycznoprawną. Przedstawiciel nauk prawnych bada czy przyjmowany za dogmat stan prawny jest uzasadniony, czy przepisy wyrażone są jasno, precyzyjnie – poprawnie, zastanawia się jak normowano dane zagadnienie w przeszłości i szuka optymalnych rozwiązań na przyszłość. Warto w tych rozważaniach uwzględnić dorobek innych nauk, w szczególności ekonomii i zarządzania.

Strukturę przedsiębiorstwa można wyrazić nie tylko za pomocą znanych prawnikom z regulaminów organizacyjnych przedsiębiorstw schematów struktury organizacyjnej. W nauce zarządzania wypracowano m. in. modele funkcjonalne działalności gospodarczej. Za ich pomocą dokonuje się prezentacji przedsiębiorstwa za pomocą realizowanych przez przedsiębiorstwo zadań (funkcji). Przykład modelu funkcjonalnego znajduje się poniżej na rysunku 1.

Rys. 1. Model funkcjonalny działalności gospodarczej

Źródło: M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2001, s. 17.

Wyżej wymienione zadania w funkcjonalnym modelu przedsiębiorstwa mogą być realizowane w różnych formach struktur organizacyjnych. Skalę różnorodności możliwych do przyjęcia w tym zakresie rozwiązań uwidoczniłem na rysunku 2.




Rys. 2. Kształtowanie struktur działalności gospodarczej

Źródło: M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2001, s. 35.

W ujęciu funkcjonalnym realizacja zadań związanych z bezpieczeństwem i higieną pracy jest funkcją pomocniczą, która tylko służy realizacji funkcji podstawowych przedsiębiorstwa. Oznacza to, że z punktu widzenia teorii zarządzania nie ma poważniejszych przeciwskazań, aby mogłaby być ona poddana *outsourcingowi*[4]. Zadania związane z zapewnieniem bezpiecznych i higienicznych warunków pracy można byłoby wydzielić ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa

[4] Por. też M.F. Cook, F. Mary, *Outsourcing funkcji personalnej*, Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2003, s. 9–29.

6 dyrektywy Rady 76/207/EWG sformułowaniem „cechy związane z płcią". W literaturze tematu, zresztą podobna interpretacja wynika z treści art. 18 $^{3b}$ § 2 pkt 1 k.p., upowszechniło się wskazanie, że omawiany kontratyp stanowi przykład dozwolonego posługiwania się kryterium płci, należy jednak mieć na uwadze, że jest to swego rodzaju skrót myślowy. Posłużenie się pojęciem cech związanych z płcią ma na celu zaakcentowanie, że pewne cechy wymagane od pracownika przy wykonywaniu danych czynności są determinowane przez płeć. Niemniej jednak tego typu podejście, jako że opiera się w dużej mierze na stereotypach dotyczących płci powinno być starannie weryfikowane. Na uwagę zasługuje w tym miejscu argumentacja przedstawiona w sprawie Johston. Wprawdzie w rzeczonej sprawie Trybunał stanął na stanowisku, że przyczyną uzasadniającą ograniczenie dostępu kobiet policjantek do zatrudnienia w RUC Reserve może być zagrożenie związane częstszymi atakami na uzbrojone kobiety policjantki niż na mężczyzn policjantów jedynie w zakresie, w jakim ma ono wpływ na zapewnienie bezpieczeństwa ogółu społeczeństwa, jednocześnie sprzeciwiając się uznaniu za wystarczającej argumentacji jakoby kobiety zatrudnione w tym charakterze byłyby mniej skuteczne. Z dość dużym prawdopodobieństwem można jednak stwierdzić, że przyczyną tego stanu rzeczy jest postrzeganie przez społeczeństwo kobiet policjantek jako słabszych fizycznie, a tym samym łatwiejszych do pokonania w razie konfrontacji, co oznacza, iż stereotypy dotyczące płci mogą również pośrednio oddziaływać na konstrukcję kontratypów.

Niebagatelne znaczenie ma również przesłanka rodzaju działalności lub warunków jej wykonywania, która służy ustaleniu czy dany wymóg jest istotnym i determinującym wymogiem zawodowym. W literaturze tematu można spotkać się z opinią, że słabością tej konstrukcji jest brak przejrzystych reguł pozwalających na ustalenie katalogu bądź chociażby źródła owych wymagań zawodowych. Zgodnie z dyspozycją zawartą w normie art. 4 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE jest to kwestia pozostawiona w gestii państwa, jednakże owa uznaniowość dotyczy nie tyle decyzji o przesłankach uzasadniających odstępstwa co o samym wprowadzeniu odstępstw. Pojęcie rzeczywistego wymogu zawodowego jest bardzo niejednorodne. Ograniczenia możliwości zatrudnienia w stosunku do kandydatów jednej z płci mogą wynikać z odmienności w fizjologii, wymogów autentyczności i zgodności z rzeczywistością czy kwestii dotyczących poszanowania przekonań i prywatności innych. Desygnat rzeczywistego wymogu zawodowego wypełnia, z uwagi na przytoczony wyżej kontekst, ograniczenie wśród kandydatów na osobę testującą płyny do golenia tylko do kandydatów płci męskiej, uwzględnienie jedynie kandydatur kobiet do roli Kleopatry czy zawężenie rekrutacji do kandydatek płci żeńskiej na stanowisko osoby przeprowadzającej kontrole osobiste pasażerek. Dość dużą grupę wyłączeń stanowią wymogi stawiane przed osobami kandydującymi na stanowiska w różnego rodzaju służbach powołanych do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, w tym przypadku

macierzystego do struktury kapitałowej lub struktur kontraktowych. Realizacja funkcji związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa i higieny pracy powinna być tak zorganizowana, aby dane przedsiębiorstwo realizowało je w sposób dla niego optymalny. Na przeszkodzie niektórym przedsięwzięciom z zakresu restrukturyzacji zadań z zakresu zapewnienia bhp stoją jednak przepisy powszechnie obowiązującego prawa, o czym szczegółowo w dalszych częściach niniejszego opracowania.

## 2. Służba bhp i dyferencjacja form realizacji jej zadań

Zgodnie z ramami prawnymi określonymi w prawie europejskim pracodawca powinien mieć wynikający z prawa krajowego obowiązek wyznaczenia jednego lub kilku pracowników celem zapewnienia odpowiedniego stopnia ochrony i zapobiegania zagrożeniom podczas pracy w ramach przedsiębiorstwa. Dopiero jeżeli tego rodzaju środki ochronne i zapobiegawcze nie mogą być organizowane wskutek braku odpowiednio kompetentnego personelu w przedsiębiorstwie, prawo krajowe może uprawniać pracodawcę do sporządzenia listy odpowiednich osób kompetentnych z zewnątrz (jako odpowiednika usług świadczonych z zewnątrz, por. art. 7 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/391/EWG w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy (dalej: dyrektywy 89/391)[5].

W przepisach prawa europejskiego uwzględniono sytuację małych pracodawców. Na podstawie art. 7 ust. 7 dyrektywy 89/391/EWG państwa członkowskie powinny określić, biorąc pod uwagę m.in. wielkość przedsiębiorstwa, kategorie przedsięwzięć, w których pracodawca, jeżeli jest kompetentny w tym zakresie może ponosić odpowiedzialność we własnym zakresie.

W prawie polskim w celu realizacji ogólnego obowiązku ochrony życia i zdrowia pracowników poprzez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (doprecyzowanego w szczegółowych przepisach bhp) pracodawca ma obowiązek utrzymywać służbę bhp lub samodzielnie realizować zadania tej służby. Służba bhp w najbardziej ogólnym ujęciu jest organem doradczym i kontrolnym pracodawcy w zakresie szeroko rozumianego bhp, czy jak trafnie i obrazowo określił J. Jankowiak *„organizowaniem BHP w zakładzie pracy"*[6]. Do jej zadań należy m. in. monitorowanie i analizowanie stanu bhp, przedstawianie pracodawcy wniosków wynikających z tych analiz, podejmowanie działań na rzecz po-

[5] Dyrektywa Rady nr 89/391/EWG z dnia 12 czerwca 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy, Dz. Urz. UE L z 1989 r. nr 183, s. 1 i n. ze sp.

[6] Por. J. Jankowiak, *Glosa do wyroku NSA z dnia 13 października 2006 r., I OSK 263/06*, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2009, nr 3, poz. 145.

prawy bhp. Zadania służby bhp szczegółowo wskazano w § 2 rozporządzenia w sprawie służby bhp [7].

Formy realizacji zadań służby bhp poddano dyferencjacji względem kryterium wielkości zatrudnienia. Pracodawców podzielono na 3 grupy:

1) pracodawcy zatrudniający więcej niż 100 pracowników,
2) pracodawcy zatrudniający więcej niż 10 pracowników (lub więcej niż 20 pracowników, jeżeli są zakwalifikowani do grupy działalności, dla której ustalono nie wyższą niż trzecia kategoria ryzyka w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniu społecznym)[8],
3) pracodawcy zatrudniający nie więcej niż 10 pracowników (lub nie więcej niż 20 pracowników – patrz: wyżej).

Do pierwszej grupy zalicza się **największych pracodawców**, a ich obowiązki związane z realizacją zadań służby bhp w daleko idący sposób sformalizowano. Pracodawcy zatrudniający więcej niż 100 pracowników mają obowiązek utworzenia odrębnej komórki organizacyjnej służby bhp. W rozporządzeniu w sprawie służby bhp, posługując się tym samym kryterium – wielkością zatrudnienia, obowiązek utworzenia wyodrębnionej komórki organizacyjnej służby bhp obciążający największych pracodawców jeszcze bardziej uszczegółowiono. Na podstawie § 1 rozporządzenia w sprawie służby bhp pracodawca zatrudniający od 100 do 600 pracowników może utworzyć jednoosobową lub wieloosobową komórkę albo zatrudnić w komórce bhp osobę w niepełnym wymiarze czasu pracy. Dopiero pracodawca zatrudniający więcej niż 600 pracowników ma wyraźny obowiązek zatrudniać w pełnym wymiarze czasu pracy co najmniej 1 pracownika służby bhp na każdych zatrudnionych 600 pracowników. W każdym przypadku pracodawca ustalając liczbę pracowników służby bhp powinien brać pod uwagę stan zatrudnienia oraz występujące warunki pracy oraz związane z nimi zagrożenia zawodowe i uciążliwości pracy. W przepisach rozporządzenia dodatkowo wymaga się, aby służba bhp podlegała bezpośrednio pracodawcy (por. szczegółowo § 1 rozporządzenia w sprawie służby bhp).

Im mniejsza wielkość zatrudnienia, tym obowiązki związane z realizacją zadań służby bhp mają mniej sformalizowany charakter. Do drugiej grupy zaliczani są pracodawcy zatrudniający więcej niż 10 (lub 20 pracowników, jeżeli dla ich grupy działalności w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniu wypadkowym ustalono nie wyższą niż trzecia kategoria ryzyka), ale nie więcej niż 100 pracowników – a więc w tym układzie **pracodawcy o średniej wielkości zatrudnienia.** Pracodaw-

[7] Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 września 1997 r. w sprawie służby bezpieczeństwa i higieny pracy, Dz.U. z 1997 r. nr 109, poz. 704 ze zm.

[8] Chodzi tu o: ustawę z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, Dz.U. z 2002 r. nr 199, poz. 1673 ze zm., oraz o rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 listopada 2002 r. w sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków, Dz.U. z 2002 r. nr 200, poz. 1692 ze zm.

cy z tej grupy powierzają wykonywanie zadań służby bhp pracownikowi zatrudnionemu przy innej pracy. Pracodawca nie ma więc obowiązku utworzenia wyodrębnionej komórki organizacyjnej.

**Najmniejsi pracodawcy** (lub mali pracodawcy) – zatrudniający nie więcej niż 10 pracowników (lub wyjątkowo nie więcej niż 20 pracowników – patrz: wyżej) uprawnieni są do samodzielnej realizacji zadań z zakresu służby bhp, pod warunkiem ukończenia szkolenia niezbędnego do wykonywania zadań tej służby.

Ustawodawca określił też minimalne standardy kwalifikacji, które muszą posiadać osoby zajmujące się organizowaniem bhp zarówno u największych, średnich, jak i najmniejszych pracodawców. **Najwięksi pracodawcy** mają obowiązek utworzyć wyodrębnioną komórkę bhp. W tej komórce mają obowiązek zatrudniać co najmniej 1 pracownika w niepełnym wymiarze czasu pracy (por. § 1 rozporządzenia o służbie bhp) na stanowisku w zależności od posiadanych przez niego kwalifikacji. Zgodnie z ww. przepisami:

1. **inspektorem do spraw bezpieczeństwa i higieny pracy** może być osoba posiadająca zawód technika bezpieczeństwa i higieny pracy,
2. **starszym inspektorem do spraw bezpieczeństwa i higieny pracy** może być osoba posiadająca:
   a) zawód technika bezpieczeństwa i higieny pracy oraz co najmniej 3-letni staż pracy w służbie bhp, lub
   b) wyższe wykształcenie o kierunku lub specjalności w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy albo studia podyplomowe w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy,
3. **specjalistą do spraw bezpieczeństwa i higieny pracy** może być osoba posiadająca wyższe wykształcenie o kierunku lub specjalności w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy albo studia podyplomowe w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy oraz co najmniej 1 rok stażu pracy w służbie bhp,
4. **starszym specjalistą do spraw bezpieczeństwa i higieny pracy** może być osoba posiadająca wyższe wykształcenie o kierunku lub specjalności w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy albo studia podyplomowe w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy oraz co najmniej 3-letni staż pracy w służbie bhp,
5. **głównym specjalistą do spraw bezpieczeństwa i higieny pracy** może być osoba posiadająca wyższe wykształcenie o kierunku lub specjalności w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy albo studia podyplomowe w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy oraz co najmniej 5-letni staż pracy w służbie bhp.

Przy czym, pracownik kierujący wieloosobową komórką służby bhp powinien spełniać co najmniej wymagania kwalifikacyjne określone wyżej w pkt 3, a pracownik zatrudniony w komórce jednoosobowej powinien spełniać co najmniej wymagania określone wyżej w pkt 2 (por. § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie służby bhp).

Największy pracodawca powinien ustalić liczbę pracowników bhp biorąc pod uwagę stan zatrudnienia oraz występujące u niego warunki pracy i związane z nimi zagrożenia zawodowe oraz uciążliwości pracy, przy czym na każde 600 pracowników powinien zatrudniać co najmniej 1 pracownika służby bhp (por. § 1 rozporządzenia w sprawie służby bhp). Służba bhp jako komórka organizacyjna powinna podlegać bezpośrednio pracodawcy (lub organowi/osobie zarządzającej – w przypadku jednostek organizacyjnych).

**Pracodawcy średniej wielkości** mogą powierzyć wykonywanie zadań bhp pracownikowi, który posiada co najmniej kwalifikacje określone wyżej w pkt 1, a więc wymagane na stanowisku inspektora do spraw bhp w służbie bhp.

**Najmniejsi pracodawcy** mogą samodzielnie realizować zadania służby bhp pod warunkiem ukończenia odpowiedniego szkolenia. Biorąc pod uwagę specyfikę tej grupy pracodawców jest to rozwiązanie trafne. Z drugiej strony, kurs zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie szkolenia w dziedzinie bhp[9] obejmuje co najmniej 64 godziny zajęć (w tym co najmniej 6 zajęć praktycznych), rynkowy koszt takiego szkolenia aktualnie to około 1.000 zł. Po zdobyciu uprawnień pracodawca taki może samodzielnie realizować zadania służby bhp i w ten sposób realizować ustawowy obowiązek. Pracodawca następnie ma obowiązek szkolić się okresowo. W mojej ocenie jest to i tak dość istotny dodatkowy koszt pracy i wysiłek, w szczególności w przypadku pracodawców rozpoczynających działalność gospodarczą. Nie mniej jednak przepisy w tym zakresie oceniam pozytywnie.

Co więcej, zgodnie z literalnym brzmieniem art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy **pracodawca – w przypadku braku kompetentnych pracowników – może powierzyć wykonywanie zadań służby bhp specjalistom spoza zakładu pracy.** Sformułowanie tego przepisu budzi poważne wątpliwości interpretacyjne. W szczególności sposób sformułowania i systemowe położenie przepisu (por. art. $237^{11}$ § 1 i 2 Kodeksu pracy) utrudniają rozstrzygnięcie, czy powierzyć wykonywanie zadań służby bhp specjalistom spoza zakładu pracy („**outsource'ować" zadania służby bhp)** mogą wszyscy pracodawcy, czy też tylko ta grupa pracodawców, która zatrudnia nie więcej niż 100 pracowników.

## 3. Wątpliwości interpretacyjne

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie wyrażono 2 przeciwstawne poglądy co do interpretacji art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy. Rozbieżności interpretacyjne co do ww. przepisu pojawiają się w związku z art. $237^{11}$ § 1 Kodeksu pracy.

W opracowaniach części przedstawicieli doktryny, jak również w kilku wyrokach WSA i NSA przyjęto, że zgodnie z art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy *lege non distin-*

[9] Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 27 lipca 2004 r. w sprawie szkolenia w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy, Dz.U. z 2004 r. nr 180, poz. 1860 ze zm.

*guente* każdy pracodawca niezależnie od wielkości zatrudnienia ma możliwość powierzenia zadań służby bhp specjalistom spoza zakładu pracy[10]. Pogląd ten na ogół argumentuje się dosłownym brzmieniem przepisu art. 237[11] § 2 Kodeksu pracy: *„pracodawca – w przypadku braku kompetentnych pracowników – może powierzyć wykonywanie zadań służby bhp specjalistom spoza zakładu pracy…"* , jak również zasadą *in dubio pro libertate.* Jeżeli z wyżej wskazanego przepisu nie wynika ograniczenie w zakresie powierzenia zadań służby bhp jednostce zewnętrznej dla jakiejkolwiek grupy pracodawców, takiego ograniczenia nie można domniemywać opierając się na wykładni funkcjonalnej. Zgodnie z tym poglądem możliwość powierzenia zadań służby bhp zewnętrznym podmiotom nie jest uzależniona od wielkości zatrudnienia. Tę elastyczną formę realizacji obowiązków służby bhp adresowano więc do każdego pracodawcy. Jeśli odczytać normę z art. 237[11] § 2 Kodeksu pracy w wyżej zaprezentowany sposób, celem ustawodawcy było unormowanie ram prawnych dla zakładowych służb bhp oraz umożliwienie zastąpienia zakładowych służb bhp pozazakładowymi.

W doktrynie i orzecznictwie wyrażono również pogląd przeciwny[11]. Zgodnie z nim z możliwości powierzenia realizacji zadań służby bhp specjalistom spoza zakładu pracy może skorzystać tylko pracodawca zatrudniający nie więcej niż 100 pracowników. Pracodawcy zatrudniający więcej niż 100 pracowników mają natomiast bezwzględny obowiązek realizacji zadań służby bhp w formie wyodrębnionej komórki organizacyjnej. W konsekwencji, pracodawca zatrudniający więcej niż 100 pracowników, nawet jeżeli nie dysponuje kompetentnymi pracownikami – nie może skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 237[11] § 2 Kodeksu pracy, ponieważ ma wynikający z art. 237[11] § 1 Kodeksu pracy obowiązek utworzenia służby bhp. W razie braku kompetentnych pracowników, aby zadośćuczynić temu obowiązkowi, taki pracodawca powinien zatrudnić odpowiednią liczbę wykwalifikowanych pracowników. Taką interpretację przepisów przyjęła część doktryny, częściowo przyjęto ją również w judykaturze[12].

---

[10] Por. R. Celeda, [w:] B. Wagner (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, ODDK, Gdańsk 2004, jak również wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 września 2005 r., I OSK 40/05, niepubl, LEX nr 195033, a także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 26 listopada 2008 r., IV SA/Wr 432/08, http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/0133CADF75, dostęp z dnia 4 maja 2011 r., wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 10 listopada 2005 r. , II SA/Go 344/05, LEX nr 508765, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 21 października 2004 r., II SA/Bk 285/04, LEX nr 508789.

[11] Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 października 2006 r., I OSK 263/06 z glosą aprobującą J. Jankowiak, *Glosa do wyroku NSA z dnia 13 października 2006 r, I OSK 263/06…,* jak również pismo z dnia 9 sierpnia 2007 r. Stanowisko Departamentu Prawnego Głównego Inspektoratu Pracy w sprawie powoływania służby bhp u pracodawców zatrudniających powyżej 20 pracowników, GNP/426/4560-402/07/PE.

[12] Tak też przyjęto w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 września 2005 r., I OSK 40/05, niepupl., a także w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 26 listopada 2008 r., IV SA/Wr 432/08, niepubl. oraz wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim, II SA/Go 344/05, niepubl.

Przedstawiciele tej grupy poglądów różnie je argumentują. W jednym z wyroków NSA stanął na stanowisku, że w art. $237^{11}$ § 1 Kodeksu pracy wyraźnie wyróżniono dwie formy realizacji służby bhp: *„służbę bhp"* oraz *„powierzenie wykonywania zadań służby bhp"*. Pracodawcy zatrudniający więcej niż 100 pracowników tworzą sformalizowaną służbę bhp, pracodawcy zatrudniający nie więcej niż 100 pracowników *„powierzają wykonywanie zadań służby bhp"* pracownikowi zatrudnionemu przy innej pracy. Jeżeli więc, zgodnie z dosłownym brzmieniem art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy, przyzwolono właśnie na *„powierzenie wykonywania zadań służby bhp"* specjalistom spoza zakładu pracy, to mogą być oni substytutem tylko tej jednej z dwóch form realizacji zadań służby bhp (przewidzianej dla pracodawców zatrudniających nie więcej niż 100 pracowników). Pracodawcy, których obciąża obowiązek utworzenia *„służby bhp"*, w ogóle nie mogą *„powierzyć wykonywania zadań służby bhp"*, a więc zarówno pracownikowi zatrudnionemu przy innej pracy, jak też specjalistom spoza zakładu pracy. Takie jest też stanowisko Państwowej Inspekcji Pracy.

Interesujący pogląd w tym zakresie wyraził J. Jankowiak[13]. Uważa on, iż przepis art. $237^{11}$ § 1 zdanie pierwsze Kodeksu pracy w części pierwszej, adresujący do największych pracodawców obowiązek utworzenia służby bhp, jest przepisem zrębowym zupełnym. Zawiera on wszystkie elementy normy prawnej, a przepisu art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy nie można potraktować jako uzupełniającego tę normę ani w ujęciu składniowym ani treściowym. Zrealizowanie obowiązku utworzenia służby bhp (art. $237^{11}$ § 1 zdanie pierwsze Kodeksu pracy) całkowicie wyłącza bowiem możliwość powstania sytuacji braku kompetentnych pracowników (art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy). Innymi słowy, jeżeli pracodawca nie zatrudnia kompetentnych pracowników, ma obowiązek ich zatrudnić i w ten sposób *„utworzyć"* służbę bhp. Zgodnie z opisywaną koncepcją art. $237^{11}$ § 1 zdanie pierwsze Kodeksu pracy w części drugiej jest przepisem zrębowym niezupełnym, uzupełnionym przepisem art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy W konsekwencji pracodawca zatrudniający nie więcej niż 100 pracowników nie ma obowiązku utworzenia służby bhp i może powierzyć zadania służby pracownikom zatrudnionym przy innej pracy. W sytuacji braku kompetentnych pracowników, taki pracodawca będzie mógł powierzyć zadania służby specjalistom spoza zakładu pracy.

Niezależnie od sposobu uzasadnienia, przedstawiciele tej grupy poglądów uważają, że powierzenie obowiązków realizacji służby bhp specjalistom spoza zakładu pracy uzależnione jest od kryterium wielkości zatrudnienia. Tylko pracodawcy zatrudniający nie więcej niż 100 pracowników mogą *„powierzyć realizację zadań służby bhp"*. Celem ustawodawcy było zinstytucjonalizowanie w strukturach większych pracodawców (zatrudniających więcej niż 100 pracowników) służby bhp jako jednostki zakładu pracy bezpośrednio podległej pracodawcy.

[13] Por. J. Jankowiak, *Glosa do wyroku NSA…*

Ustawodawca jednocześnie uznał, że takiej instytucjonalizacji nie wymaga sytuacja u mniejszych pracodawców.

## 4. Niekonstytucyjność art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy

Trudno jednoznacznie opowiedzieć się za jedną z wyżej przedstawionych propozycji interpretacji art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy. Jego sformułowanie doprowadziło do różnych interpretacji tak w doktrynie prawa pracy, jak i w orzecznictwie sądów administracyjnych, które zapadały najczęściej w sprawach wydanych w stosunku do największych pracodawców przez inspektorów pracy nakazów utworzenia służby bhp. W jednych sprawach rozstrzygano zgodnie z pierwszą, w innych zgodnie z drugą grupą poglądów.

W moim przekonaniu intencją ustawodawcy było silne zinstytucjonalizowanie służby bhp u największych pracodawców. Świadczy o tym również szczegółowość z jaką w rozporządzeniu określono struktury służby bhp u największych pracodawców. Jednakże tego celu nie osiągnięto, ponieważ art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy sformułowano w sposób dalece niejednoznaczny. Z literalnej wykładni art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy wynika wniosek dokładnie przeciwny, że *„pracodawca (lege non distinguente* – każdy – przyp. aut.*) – w przypadku braku kompetentnych pracowników – może powierzyć wykonywanie zadań służby bhp specjalistom spoza zakładu pracy"*.

Uważam, że tak sformułowany przepis jest niezgodny z art. 2 Konstytucji[14]. Przepis art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy jest sprzeczny z zasadą demokratycznego państwa prawnego. W orzecznictwie TK z wyrażonej w art. 2 Konstytucji zasady demokratycznego państwa prawnego wyinterpretowano takie zasady, jak: zasady przyzwoitej (poprawnej) legislacji, czy wynikająca z niej zasada określoności (jasności) przepisów prawa[15]. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika więc adresowany do ustawodawcy nakaz stanowienia norm prawnych o przyzwoitej jakości legislacyjnej.

Zgodnie z orzecznictwem TK niejasność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, jeżeli jest tak daleko posunięta, iż wyni-

[14] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz. U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 ze zm.

[15] Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 20 i n., J. Nowacki, *Klauzula „państwo prawne" a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] E. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola jego zgodności z Konstytucją*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 169–573, L. Garlicki, *Zasady określające działalność orzeczniczą sądów konstytucyjnych*, [w:] E. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola…*, s. 136, P. Czarnek, [w:] D. Dudek (red.), *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 156–159, a także wyroki TK: z dnia 25 listopada 1997 r., K 26/97, Dz.U. z 1997 r. nr 5/6, poz. 64, z dnia 13 kwietnia 1999 r., K 36/98, Dz..U. z 1999 r. nr 3, poz. 40, z dnia 14 czerwca 2000 r., P 3/00, Dz.U. z 2000 r. nr 5, poz. 138, z dnia 10 października 2001 r., K 28/01, Dz.U. z 2001 r. nr 7, poz. 212, z dnia 30 października 2001 r., K 33/00, Dz.U. z 2001 r. nr 7, poz. 217, z dnia 20 listopada 2002 r., K 41/02, Dz.U. z 2002 r. nr 6A, poz. 83.

kających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków interpretacyjnych, oraz gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym, okażą się niewystarczające[16] (por. też wyrok TK z dnia 3 grudnia 2002 r. P 13/02, OTK-A 2002, nr 7, poz. 90).

Stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań stanowi naruszenie art. 2 Konstytucji. Przy czym należyta poprawność, precyzyjność i jasność przepisów prawnych (staranność legislacyjna) ma szczególne znaczenie, gdy chodzi o ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela[17]. Przy czym pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny.

Przepis art. $237^{11}$ § 2 Kodeksu pracy wzbudza nie tylko wątpliwości w doktrynie, ale i rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych. Toteż w moim przekonaniu nie spełnia on kryteriów określonych w art. 2 Konstytucji i powinien być wyeliminowany z systemu prawnego, ewentualnie skorygowany w sposób, który eliminowałby zasadnicze wątpliwości co do interpretacji jego treści.

Przepisy o służbie bhp zawierają też inne wady legislacyjne, które wprost świadczą o „niechlujności" ustawodawcy. Przepis § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie służby bhp zawiera odesłanie wewnętrzne do § 4 ust. 7 tegoż rozporządzenia – przepisu, który nie istnieje. Oczywiście można się domyślić, że ustawodawca konstruując odesłanie miał na myśli pracownika zatrudnionego przy innej pracy, któremu pracodawca powierza realizację zadań służby bhp (ostatni ust. 5 § 4 tegoż rozporządzenia, a więc „przepis numeracyjnie najbliższy do nieistniejącego, do którego odsyła przepis prawa", a błąd popełniono przy nowelizacji rozporządzenia). Nie zmienia to jednak istoty rzeczy.

Podobnie z przepisem § 4 ust. 5 rozporządzenia, zgodnie z którym pracownik, któremu pracodawca o średniej wielkości zatrudnienia może powierzyć wykonywanie zadań służby bhp *„powinien spełniać wymagania określone w ust. 2"*. Problem w tym, że § 4 ust. 2 zawiera 5 punktów, w każdym z nich określono odrębne wymagania dla: inspektora, starszego inspektora, starszego specjalisty oraz głównego specjalisty ds. bhp. Gdyby przepis ten odczytać literalnie, *lege non distinguente* taki pracownik powinien spełnić **wszystkie** określone w § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie służby bhp wymagania. W praktyce trafnie przyjęto, że pracownik, któremu pracodawca może powierzyć wykonywanie zadań służby bhp powinien spełniać minimalne wymagania określone w ust. 2 pkt 1 rozporządzenia.

Kolejnym techniczno-prawnym mankamentem rozporządzenia jest rozbieżność pomiędzy granicznymi wielkościami zatrudnienia dla obowiązku utworze-

[16] Por. B. Banaszak, *op. cit.*, s. 22–24.

[17] Por. M. Wiącek, [w:] M. Zubik, *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 32.

nia służby bhp jako odrębnej komórki organizacyjnej pracodawcy wynikającymi z ustawy i rozporządzenia. Z art. $237^{11}$ § 1 Kodeksu pracy wynika, że taki obowiązek adresowany jest do pracodawców zatrudniających: ***„więcej niż 100 pracowników"***. Zgodnie natomiast z § 1 ust. 3 rozporządzenia, że pracodawca zatrudniający już ***„od 100 (…) pracowników"*** tworzy komórkę służby bhp. Pierwszeństwo zastosowania ma oczywiście ustawa. Nie można na podstawie rozporządzenia, poza ramami wyznaczonymi delegacją ustawową, rozszerzyć zakresu podmiotowego obowiązku wynikającego z ustawy. W tym miejscu można postawić retoryczne pytanie: Czy takie błędy powinny występować w przepisach powszechnie obowiązującego prawa? Powyższe 3 dodatkowe błędy legislacyjne stanowią dodatkowe argumenty przemawiające za niezgodnością z Konstytucją aktualnie obowiązującego unormowania instytucji służby bhp.

## Uwagi końcowe

Tak ustawodawca europejski, jak i polski postrzega szeroko rozumianą instytucję służby bhp w pierwszej kolejności w wewnętrznych strukturach przedsiębiorstwa lub pracodawcy, rozumianych jako pojęcia języka prawnego. Ogranicza to przedsiębiorcom możliwość *outsource'ingu* zadań służby bhp, w ramach szerzej rozumianych struktur organizacyjnych. Uważam, że biorąc pod uwagę, że w przepisach prawa określono wystarczający w mojej ocenie standard kompetencji osób zajmujących się tą częścią działalności pracodawcy, takie rozwiązanie oceniam jako nadregulację niepotrzebną w systemie prawa. Aktualnie *outsource'*ing służby bhp jest zakazany największym pracodawcom, co *de lege ferenda* należałoby zmienić.

W moim przekonaniu zarówno pracodawcy o niskiej, jak i wysokiej liczbie zatrudnienia powinni mieć większą swobodę co do formy, w jakiej realizują zadania służby bhp, pod warunkiem zachowania określonych w przepisach prawa standardów merytorycznych. W przepisach powszechnie obowiązującego prawa pracy w dobie społecznej gospodarki rynkowej powinno unikać normatywnego ograniczania struktur działalności gospodarczej.

Polskie przepisy o służbie bhp zostały sformułowane na niskim poziomie poprawności legislacyjnej. *De lege ferenda* postulowałbym chociażby ujednoznacznienie przepisów, które w aktualnym brzmieniu są sprzeczne z zasadą prawidłowej legislacji w demokratycznym państwie prawnym.

**Is the outsourcing of the health and safety service legal?**
(Summary)

The outsourcing is an abbreviation for the outside resource using. The Polish as well as the European legislator regards creating institutional grounds for tasks connected with the health and safety at work inside the enterprise ('inhouse') in the first place. Outsourcing of

these tasks is possible only in circumstances prescribed by law. In Polish law the obligation to create the health and safety service is regulated in art. $237^{11}$ § 1 and 2 Polish Labour Code. These provisions are badly formulated to the extent that they are contraty to the constitutional principle of the democratic state of law (art. 2 Polish Constitution) – and in particular, the principle of decent legislation interpreted from the former mentioned principle. Nevertheless, the dominant interpretation of badly formulated art. $237^{11}$ § 1 and 2 Polish Labourr Code, is that employers employing more than 100 employees cannot outsource the health and safety service. As essential requirements for the health and safety service are set in Polish as well as European law at decent standard, every employer shall have the right to outsource this part of the business.