

MINISTERSTWO PRACY I POLITYKI SPOŁECZNEJ

we współpracy z
MF, MG, MRR, MRiRW, MS, MSWiA, MSZ, UdSC, UOKiK, UZP, PIP, ZUS

Projekt założeń projektu
**ustawy o sankcjach dla podmiotów zatrudniających obywateli państw trzecich
przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom oraz o
zmianie niektórych innych ustaw**

I. Wprowadzenie

Konieczność regulacji wynika z czynnika zewnętrznego jakim jest prawo unijne. W dniu 18 czerwca 2009 r. Parlament Europejski i Rada przyjęły dyrektywę 2009/52/WE przewidującą minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. UE L. 168 s. 24 -32), zwaną dalej „dyrektywą 2009/52”. Zgodnie z art. 17 ust. 1 dyrektywy 2009/52, jej transpozycja powinna nastąpić do dnia 20 lipca 2011 r.

Jednym z czynników zachęcających do nielegalnej migracji na terytorium UE jest możliwość znalezienia zatrudnienia. Zatrudnianie obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium UE (dalej określane jako „nielegalne zatrudnienie”) wynika z faktu, że migranci przybywający tu w nadziei na lepsze życie są zatrudniani przez pracodawców wykorzystujących ich gotowość do podjęcia każdej, nawet niskopłatnej pracy. Z jednej strony nielegalne zatrudnienie, jako jeden z czynników zachęcających do nielegalnej migracji, powoduje – podobnie jak nieewidencjonowane zatrudnienie obywateli UE – straty w budżecie państwa, może być przyczyną obniżki płac i pogorszenia warunków świadczenia pracy oraz prowadzić do zakłócenia konkurencji między przedsiębiorstwami. Dla zatrudnionych nielegalnie pracowników oznacza istotne utrudnienia, a w większości przypadków niemożność korzystania z ubezpieczenia zdrowotnego i innych świadczeń opartych na wnoszonych składkach. Z drugiej strony, na tle ogółu nielegalnych pracowników obywatele państw trzecich narażeni są na dodatkowe ryzyko, ponieważ w przypadku zatrzymania grozi im wydalenie do państwa pochodzenia.

Podstawowym celem przyjęcia dyrektywy 2009/52 jest ograniczenie skali zjawiska nielegalnej imigracji do Unii Europejskiej przez zmniejszenie atrakcyjności zatrudniania obywateli państw trzecich przebywających wbrew przepisom, a tym samym ograniczenie zakresu tzw. szarej strefy w gospodarce. Dyrektywa 2009/52 ma także służyć zagwarantowaniu, by wszystkie państwa członkowskie UE wprowadziły zbliżone kary dla pracodawców zatrudniających nielegalnie obywateli państw trzecich oraz skutecznie kary te egzekwowały. Ponadto, dyrektywa wprowadza ułatwienia w zakresie dochodzenia zaległego wynagrodzenia przez nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich.

Należy zwrócić uwagę na ograniczony zakres dyrektywy 2009/52. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy 2009/52 „nielegalne zatrudnienie” oznacza wykonywanie działalności obejmującej wszelkie formy pracy, regulowane na mocy prawa krajowego lub zgodnie z ustaloną praktyką, na rzecz pracodawcy albo pod jego kierownictwem lub nadzorem przez obywatela państwa trzeciego obecnego na terytorium państwa

członkowskiego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki pobytu lub zamieszkania w tym państwie członkowskim. Jest to zatem odmienna definicja od obowiązującej w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudniania i instytucjach rynku pracy (art. 2 ust. 1 pkt 13 - Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415, z późn. zm.). Dyrektywa 2009/52 nie ma zastosowania do obywateli państw trzecich, którzy przebywają legalnie w państwie członkowskim, niezależnie do tego, czy mają oni zezwolenie na pracę w tym państwie (motyw 5 preambuły). Nie dotyczy także pracowników delegowanych w ramach wspólnotowej swobody świadczenia usług.

I.1. Syntetyczne przedstawienie aktualnego stanu stosunków społecznych w dziedzinie, której dotyczyć ma projektowana ustawa

Przedstawienie aktualnego stanu stosunków społecznych w dziedzinie nielegalnego zatrudnienia cudzoziemców zostało poprzedzone uzyskaniem opinii od instytucji właściwych w zakresie kontroli legalności pobytu i zatrudnienia, tj. Straży Granicznej i Państwowej Inspekcji Pracy, a także Ministerstwa Spraw Zagranicznych – w zakresie liczby wydanych wiz oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych – w zakresie liczby ubezpieczonych cudzoziemców.

Skala zjawiska zatrudnienia przebywających wbrew przepisom obywateli państw trzecich jest naturalnie trudna do oszacowania. W Polsce z uwagi na ogólnie niższy udział imigrantów w rynku pracy w porównaniu do innych państw członkowskich UE, to zjawisko nie przybiera jeszcze znaczącej skali w liczbach bezwzględnych.

Polska ma najniższy spośród państw OECD odsetek udziału cudzoziemców w rynku pracy, wynoszący 0,3% (średnia w krajach OECD to 12%). W ostatnich latach liczba cudzoziemców zatrudnionych w Polsce stale rośnie. Porównując lata 2006, 2007, 2008 do roku poprzedzającego, liczba wydanych zezwoleń wzrastała odpowiednio o 4%, 13%, 48%. Spowolnienie gospodarcze wywołane ogólnym spadkiem koniunktury na rynkach światowych nie wpłynęło na spadek liczby wydawanych zezwoleń na pracę. Przeciwnie, liczba ta wzrosła w porównaniu do roku poprzedniego o 63 % (w 2009 r. wydano 29.340 zezwoleń, podczas gdy w 2008 r. – 18.022). Wzrost ten częściowo można przypisać liberalizacji polskich przepisów odnośnie zatrudniania cudzoziemców, które weszły w życie z dniem 1 lutego 2009 r. w drodze ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 6, poz. 33).

Ponadto, odnotowywany jest stały wzrost zatrudniania cudzoziemców na podstawie oświadczeń pracodawców o zamiarze powierzenia wykonywania pracy rejestrowanych w powiatowych urzędach pracy (dotyczy to obywateli Ukrainy, Białorusi, Mołdowy, Gruzji, Rosji). W 2009 r. zarejestrowano 191.524 oświadczenia o zamiarze powierzenia cudzoziemcowi wykonywania pracy (wzrost o ok. 20% w porównaniu do 2008 r.). Należy jednak zwrócić uwagę, że w tym samym okresie w polskich urzędach konsularnych w państwach objętych procedurą uproszczoną wydano 128.463 wizy w celu wykonywania pracy. Liczba ta obejmuje zarówno tych, których zamierzali podjąć pracę w Polsce w oparciu o zarejestrowane oświadczenia pracodawców, jak i system ogólny (tj. posiadając zezwolenie na pracę) lub zwolnionych z obowiązku posiadania zezwolenia na pracę. Oznacza to, że liczba składanych przez pracodawców oświadczeń znacznie przewyższa ich wykorzystanie.

Wg danych MSZ, w latach 2008-2009 wydano 185 736 wiz w celu wykonywania pracy. 89% tych wiz wydanych zostało obywatelom Ukrainy. Wizy wydane obywatelom czterech państw dominujących pod względem liczby przyznanych wiz (tj. Ukraina, Białoruś, Chiny i Mołdowa) konsumują 97% wszystkich wiz w celu wykonywania pracy.

Wg danych ZUS, liczba ubezpieczonych, którzy w zgłoszeniu do ubezpieczeń, emerytalnego i rentowych, podali obywatelstwo inne niż polskie lub któregoś z państw UE i EFTA, na dzień 31 grudnia 2009 r. wynosiła 52 357, w tym 39 822 pracowników.

W 2009 r. Straż Graniczna przeprowadziła 649 kontroli, w wyniku których 257 cudzoziemców zobowiązano do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wobec 33 cudzoziemców wnioskowano do wojewody o wydalenie z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wobec 99 osób skierowano do sądu wnioski o ukaranie sprawców wykroczeń, w tym 37 cudzoziemców i 62 obywateli RP. Odpowiednio, tylko w I półroczu 2010 r., w wyniku 760 kontroli, do opuszczenia terytorium RP zobowiązano 233 cudzoziemców, wobec 69 cudzoziemców wnioskowano do wojewody o wydalenie, a wobec 172 osób (w tym 95 cudzoziemców i 77 obywateli RP) skierowano do sądu wnioski o ukaranie sprawców wykroczeń.

Wyniki kontroli prowadzonych przez Państwową Inspekcję Pracy wskazują, iż wykonywanie pracy przez cudzoziemca bez wymaganych dokumentów pobytowych nie należy do najczęstszych naruszeń. Znacznie częściej spotykanym uchybieniem był brak wymaganego zezwolenia na pracę cudzoziemca, brak zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych lub nieterminowe zgłoszenie do ZUS. W 2008 r. stwierdzono, że spośród 343 cudzoziemców, których nielegalną pracę ujawniono, 29% pracowało przebywając w Polsce nielegalnie bądź wykonywanie przez nich pracy było niezgodne z deklarowanym celem pobytu na terytorium RP. Odpowiednio, w 2009 r. było to – 13 % (92 z 697 ujawnionych nielegalnie pracujących), a według wstępnych danych za pierwsze półrocze 2010 r. – 10% (61 z 622). Nielegalne wykonywanie pracy przez cudzoziemców, w rozumieniu polskich przepisów¹, koncentruje się przede wszystkim w niektórych sekcjach PKD: przetwórstwo przemysłowe, budownictwo, handel i naprawy, transport i składowanie oraz rolnictwo i łowiectwo.

W ostatnich latach obserwowana jest zmiana tendencji w zakresie napływu imigrantów do Polski. W przyszłości można spodziewać się wzrostu liczby imigrantów zarobkowych, co związane będzie z potrzebami polskiego rynku pracy. Zwiększony popyt na pracę cudzoziemców może wiązać się ze wzrostem skali problemu będącego przedmiotem dyrektywy 2009/52, czyli zatrudnienia cudzoziemców przebywających w Polsce wbrew przepisom.

I.2. Aktualny stan prawny w zakresie objętym dyrektywą 2009/52

Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestię statusu pobytowego cudzoziemców w Polsce jest ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694, z późn. zm.). Zasady wykonywania pracy przez cudzoziemca w Polsce oraz sankcje za nielegalne zatrudnienia określa ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Przepisy polskiego prawa pracy mają zastosowanie do zatrudnienia,

¹ czyli inaczej zdefiniowane niż w dyrektywie 2009/52, tj. obejmujące także zatrudnienie bez zezwolenia na pracę, bez umowy.

w szczególności wynagrodzenia, cudzoziemców – w takim samym zakresie jak obywateli polskich.

Obowiązująca ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy penalizuje zarówno podmiot powierzający cudzoziemcowi przebywającemu wbrew przepisom wykonanie pracy, jak i samego cudzoziemca. W świetle art. 120 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 14 ustawy, wykroczenie to w przypadku podmiotu powierzającego cudzoziemcowi nielegalne wykonywanie pracy zagrożone jest karą grzywny nie niższą niż 3.000 zł. Pracodawca lub podmiot, który powierzył cudzoziemcowi wykonywanie innej pracy zarobkowej lub pełnienie funkcji, ponosi także koszty wydalenia cudzoziemca, w przypadku gdy wydalenie następuje w związku z wykonywaniem przez cudzoziemca pracy niezgodnie z przepisami (art. 96 ust. 3 ustawy o cudzoziemcach).

Aktualnie obowiązujące przepisy polskie nie zawierają podstawy do karania podmiotów zbiorowych za uchybienia związane z nielegalnym zatrudnieniem cudzoziemców. Brak również podstawy odpowiedzialności finansowej wykonawcy za naruszenie obowiązków pracodawcy przez podwykonawcę.

Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów polskich pracownik ma prawo do dochodzenia roszczeń w razie niewypłacenia przez pracodawcę wynagrodzenia lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94, z późn. zm. – zwanej dalej „k.p.”), pracodawca zatrudniający pracownika, niezależnie od tego, czy jego pobyt w naszym kraju jest legalny, jest obowiązany wypłacić wynagrodzenie za wykonaną pracę (art. 80 k.p.). Wysokość wynagrodzenia zależy od rodzaju wykonanej pracy, kwalifikacji wymaganych przy jej wykonywaniu, a także ilości i jakości świadczonej pracy (art. 78 § 1 k.p.). Kodeks pracy nie przewiduje jednak instytucji domniemania istnienia stosunku pracy dla potrzeb ułatwienia dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia. Kontrolę i nadzór nad przestrzeganiem przez pracodawców przepisów dotyczących wynagrodzeń za pracę wynikających ze stosunku pracy (umowy o pracę) sprawuje Państwowa Inspekcja Pracy. Na gruncie obowiązujących przepisów nie dysponuje ona natomiast kompetencjami, które by pozwalały na udzielenie pomocy w wyegzekwowaniu należnego wynagrodzenia na rzecz osób (w tym cudzoziemców) zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych.

Kontrola legalności wykonywania pracy przez cudzoziemców oraz powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom w Polsce należą do ustawowych zadań Państwowej Inspekcji Pracy i Straży Granicznej. Dodatkowo Straż Graniczna kontroluje również legalność prowadzenia działalności gospodarczej przez cudzoziemców.

I.3. Potrzeba i cel uchwalenia projektowanej ustawy

Potrzeba przyjęcia proponowanej regulacji wynika z konieczności prawidłowego wdrożenia do polskiego prawa postanowień dyrektywy 2009/52, tj. wypełnienia przez Polskę obowiązku wynikającego z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jakim jest zapewnienie stosowania prawa unijnego. Konsekwencją niewdrożenia lub nieprawidłowego wdrożenia dyrektywy może być zastosowanie właściwej procedury przez Komisję Europejską kończącej się skierowaniem skargi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Uwzględnienie skargi wiąże się zazwyczaj z nałożeniem kary pieniężnej na państwo członkowskie, które uchybiło swoim zobowiązaniom w zakresie prawidłowej implementacji dyrektywy unijnej.

Zadaniem regulacji jest zapewnienie realizacji celów dyrektywy 2009/52 z uwzględnieniem specyfiki polskiego systemu prawnego.

Dyrektywa 2009/52 wprowadza zakaz zatrudniania obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państw członkowskich. Przewiduje sankcje karne i administracyjne dla pracodawców naruszających ten zakaz, w tym także odpowiedzialność osób prawnych, a w określonych przypadkach także odpowiedzialność finansową wykonawcy za naruszenie obowiązków pracodawcy przez podwykonawcę. Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje pracodawców do gromadzenia przed rozpoczęciem zatrudnienia przez obywateli państw trzecich dokumentów uprawniających cudzoziemca do pobytu oraz przechowywania kopii tych dokumentów przez cały okres zatrudnienia, a także przewiduje nałożenie na pracodawców obowiązku powiadamiania właściwych organów o rozpoczęciu zatrudnienia, co ma służyć w szczególności wykrywaniu fałszywych dokumentów oraz planowaniu skutecznych kontroli legalności zatrudnienia. Ponadto, dyrektywa 2009/52 wprowadza ułatwienia w zakresie dochodzenia zaległego wynagrodzenia przez nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich, wprowadzając między innymi domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres trzech miesięcy. Zobowiązuje także państwa członkowskie do dokonywania oceny ryzyka, regularnego określania sektorów działalności, w których koncentruje się nielegalne zatrudnienie oraz sprawozdawczości dotyczącej wyników kontroli legalności zatrudnienia.

Pomimo stosunkowo niewielkiej skali zatrudnienia cudzoziemców przebywających w Polsce wbrew przepisom, odpowiednie wdrożenie dyrektywy 2009/52 będzie także sygnałem polityki państwa zmierzającej do zwalczania nielegalnego zatrudnienia cudzoziemców.

Reasumując, do podstawowych celów ustawy wdrażającej dyrektywę 2009/52 należą:

1. przeciwdziałanie zatrudnianiu obywateli państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom;
2. racjonalizacja i zwiększenie skuteczności kontroli legalności zatrudnienia;
3. nałożenie na pracodawców obowiązku sprawdzania statusu pobytowego zatrudnianych cudzoziemców;
4. wprowadzenie proporcjonalnych i odstraszających sankcji za zatrudnienie obywateli państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom;
5. ułatwienie dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia za pracę przez nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich;
6. objęcie współodpowiedzialnością finansową głównego wykonawcy z tytułu zatrudnienia obywateli państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom przez podwykonawcę;
7. objęcie osób prawnych sankcjami za uchybienia związane z nielegalnym zatrudnieniem cudzoziemców.

I.4. Zakres elastyczności dopuszczony przez dyrektywę 2009/52

I.4.1.

Dyrektywa 2009/52 przewiduje nałożenie na pracodawców **obowiązku powiadamiania** właściwych organów **o rozpoczęciu zatrudnienia cudzoziemców** (art. 4 ust. 1 lit c). Ma to służyć w szczególności wykrywaniu fałszywych dokumentów, a w konsekwencji także planowaniu skutecznych kontroli legalności zatrudnienia obywateli państw trzecich. Dyrektywa, dla zmniejszenia obciążeń administracyjnych nakładanych na pracodawców, nie

wymaga tworzenia odrębnego systemu powiadomień, lecz w motywie 10 preambuły wskazuje możliwość wykorzystania do tego celu innych systemów. Pozostawia także decyzji państw członkowskich wybór organu właściwego.

Biorąc pod uwagę, obowiązek zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych każdej osoby objętej ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi wynikający z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, z późn. zm.), a także dążenie do ograniczenia obowiązków administracyjnych nakładanych na pracodawców, najwłaściwszym sposobem wdrożenia dyrektywy 2009/52 w tym zakresie będzie wykorzystanie istniejącego systemu powiadamiania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (ZUS). Obowiązujący formularz ZUS ZUA (*Zgłoszenie do ubezpieczeń/zgłoszenie zmiany danych osoby ubezpieczonej*) zawiera rubrykę obywatelstwo.

Wydaje się także, iż powyższy wybór jest także najkorzystniejszym pod kątem ograniczenia obciążeń finansowych dla budżetu państwa wynikających z implementacji dyrektywy 2009/52 oraz gotowości operacyjnej w dniu wejścia w życie projektowanej regulacji. Ponadto, wobec wprowadzenia, zgodnie z celem dyrektywy 2009/52, dotkliwych sankcji, a także planowanej kampanii informacyjnej, można spodziewać się, iż zmniejszenie patologii niezgłaszania do ubezpieczenia społecznego cudzoziemców dodatnio wpłynie na bilans ZUS.

Wyzwaniem dla faktycznej, pełnej operacyjności systemu monitorowania zatrudnienia obywateli państw trzecich jest stworzenie przepływu informacji pomiędzy systemami związanymi z rejestracją pobytu i zatrudnienia cudzoziemca w Polsce. Zagrozeniem dla wysokiej skuteczności działań kontrolnych jest jednak fakt, iż system POBYT² nie zawiera informacji kompletnych w zakresie uprawnień pobytowych cudzoziemców w Polsce, ponieważ nie obejmuje rejestru spraw dotyczących wiz wydawanych przez konsuli i nie przetwarza danych dotyczących przebywania na terytorium Polski cudzoziemców na podstawie dokumentów pobytowych lub wiz wydanych przez inne państwo obszaru Schengen. Szczególnie istotne jest natomiast zapewnienie efektywnego dostępu Państwowej Inspekcji Pracy i Straży Granicznej do jednostkowych danych ZUS.

Przyjęcie jako realizację obowiązku powiadamiania przewidzianego dyrektywą – zgłoszenia do ZUS związane jest z kolei z nieobjęciem obowiązkiem zgłoszeń do ubezpieczenia społecznego osób wykonujących pracę na podstawie umowy o dzieło oraz pracowników delegowanych do Polski (ci ostatni nie są jednak objęci zakresem dyrektywy 2009/52). Włączenie tych grup cudzoziemców do systemu powiadomień pozwoliłoby na kompleksowe monitorowanie statusu cudzoziemców podejmujących zatrudnienie w Polsce.

Alternatywnym rozwiązaniem byłoby utworzenie nowego systemu powiadomień. Oznaczałoby to jednak wprowadzenie dodatkowego obowiązku administracyjnego dla podmiotów zatrudniających obywateli państw trzecich. Jednocześnie generowałoby znacznie wyższe koszty finansowe, zwłaszcza na etapie stworzenia systemu, a także w postaci wydatków związanych z utrzymaniem zaplecza technicznego i jego obsługi. Kompleksowa, zintegrowana wersja wiążąca się z przebudową istniejących w Polsce rejestrów państwowych i rozszerzeniem zakresu instytucji objętych systemem wzajemnej wymiany informacji dot. zatrudnienia cudzoziemców, uwzględniająca np. system PESEL,

² Sytem POBYT, zgodnie z art. 132 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694 ze zm.), jest to tworzony i prowadzony w systemie teleinformatycznym przez Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców krajowy zbiór rejestrów, ewidencji i wykazu w sprawach cudzoziemców.

NFZ, organy podatkowe, pomocy społecznej, rozważana jest w ramach Zespołu ds. Migracji.

W chwili obecnej z uwagi na koszty oraz pionierski charakter tego rozwiązania, a jednocześnie krótki termin wdrożenia dyrektywy 2009/52 zasadne jest ograniczenie się jedynie do osób objętych obowiązkiem ubezpieczenia społecznego. Wyniki kontroli wskazują, że w Polsce znacznie częściej spotykanym uchybieniem niż brak dokumentów pobytowych jest brak wymaganego zezwolenia na pracę cudzoziemca, brak zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych lub nieterminowe zgłoszenie do ZUS. Wg danych PIP w 2009 r. na podstawie umowy o dzieło wykonywały pracę: 2 osoby przebywające nielegalnie (brak ważnego dokumentu pobytowego) i 5 osób przebywających nielegalnie, których podstawa pobytowa nie uprawniała do pracy). Biorąc zatem pod uwagę skalę imigracji zarobkowej i niewielkie liczby bezwzględnie stwierdzonych naruszeń w zakresie nielegalnego pobytu w Polsce (wg danych PIP: 92 osoby w 2009 r. oraz – wg wstępnych danych - 61 osób w I półroczu 2010 r.), koszty stworzenia i obsługi dodatkowego systemu byłyby niewspółmiernie wysokie. Ponadto, wprowadzenie dodatkowego, uzupełniającego system zgłoszeń do ZUS, systemu powiadomień spowodowałoby dodatkowe utrudnienia i obciążenia administracyjne dla przedsiębiorców.

Jednocześnie, należy zwrócić uwagę, że projektowana ustawa wprowadza obowiązek dla wszystkich podmiotów powierzających wykonywanie pracy cudzoziemcom (tj. zarówno na podstawie umowy o pracę, jak i na podstawie umów cywilnoprawnych) wymagania przedłożenia ważnego dokumentu pobytowego cudzoziemca i przechowywania go dla celów kontroli przez cały okres wykonywania pracy przez cudzoziemca. Pozwoli to - w razie stwierdzenia naruszeń - na zastosowanie sankcji przewidzianych dyrektywą 2009/52.

I.4.2.

Dyrektywa 2009/52 przewiduje możliwość wprowadzenia **ułatwień lub ograniczenia sankcji wobec osób fizycznych zatrudniających na użytek prywatny** (art. 4 ust. 2, art. 5 ust. 3, art. 7 ust. 2).

W odniesieniu do procedury powiadamiania o zatrudnieniu obywatela państwa trzeciego (art. 4 ust. 2), wobec przyjęcia założenia o wykorzystaniu istniejącego obowiązku zgłoszenia zatrudnionych do systemu ubezpieczeń społecznych, uproszczony mechanizm wobec osób rozliczających składki za nie więcej niż 5 osób jest już obecnie przewidziany, będzie stosowany także wobec podmiotów objętych dyrektywą 2009/52.

Z uwagi na fakt, że zarówno przepisy prawa pracy jak i przepisy w zakresie zamówień publicznych nie różnicują zakresu odpowiedzialności ze względu na fakt, iż pracodawca lub podmiot jest osobą fizyczną i zatrudnia na użytek prywatny, celem zachowania wewnętrznej spójności polskich przepisów, proponuje się odstąpienie od korzystania z opcji w zakresie art. 5 ust. 3.

W zakresie art. 7 ust. 2 proponuje się pośrednie, częściowe skorzystanie z przewidzianej dyrektywą 2009/52 możliwości niestosowania sankcji w postaci wykluczenia z udziału w zamówieniach publicznych lub pozbawienia dostępu lub konieczności zwrotu instrumentów pomocy publicznej, w stosunku do osób fizycznych, gdy zatrudnienie miało miejsce na ich użytek prywatny w przypadku uporczywego zatrudnianie obywatela państwa trzeciego przebywającego nielegalnie. Jest to konsekwencja penalizacji tego czynu na poziomie wykroczeń. (vide pkt. I.4.3. i I.4.4).

I.4.3.

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do podjęcia niezbędnych środków w celu zapewnienia, aby naruszenia zakazu zatrudniania obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państw członkowskich podlegały **skutecznym, proporcjonalnym i odstraszającym karom** finansowym (art. 5), a w kwalifikowanych przypadkach (art. 9) także sankcjom karnym (art. 10). Dotyczyć to ma także osób prawnych (art. 12).

W zakresie sankcji karnych proponuje się rozszerzenie katalogu przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Znamiona dwóch nowych typów przestępstwa zatrudnienia osoby przebywającej na terytorium RP wbrew przepisom skorelowane zostaną z treścią art. 9 ust. 1 dyrektywy 2009/52. Wprowadzony zostanie również nowy typ wykroczenia, jako penalizacja czynu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2009/52 w przypadku braku powiązania zatrudnienia nielegalnego imigranta z prowadzoną przez sprawcę działalnością gospodarczą.

Dodatkowo, proponuje się wdrożenie do ustaw regulujących opodatkowanie podatkiem dochodowym rozwiązania o charakterze sankcyjnym, które nie pozwoli zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów wynagrodzenia wypłacanego nielegalnie zatrudnionemu wraz z podatkiem oraz składkami na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

W związku z przewidzianym przez dyrektywę 2009/52 sankcjonowaniem także osób prawnych, konieczna będzie nowelizacja ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary przez uzupełnienie zawierające odniesienie do ww. przestępstw.

I.4.4.

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do **stosowania „w stosownych przypadkach” innych sankcji** wobec naruszających zakaz nielegalnego zatrudniania obywateli państw trzecich (art. 7). Przewiduje pozbawienie dostępu lub konieczność zwrotu instrumentów pomocy publicznej, wykluczenie z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, czasowe lub trwałe zamknięcie zakładu oraz cofnięcie lub zawieszenie pozwolenia na wykonywanie danej działalności. Do państw członkowskich należy określenie „stosownych przypadków” oraz horyzontu czasowego stosowanych sankcji (w granicach przewidzianych dyrektywą 2009/52), a także zakresu instrumentów pomocy publicznej będących przedmiotem sankcji. Proponuje się, że wdrożenie dyrektywy 2009/52 w tym zakresie, z wyjątkiem wykluczenia z udziału w zamówieniach publicznych, nastąpi poprzez sformułowanie horyzontalne i określenie „stosownych przypadków” tj. sytuacji kwalifikowanych, takich jak wskazane w art. 9 dyrektywy 2009/52, które w rozumieniu projektowanej ustawy będą penalizowane na poziomie przestępstw. Rozwiązanie takie uzasadnia potrzeba stworzenia indywidualnego podejścia do danego przypadku oraz możliwości wyboru najbardziej adekwatnej sankcji przez sąd.

Wykluczenie z udziału w zamówieniach publicznych nastąpi w razie prawomocnego skazania za przestępstwo polegające na zatrudnieniu osoby przebywającej na terytorium RP wbrew przepisom, które zostanie wprowadzone projektowaną ustawą.

Dodatkowo, z uwagi na charakter i przedmiot działalności, proponuje się obowiązkowe stosowanie sankcji przewidzianych w art. 7 ust. 1 dyrektywy 2009/52, w szczególności wykreślenia z rejestru agencji zatrudnienia, w odniesieniu do agencji pracy tymczasowej w przypadku naruszenia zakazu nielegalnego zatrudnienia obywateli państw trzecich.

I.4.5.

Dyrektywa 2009/52 przewiduje również możliwość **niestosowania zakazu** zatrudnienia nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich **do nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, których wydalenie wstrzymano i którzy są uprawnieni do podjęcia pracy** zgodnie z prawem krajowym.

Prawo do podjęcia pracy zgodnie z polskimi przepisami dotyczy zawsze cudzoziemców przebywających w Polsce legalnie. Nie jest zatem zasadne stosowanie zwolnienia z zakazu zatrudniania nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich, do przebywających wbrew przepisom. Opisana w dyrektywie 2009/52 (art. 3 ust. 3) sytuacja cudzoziemców, których wydalenie wstrzymano i którzy są uprawnieni do podjęcia pracy zgodnie z prawem krajowym odpowiada sytuacji cudzoziemców posiadających zgodę na pobyt tolerowany w RP. Należy jednak wskazać, iż pobyt cudzoziemca posiadającego zgodę na pobyt tolerowany jest legalny, a cudzoziemcowi wydawane są karty pobytu w związku z udzieleniem tej zgody.

I.5. Możliwości podjęcia alternatywnych w stosunku do uchwalenia projektowanej ustawy środków umożliwiających osiągnięcie celu

1. **Tzw. opcja zerowa** – tj. pozostawienie status quo – jest niemożliwa z uwagi na brak pełnej zgodności polskich przepisów z przepisami dyrektywy 2009/52. Ze względu na obowiązki wynikające z zobowiązań Polski jako państwa członkowskiego UE, powstrzymanie się przez władzę publiczną od jakiegokolwiek działania i zaniechanie wdrożenia dyrektywy 2009/52 w terminie naraziłoby Polskę na skargę Komisji Europejskiej w trybie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w konsekwencji karę pieniężną nałożoną przez Trybunał Sprawiedliwości.
2. **Opcje alternatywne dla regulacji ustawowej** (np. samoregulacja, autoregulacja) – są niemożliwe, z uwagi na fakt, iż dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia sankcji karnych i administracyjnych. W świetle Konstytucji RP odpowiedzialność karna może być regulowana jedynie w drodze ustawy (art. 42). Nie jest zatem możliwa realizacja celów dyrektywy 2009/52 w drodze środków nielegislacyjnych.

Biorąc jednak pod uwagę wprowadzenie nowych obowiązków dla podmiotów powierzających wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich oraz sankcji, w tym sankcji karnych, celowe jest przeprowadzenie kampanii informacyjnej podczas *vacatio legis* w początkowym okresie obowiązywania przepisów wdrażających dyrektywę 2009/52. Wstępnym akcentem tej kampanii będą szerokie konsultacje społeczne na etapie przygotowania projektu założeń projektu ustawy.

3. Mając na uwadze powyższe, **najwłaściwszym środkiem umożliwiającym realizację celu dyrektywy 2009/52/WE jest ustawa**. Elementem wspierającym zachowania pożądane podmiotów objętych regulacją będzie prowadzenie działań informacyjnych skierowanych w szczególności do pracodawców oraz obywateli państw trzecich.

I.6. Podmioty, na które oddziaływać ma projektowana ustawa

1. Pracodawcy lub podmioty powierzające wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich, z uwzględnieniem także podmiotów zbiorowych - w zakresie dodatkowych obowiązków administracyjnych oraz w zakresie sankcji w związku z naruszeniem zakazu zatrudniania cudzoziemców przebywających wbrew przepisom na terytorium RP;
2. Obywatele państw trzecich przebywający na terytorium RP – w zakresie obowiązku przedłożenia pracodawcy ważnego dokumentu pobyтового oraz w zakresie ułatwień w dochodzeniu roszczeń z tytułu zaległego wynagrodzenia i świadczeń z tym związanych;
3. Wykonawcy, których podwykonawcy naruszyli zakaz nielegalnego zatrudniania lub obowiązki pracodawcy wobec obywateli państw trzecich – w zakresie wypłaty zaległego wynagrodzenia i świadczeń z tym związanych;
4. Straż Graniczna i Państwowa Inspekcja Pracy – w zakresie współpracy przy określaniu – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz w zakresie przekazywania danych o wynikach kontroli legalności wykonywania pracy przez cudzoziemców w kontekście legalności ich pobytu, a także w związku z postępowaniami w zakresie objętym przedmiotem dyrektywy 2009/52;
5. Minister właściwy do spraw pracy we współpracy z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych – w zakresie określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz w zakresie pozyskiwania danych od Straży Granicznej i Państwowej Inspekcji Pracy i przekazywania Komisji Europejskiej – co roku – informacji o liczbie przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli oraz – co trzy lata - sprawozdania z realizacji postanowień dyrektywy 2009/52;
6. Minister właściwy do spraw budownictwa, finansów publicznych, gospodarki, nauki, rolnictwa, rozwoju regionalnego, rybołówstwa, transportu, turystyki, zabezpieczenia społecznego, spraw zagranicznych oraz zdrowia – w zakresie współpracy przy ocenie ryzyka i określaniu sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich;
7. Zakład Ubezpieczeń Społecznych – w zakresie przepływu informacji na potrzeby kontroli legalności zatrudnienia obywatela państwa trzeciego;
8. Sądy i prokuratura – w zakresie postępowań dot. naruszeń zakazu nielegalnego zatrudniania;
9. Wojewodowie - w zakresie udzielania cudzoziemcom zezwoleń pobytowych na czas trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko podmiotowi powierzającemu wykonywanie pracy z udziałem tych osób oraz zezwoleń pobytowych udzielanych cudzoziemcom do czasu wypłaty zaległego wynagrodzenia;
10. Zamawiający w rozumieniu prawa zamówień publicznych – w zakresie weryfikacji wykonawcy;
11. Podmioty przyznające pomoc publiczną – w zakresie weryfikacji beneficjentów i ewentualnego cofnięcia pomocy;
12. Organizacje pozarządowe – w zakresie wspierania nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich w dochodzeniu roszczeń z tytułu zaległego wynagrodzenia i świadczeń z tym związanych.

I.7. Przewidywane skutki finansowe uchwalenia projektowanej ustawy i źródła ich pokrycia

Projektowana ustawa implementująca dyrektywę 2009/52 do polskiego porządku prawnego będzie miała opisany poniżej wpływ na budżet państwa.

I.7.1. Racjonalizacja wydatków

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do dokonywania oceny ryzyka i regularnego określania sektorów działalności, w których koncentruje się nielegalne zatrudnienie cudzoziemców oraz corocznych sprawozdań nt. wyników kontroli dla Komisji Europejskiej. Dokonywanie regularnej oceny ryzyka, jak również łatwiejszy dostęp do danych dotyczących cudzoziemców zatrudnianych w Polsce wpłynie na zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych w zakresie prowadzenia kontroli legalności zatrudnienia.

I.7.2. Działania informacyjne

Przewiduje się prowadzenie działań informacyjnych, skorelowanych czasowo z wejściem w życie regulacji implementującej dyrektywę 2009/52. Jej adresatami będą w szczególności:

- 1) pracodawcy lub podmioty powierzające wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich – w zakresie nowych obowiązków administracyjnych, sankcji oraz informacji na temat wzorów wiz oraz polskich dokumentów pobytowych; obywatele państw trzecich przebywający wbrew przepisom na terytorium RP – w zakresie praw i obowiązków;
- 2) organizacje pozarządowe – w zakresie możliwości wspierania cudzoziemców w dochodzeniu roszczeń z tytułu zaległego wynagrodzenia.

Przygotowanie i aktualizacja materiałów informacyjnych nastąpi w ramach obowiązków MPiPS i UdSC, ich upowszechnienie nastąpi głównie za pośrednictwem internetu.

Koszty ponoszone przez Straż Graniczną w zakresie pouczania cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym o zasadach i trybie postępowania oraz o przysługujących mu prawach i ciążących na nim obowiązkach, związane z planowaną zmianą art. 10 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, w tym koszty dokonywania tłumaczeń pisemnych pouczeń cudzoziemców, szacuje się na ok. 5 tys. zł.

Źródło finansowania:

plany finansowe jednostek realizujących zadania – w ramach realizacji zadań informacyjnych. Przedmiotowe wydatki nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

I.7.3. Skutki finansowe związane ze zwiększeniem zadań instytucji kontrolnych

Implementacja dyrektywy 2009/52 wpłynie na rozszerzenie zakresu zadań Straży Granicznej i Państwowej Inspekcji Pracy w zakresie współpracy przy regularnym określaniu – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się nielegalne zatrudnienie cudzoziemców, corocznych sprawozdań nt. wyników kontroli dla Komisji

Europejskiej. Zwiększy się także zakres ściganych przez SG przestępstw w związku z wprowadzeniem nowych typów przestępstwa w postaci zatrudnienia osoby przebywającej na terytorium RP wbrew przepisom.

Źródło finansowania:

plany finansowe jednostek realizujących zadania. Przedmiotowe wydatki nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

W związku z zapewnieniem dostępu Straży Granicznej do danych zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych, koszty stworzenia relacyjnej bazy danych pracującej w Intranecie, w tym w szczególności zakup: Web Service, serwera na bazę danych, serwera na logi o sprawdzeniach, licencji Windows Serwer 2008 Enterprise Edition, licencji SQL serwer Enterprise Edition oraz szkolenia i pomoce dydaktyczne, oszacowano na ok. 180 000 zł.

Źródło finansowania:

W ramach planu finansowego Straży Granicznej, dział 754 – bezpieczeństwo publiczne i ochrona przeciwpożarowa. Przedmiotowe wydatki nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

W związku z wprowadzeniem podstawy do nieodpłatnego korzystania z danych dotyczących zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych obywateli państw trzecich w zakresie niezbędnym do realizacji zadań kontrolnych, zwiększy się zakres zadań ZUS. Dotyczyć to będzie okresowego (kwartalnego) przekazywania SG i PIP wykazu płatników zatrudniających cudzoziemców oraz udzielania – na wniosek SG lub PIP – informacji dotyczących cudzoziemca.

Źródło finansowania:

plan finansowy ZUS – w zakresie działalności bieżącej. Wobec braku konieczności budowania dedykowanych kanałów łączności pomiędzy ZUS a PIP i SG - zadania te nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

I.7.4. Skutki finansowe związane ze zwiększeniem zadań ministra właściwego do spraw pracy

Implementacja dyrektywy 2009/52 wpłynie na rozszerzenie zakresu zadań ministra właściwego do spraw pracy. W drodze proponowanej ustawy nałożony zostanie obowiązek określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz przygotowywania i przekazywania Komisji Europejskiej informacji o liczbie przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli w zakresie zatrudnienia cudzoziemców przebywających w Polsce wbrew przepisom oraz sprawozdania z realizacji postanowień dyrektywy 2009/52.

Realizacja tych zadań wymagać będzie współpracy z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych, Strażą Graniczną i Głównym Inspektorem Pracy, a także – w zakresie współpracy przy ocenie ryzyka i określaniu sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, z ministrami właściwymi do spraw, odpowiednio: budownictwa, finansów publicznych, gospodarki, nauki, rolnictwa,

rozwoju regionalnego, rybołówstwa, transportu, turystyki, zabezpieczenia społecznego, spraw zagranicznych oraz zdrowia.

Złożoność tych zadań wymaga wyodrębnienia dwóch stanowisk pracy w urzędzie obsługującym ministra właściwego do spraw pracy. Nastąpi to w oparciu o dotychczasowy zasób kadrowy.

Źródło finansowania:

plan finansowy MPiPS – w ramach przyznanego limitu wydatków w trakcie prac nad ustawą budżetową. Przedmiotowe wydatki nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

I.7.5. Ograniczenie nielegalnego zatrudnienia

Należy się także spodziewać, że wprowadzenie dotkliwych sankcji nie tylko karnych lecz także o wymiernych skutkach finansowych (jak wykluczenie z postępowań o zamówienia publiczne czy konieczność zwrotu środków publicznych), a także przeprowadzenie kampanii informacyjnej sprzyjać będzie ograniczeniu patologii nielegalnego zatrudnienia. Można się spodziewać, iż wpłynie to nie tylko na ograniczenie zatrudnienia cudzoziemców przebywających wbrew przepisom, ale także ograniczenie szarej strefy. W konsekwencji przyczyni się to do wzrostu wpływów z tytułu składek i podatków. Wymierne korzyści finansowe dla budżetu państwa trudno jest oszacować z powodu braku informacji na temat nielegalnego zatrudnienia.

II. Propozycje rozstrzygnięć i ich uzasadnienie:

Proponowany tytuł: „ustawa o sankcjach dla podmiotów zatrudniających obywateli państw trzecich przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom oraz o zmianie niektórych innych ustaw”. Oddaje on istotę i cel dyrektywy 2009/52.

Projektowana ustawa powinna składać się z następujących elementów (usystematyzowanych w rozdziałach):

- 1) zagadnienia ogólne (zakres przedmiotowy i podmiotowy, definicje);
- 2) sankcje za naruszenie zakazu zatrudniania obywatela państwa trzeciego przebywającego w Polsce wbrew przepisom;
- 3) ułatwienia dochodzenia roszczeń z tytułu zatrudnienia przez obywateli państwa trzeciego przebywającego w Polsce wbrew przepisom;
- 4) niezbędne nowelizacje innych ustaw;
- 5) przepisy przejściowe;
- 6) przepisy końcowe (o wejściu w życie ustawy).

Przepisy projektowanej ustawy będą stanowiły *lex specialis* w stosunku do przepisów innych ustaw regulujących zasady wykonywania pracy przez cudzoziemca w Polsce oraz sankcje za nielegalne zatrudnienie, a także zasady dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia i innych świadczeń z tym związanych.

1. Zakres podmiotowy i przedmiotowy projektowanej ustawy

Projektowana ustawa wprowadzi *explicite* zakaz powierzania wykonywania pracy obywatelowi państwa trzeciego przebywającemu w Polsce wbrew przepisom. Określa sankcje za naruszenie tego zakazu. Reguluje zasady szczególne dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia i związanych z tym świadczeń przez obywateli państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom.

Przepisy projektowanej ustawy będą miały zastosowanie wyłącznie w sytuacji łącznego spełnienia przesłanek przedmiotowych i podmiotowych, tj. faktu powierzenia wykonywania pracy oraz osoby obywatela państwa trzeciego przebywającego na terytorium RP wbrew przepisom. Stanowi to odzwierciedlenie zakresu przedmiotowego dyrektywy 2009/52.

2. Objasnienie podstawowych pojęć użytych w projektowanej ustawie:

2.1 „warunki szczególnego wyzysku” oznaczają warunki pracy, w tym warunki wynikające z dyskryminacji ze względu na płeć lub innego rodzaju dyskryminacji, w których występuje uderzająca dysproporcja w porównaniu z warunkami zatrudnienia pracowników zatrudnionych legalnie, co wpływa na przykład na zdrowie i bezpieczeństwo pracowników i uchybia godności ludzkiej.

3. Przepisy merytoryczne

Na przepisy merytoryczne w projektowanej ustawie składać się będą przepisy wprowadzające następujące zasady zawarte w dyrektywie 2009/52/WE (w nawiasie oznaczenie przepisu dyrektywy stanowiącego pierwowzór regulacji projektu ustawy):

- 3.1** zakaz powierzania wykonywania pracy obywatelowi państwa trzeciego przebywającemu w Polsce bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium RP;
- 3.2** obowiązek wymagania przez podmiot powierzający wykonywanie pracy od obywatela państwa trzeciego przedstawienia przed rozpoczęciem pracy ważnego dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu w Polsce (art. 4 ust. 1 lit. a);

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudniania i instytucjach rynku pracy, na warunkach określonych w tym przepisie cudzoziemiec może wykonywać pracę na terytorium RP, gdy przebywa w Polsce na podstawie art. 61 ust. 3 oraz art. 71a ust. 3 ustawy o cudzoziemcach. Zgodnie z tymi przepisami za pobyt legalny cudzoziemca na terytorium RP uważa się także pobyt od dnia złożenia wniosku o udzielenie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, zezwolenia na osiedlenie się lub zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego WE do czasu wydania decyzji ostatecznej w tych sprawach, jeżeli termin do złożenia wniosku został zachowany lub, odpowiednio, cudzoziemiec złożył wniosek w czasie zgodnego z prawem pobytu na terytorium Polski i wniosek nie zawiera braków formalnych lub braki formalne zostały uzupełnione w terminie. Wówczas właściwy organ zamieszcza w dokumencie podróży cudzoziemca odcisk stempla, który potwierdza złożenie wniosku. W takim przypadku obowiązek podmiotu powierzającego wykonywanie pracy cudzoziemcowi będzie uważać się za spełniony w przypadku wykonania kopii dokumentu podróży ze stemplem, pod warunkiem zobowiązania cudzoziemca do przedłożenia decyzji ostatecznej w sprawie udzielenia zezwolenia pobytowego w terminie 7 dni od jej otrzymania.

- 3.3** obowiązek przechowywania przez podmioty powierzające wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich na podstawie innej niż umowa o pracę kopii dokumentu, o którym mowa w pkt. 3.2 przez cały czas obowiązywania umowy, na podstawie której powierzone zostało wykonanie pracy. (art. 4 ust. 1 lit. b).

Dyrektywa 2009/52 wymaga przechowywania kopii dokumentu dla celów przedstawienia przy ewentualnej kontroli ze strony właściwych organów. W przypadku stosunku pracy obowiązek ten wynikać będzie z przepisów regulujących zasady prowadzenia dokumentacji pracowniczej. Nie dotyczą one podmiotów powierzających wykonywanie pracy na podstawie umów cywilnoprawnych. Niezbędne jest zatem wprowadzenie stosownej podstawy prawnej;

- 3.4** zniesienie odpowiedzialności podmiotu powierzającego wykonywanie pracy za naruszenie zakazu, o którym mowa w pkt. 3.1 w razie wypełnienia obowiązku sprawdzenia posiadania ważnego dokumentu pobytowego przez cudzoziemca i przechowywania kopii dokumentu oraz powiadomienia, na zasadach określonych odrębnymi przepisami, o rozpoczęciu zatrudnienia przez cudzoziemca, chyba, że wiedział, że dokument przedstawiony jako ważny dokument uprawniający cudzoziemca do pobytu w Polsce został sfałszowany (art. 4 ust. 3);

Odwołanie do odrębnych przepisów wynika z faktu nieobjęcia, zgodnie z ustawą z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, obowiązkiem zgłoszeń do ubezpieczenia społecznego osób wykonujących pracę na podstawie umowy o dzieło.

- 3.5** zależność wysokości kary finansowej za powierzanie wykonywania pracy obywatelom państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom od liczby nielegalnie

zatrudnionych lub wykonujących inną pracę zarobkową obywateli państw trzecich (art. 5 ust. 2 lit. a);

3.6 obciążenia podmiotu powierzającego wykonywanie pracy wszelkimi kosztami związanymi z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydalony (art. 6 ust. 2 lit. c);

3.7 domniemania istnienia stosunku pracy przez okres przynajmniej trzech miesięcy, na potrzeby dochodzenia zaległego wynagrodzenia, chyba, że pracodawca lub pracownik dowiodą innego okresu trwania zatrudnienia (art. 6 ust. 3).

Dyrektywa 2009/52 wprowadza domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres trzech miesięcy w celu ułatwienia nielegalnie zatrudnionym obywatelom państw trzecich dochodzenia zaległego wynagrodzenia.

Domniemanie stosowane będzie wobec pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę. Zastosowanie domniemania będzie także miało miejsce po ustaleniu istnienia stosunku pracy, np. w przypadku gdy zawarto umowy cywilnoprawne w celu obejścia przepisów prawa pracy;

3.8 domniemania uzgodnionego wynagrodzenia w wysokości trzykrotnego minimalnego wynagrodzenia w przypadku powierzenia wykonania pracy obywatelom państw trzecich na podstawie umów cywilnoprawnych, chyba, że podmiot powierzający wykonanie pracy lub obywatel państwa trzeciego dowiodą innej wysokości wynagrodzenia (art. 6 ust. 3 w zw. z art. 6 ust. 1 lit. a).

Jak wspomniano wyżej w pkt. 3.7, dyrektywa 2009/52 wprowadza domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres trzech miesięcy w celu ułatwienia nielegalnie zatrudnionym obywatelom państw trzecich dochodzenia zaległego wynagrodzenia. W przypadku, gdy cudzoziemiec wykonuje pracę na podstawie rzeczywistej umowy o dzieło, która jest umową rezultatu, nie jest możliwe określenie miesięcznego wynagrodzenia, a zatem zastosowanie jego trzykrotności.

Proponowane rozwiązanie będzie zatem zgodne z celem dyrektywy 2009/52, a jednocześnie nie naruszy zasady swobody umów obowiązującej w prawie polskim. Strony będą miały bowiem możliwość wykazania innej wysokości wynagrodzenia zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego;

3.9 stosowania w określonych przypadkach dodatkowych sankcji o skutkach finansowych (art. 7 ust. 1)

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do stosowania „w stosownych przypadkach” innych sankcji wobec naruszających zakaz nielegalnego zatrudniania obywateli państw trzecich. Przewiduje pozbawienie dostępu, w tym funduszy UE, na okres do pięciu lat lub konieczność zwrotu instrumentów pomocy publicznej uzyskanych w okresie 12 miesięcy poprzedzających wykrycie nielegalnego zatrudnienia, wykluczenie z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, czasowe lub trwałe zamknięcie zakładu oraz cofnięcie lub wstrzymanie pozwolenia na wykonywanie danej działalności. Do państw członkowskich należy określenie „stosownych przypadków” oraz horyzontu czasowego stosowanych sankcji

(w granicach przewidzianych dyrektywą 2009/52), a także zakresu instrumentów pomocy publicznej będących przedmiotem sankcji.

Zakłada się, że wdrożenie dyrektywy 2009/52 w tym zakresie nastąpi poprzez sformułowanie horyzontalne i określenie „stosownych przypadków” tj. sytuacji kwalifikowanych, takich jak wskazane w art. 9 dyrektywy 2009/52, które w rozumieniu projektowanej ustawy będą penalizowane na poziomie przestępstw. Rozwiązanie takie uzasadnia potrzeba stworzenia indywidualnego podejścia do danego przypadku oraz możliwości wyboru najbardziej adekwatnej sankcji przez sąd. Wyjątek dotyczy wykluczenia z udziału w zamówieniach publicznych, które będzie następowało w razie prawomocnego skazania za przestępstwo polegające na zatrudnieniu osoby przebywającej na terytorium RP wbrew przepisom, które zostanie wprowadzone projektowaną ustawą w drodze nowelizacji Kodeksu karnego (vide pkt. 4.3).

Proponuje się zatem, aby do przesłanek stosowania ww. sankcji należały: uporczywe ponawianie zatrudnienia osoby przebywającej na terytorium RP wbrew przepisom, w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, znaczna liczba nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich, zatrudnienie małoletniego obywatela państwa trzeciego lub obywatela państwa trzeciego będącego pokrzywdzonym przestępstwem określonym w art. 189a § 1 k.k., zatrudnienie w warunkach pracy powodujących szczególnie wysoki wyzysk.

Art. 127 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.) definiuje dotacje celowe; obejmują one środki wskazane w art. 7 dyrektywy 2009/52. Art. 169 ustawy określa zasady zwrotu wykorzystanych niezgodnie z przeznaczeniem lub pobranych nienależnie lub w nadmiernej wysokości dotacji. Konieczne będzie uzupełnienie o możliwość wykluczenia z ubiegania się o wsparcie lub nakaz zwrotu wsparcia z powodu naruszenia prawa w innym zakresie działalności podmiotu niż wykorzystanie tych środków.

Art. 207 ustawy o finansach publicznych stanowi, że jeżeli środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystywane niezgodnie z przeznaczeniem, wykorzystywane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 ustawy, pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości to podlegają zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. W art. 207 w ust. 4 ustawy przewidziano także instytucję wykluczenia beneficjenta z możliwości otrzymania środków, o których mowa wyżej. Brak natomiast normy prawnej wskazującej możliwość wykluczenia z ubiegania się o wsparcie ze środków UE lub nakaz zwrotu z powodu naruszenia prawa w innym zakresie działalności podmiotu niż wykorzystanie tych środków.

Zaistnienie przesłanek określonych w art. 207 skutkuje wpisem do rejestru podmiotów wykluczonych, który prowadzi Minister Finansów (art. 210). Informacje te są udostępniane instytucjom zaangażowanym w proces wdrażania programów korzystających ze współfinansowania środkami z UE.

Zgodnie z ustawą o finansach publicznych okres wykluczenia wynosi trzy lata, natomiast dyrektywa 2009/52 pozbawia uprawnienia do korzystania z niektórych lub wszystkich świadczeń, pomocy lub dotacji publicznych, w tym funduszy europejskich zarządzanych przez państwa członkowskie, na okres maksymalnie do pięciu lat. Dla zachowania spójności sankcji określonych w art. 207 ustawy o finansach publicznych, proponuje się

przyjęcie trzyletniego okresu wykluczenia w przypadku naruszenia zakazu zatrudnienia obywateli państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom.

Mając na uwadze kompleksowość zaistnienia sankcji dla podmiotów naruszających zakaz zatrudnienia obywateli państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom, proponuje się ujęcie mechanizmu pozbawiającego uprawnienia do korzystania z niektórych, lub wszystkich świadczeń pomocy lub dotacji publicznych, w tym funduszy UE (wykluczenia z ubiegania się o wsparcie lub nakaz zwrotu wsparcia z powodu naruszenia prawa) bezpośrednio w projektowanej ustawie, z jednoczesnym odwołaniem do właściwych definicji zawartych w ustawie o finansach publicznych.

3.10 współodpowiedzialność głównego wykonawcy (art. 8 ust. 1)

Dyrektywa 2009/52 wprowadza odpowiedzialność finansową wykonawcy, którego podmiot powierzający wykonywanie pracy jest bezpośrednim podwykonawcą, za naruszenie obowiązków pracodawcy przez podwykonawcę. Dotyczy to w szczególności odpowiedzialności obok lub zamiast pracodawcy, za zapłatę:

- 1) wszelkich kar finansowych wynikających z tytułu naruszenia zakazu powierzania wykonywania pracy obywatelowi obywatela państwa trzeciego przebywającego w Polsce wbrew przepisom oraz
- 2) wszelkich zaległych płatności należnych na mocy art. 6 ust. 1 lit. a i c oraz art. 6 ust. 2 i 3 dyrektywy, tj. zaległego wynagrodzenia i kosztów związanych z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydany.

Jednocześnie dyrektywa przewiduje zniesienie odpowiedzialności w ww. zakresie, jeśli wykonawca spełnił wymogi należytej staranności

Proponuje się zatem wprowadzenie przepisu zobowiązującego głównego wykonawcę do wypłacenia cudzoziemcowi zaległego wynagrodzenia i kosztów związanych z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydany,

1. w przypadku gdy podmiot powierzający wykonywanie pracy temu cudzoziemcowi, który jest bezpośrednim podwykonawcą głównego podwykonawcy:

- jest niewypłacalny,
- uporczywie uchyla się od wypłacenia należności,

oraz

2. gdy przemawia za tym szczególnie ważny interes cudzoziemca.

Proponuje się także zobowiązanie głównego wykonawcy do zapłaty wszelkich kar finansowych wynikających z tytułu naruszenia zakazu powierzania wykonywania pracy obywatelowi obywatela państwa trzeciego przebywającego w Polsce wbrew przepisom, chyba, że wykaże, iż spełnił wymogi należytej staranności, w szczególności poprzez zobowiązanie podwykonawcy do zatrudniania legalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz sprawdzenie wykonania realizacji obowiązku zgłoszenia cudzoziemca do ubezpieczeń społecznych;

3.11 współodpowiedzialność innych podwykonawców (art. 8 ust. 2)

Dyrektywa 2009/52 wprowadza odpowiedzialność finansową innych podwykonawców głównego wykonawcy, którzy pośredniczą między głównym wykonawcą a podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcom przebywającym nielegalnie, za naruszenie obowiązków przez podwykonawcę - w przypadku, gdy wiedzieli oni, że podwykonawca zatrudniał nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich.

Zakres współodpowiedzialności jest analogiczny do odpowiedzialności wykonawcy, którego podmiot powierzający wykonywanie pracy był bezpośrednim podwykonawcą.

Proponuje się zatem wprowadzenie przepisu zobowiązującego innego podwykonawcę głównego wykonawcy, który pośredniczy między głównym wykonawcą a podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcom przebywającym nielegalnie, do wypłacenia cudzoziemcowi zasądzonego zaległego wynagrodzenia i kosztów związanych z przesłaniem zaległych płatności do państwa, do którego obywatel państwa trzeciego powrócił lub został wydalony oraz do zapłaty wszelkich kar finansowych wynikających z tytułu naruszenia zakazu powierzania wykonywania pracy obywatelowi obywatela państwa trzeciego przebywającego w Polsce wbrew przepisom, jeśli wiedzieli oni, że wykonawca powierzał wykonanie pracy obywatelowi państwa trzeciego, który przebywał na terytorium RP wbrew przepisom a wyegzekwowanie należności od podmiotu powierzającego wykonywanie pracy cudzoziemcowi lub od głównego wykonawcy jest niemożliwe albo utrudnione.

Wykonawca, który spełnił wymogi należytej staranności nie ponosi odpowiedzialności w ww. zakresie.

3.12 penalizacji pod groźbą kary grzywny albo kary ograniczenia wolności uporczywego zatrudniania osoby przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom w przypadku, gdy zatrudnienie to nie miało związku z prowadzoną przez sprawcę działalnością gospodarczą (art. 9 ust. 1 lit. a)

Proponowany przepis jest uzupełnieniem wdrożenia art. 9 ust. 1, lit. a) dyrektywy dokonanego poprzez nowelizację Kodeksu karnego (vide pkt. II.4.3. projektu założeń). Celem uwzględnienia poziomu szkodliwości społecznej czynu, proponuje się dokonanie swobodnego „przepełnienia” wypadków uporczywego zatrudniania, przy czym elementem decydującym o randze czynu byłby związek zachodzący pomiędzy zatrudnieniem a działalnością gospodarczą prowadzoną przez sprawcę (w tym wypadku przestępstwo) albo brak takiego związku (wykroczenie).

3.13 penalizacji podżegania lub pełnomocnictwa w popełnieniu czynu, o którym mowa w pkt. 3.12 projektu założeń (art. 9 ust. 2)

Dyrektywa 2009/52 w art. 9 ust. 2, wymaga, aby podżeganie i pomocnictwo w popełnieniu czynów wymienionych w art. 9 ust. 1 dyrektywy podlegało karze. W odniesieniu do części art. 9 dyrektywy, która zostanie wdrożona poprzez nowelizację rozdziału XXXII Kodeksu karnego (lit. b) – e), wymóg ten będzie spełniony wobec ogólnej zasady penalizacji podżegania i pełnomocnictwa określonej w art. 18 § 2 i 3 k.k. Jednakże, zgodnie z art. 14 § 1

Kodeksu wykroczeń odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo w odniesieniu do wykroczenia zachodzi tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi i tylko w razie dokonania przez sprawcę czynu zabronionego. W związku z powyższym, konieczne jest odpowiednie uzupełnienie projektowanej ustawy w odniesieniu do projektowanego wykroczenia uporczywego zatrudniania osoby przebywającej nielegalnie na terytorium RP.

4. Przepisy nowelizujące inne ustawy

W projektowanej ustawie przewiduje się wprowadzenie nowelizacji przepisów następujących ustaw:

4.1. ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 51, poz. 307, z późn. zm.)

W ramach sankcji finansowych (art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/52) dla podmiotów powierzających wykonywanie pracy naruszających zakaz proponuje się wdrożenie rozwiązania, które nie pozwoli zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów osób fizycznych wynagrodzenia wypłacanego nielegalnie zatrudnionemu wraz z podatkiem oraz składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Realizuje to cel dyrektywy 2009/52, która w art. 5 ust. 1 stanowi, iż państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, aby naruszenia zakazu nielegalnego zatrudniania cudzoziemców, podlegały skutecznym, proporcjonalnym i odstrasającym karom wobec pracodawcy.

4.2. ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654, z późn. zm.)

W ramach sankcji finansowych (art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/52) dla podmiotów powierzających wykonywanie pracy naruszających zakaz proponuje się wdrożenie rozwiązania, które nie pozwoli zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów osób prawnych wynagrodzenia wypłacanego nielegalnie zatrudnionemu wraz z podatkiem oraz składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Realizuje to cel dyrektywy 2009/52, która w art. 5 ust. 1 stanowi, iż państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, aby naruszenia zakazu nielegalnego zatrudniania cudzoziemców, podlegały skutecznym, proporcjonalnym i odstrasającym karom wobec pracodawcy.

4.3. ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm., zwana dalej „k.k”) – przez nadanie nowego brzmienia art. 264a (dodanie §1a i § 1b).

W zakresie sankcji karnych proponuje się rozszerzenie katalogu przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu (rozdział XXXII k.k.). Znamiona dwóch nowych, projektowanych typów przestępstw zatrudnienia osoby przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom skorelowane zostaną z treścią art. 9 ust. 1 lit. a) – e) dyrektywy 2009/52. Wymiar proponowanych sankcji jest adekwatny do stopnia szkodliwości społecznej danego zachowania.

Pierwszy typ przestępstwa obejmować będzie zatrudnienie przez sprawcę osoby małoletniej lub równoczesne zatrudnienie wielu osób lub uporczywe zatrudnianie osoby w związku z

prowadzoną działalnością gospodarczą, i zagrożony będzie grzywną albo karą ograniczenia wolności.

Drugi typ przestępstwa obejmować będzie zatrudnienie przez sprawcę osoby pokrzywdzonej przestępstwem określonym w art. 189a § 1 k.k. (przestępstwo handlu ludźmi) lub zatrudnienie w warunkach pracy powodujących szczególny wyzysk. Projektowany typ przestępstwa zagrożony będzie karą pozbawienia wolności do lat 3.

Uzupełnieniem wdrożenia art. 9 ust. 1, lit. a) jest wprowadzenie penalizacji na poziomie wykroczeń uporczywego zatrudniania nielegalnego imigranta w razie braku związku zatrudnienia z prowadzoną przez sprawcę działalnością gospodarczą (vide pkt. II.3.12 projektu założeń).

4.4. ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661, z późn. zm., zwana dalej „ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych”) - przez nadanie nowego brzmienia art. 16 ust. 1 pkt 9.

Dyrektywa 2009/52 w art. 11 zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia możliwości pociągnięcia osób prawnych do odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa, o którym mowa w art. 9 dyrektywy 2009/52, w przypadku gdy takie przestępstwo zostało popełnione na ich korzyść przez jakąkolwiek osobę – działającą samodzielnie lub jako członek organu osoby prawnej – która pełni tam funkcje kierownicze, polegające na prawie do reprezentowania osoby prawnej, prawie do podejmowania decyzji w imieniu osoby prawnej; lub prawie do sprawowania kontroli w ramach osoby prawnej. Ponadto, należy zapewnić, aby osoba prawna mogła być pociągnięta do odpowiedzialności w przypadkach, w których brak nadzoru lub kontroli ze strony osoby, o której mowa powyżej, umożliwił popełnienie na korzyść osoby prawnej przestępstwa, o którym mowa w art. 9, przez osobę działającą pod jej zwierzchnictwem.

Zgodnie z ustawą o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych (art. 3) podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności za czyn zabroniony, którym jest zachowanie osoby fizycznej:

- 1) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku,
 - 2) dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt 1,
 - 3) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt 1
- jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową.

Katalog sankcji, które można stosować wobec podmiotu zbiorowego, określony w art. 9 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, pokrywa się ze środkami wskazanymi w art. 7 ust. 1 lit a i b oraz d dyrektywy 2009/52. Art. 16 ww. ustawy określa katalog przestępstw popełnionych przez ww. osoby, z tytułu których podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności.

W celu wdrożenia art. 11 i 12 dyrektywy 2009/52, konieczna będzie zatem nowelizacja ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych przez

uzupełnienie art. 16 ust. 1 pkt 9 o odniesienie do wprowadzonego projektowaną ustawą przestępstwa z art. 264a § 1a i 1b k.k.

4.5. ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. **Prawo zamówień publicznych** (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 , z późn. zm., zwana dalej „PZP”)

4.5.1. - przez uzupełnienie art. 24.

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do stosowania w stosownych przypadkach innych sankcji wobec naruszających zakaz nielegalnego zatrudniania obywateli państw trzecich, w tym wykluczenia z udziału w zamówieniach publicznych określonych w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi, na okres do pięciu lat (art. 7 ust. 1 lit b). Do państw członkowskich należy określenie „stosownych przypadków” oraz horyzontu czasowego stosowanych sankcji (w granicach przewidzianych dyrektywą 2009/52),

Art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 PZP zawiera przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, przez określenie przestępstw, za których prawomocne skazanie stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy. Przepis ten obliguje do wykluczenia wykonawców będących osobami fizycznymi, jak i wykonawców, u których osoby odpowiedzialne za prowadzenie spraw podmiotu (tj.: wspólnik spółki jawnej, partner lub członek zarządu spółki partnerskiej, komplementariusz spółki komandytowej lub spółki komandytowo-akcyjnej oraz urzędujący członek organu zarządzającego osoby prawnej) zostały prawomocnie skazane za wymienione przestępstwa.

Dla prawidłowej implementacji konieczne jest, by wdrożenie dyrektywy 2009/52 w zakresie wyłączenia, o którym mowa w art. 7 ust. 1 lit. b, obejmowało tylko postępowania o udzielenie zamówień niebędących zamówieniami sektorowymi i zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, tj. tak zwane postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego, a okres wykluczenia nie przekraczał 5 lat.

Proponuje się aby w Polsce okres ten wynosił 1 rok. Sankcja ta wraz z innymi karami przewidzianymi projektowaną ustawą, zapewni wystarczający poziom dolegliwości dla sprawcy. W drodze projektowanej ustawy (vide pkt. 4.3) rozszerzony zostanie katalog przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu (rozdział XXXII k.k.). Proponuje się zatem, celem wdrożenia art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy 2009/52, uzupełnienie art. 24 PZP o dodatkowy punkt w ustępie 1 (pkt. 8a), na podstawie którego z postępowania o udzielenie zamówienia niebędącego zamówieniem sektorowym, wyklucza się, przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku, , wykonawców będących osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo - akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio taką osobę, wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo polegające na zatrudnieniu osoby przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom.

4.5.2. - przez uzupełnienie art. 138c

W celu ograniczenia stosowania ww. przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko do zamówień klasycznych, określonych w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie

koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi, w art. 138c PZP należy dodać ust. 1a, zgodnie z którym zamawiający w zakresie wykluczania wykonawcy nie będzie stosował przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8a.

4.6. ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy
(Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415, z późn. zm.)

4.6.1. - przez dodanie nowego ustępu w art. 4

Dążąc do zapewnienia skuteczności kontroli, dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do regularnego określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich. Obliguje także do przekazywania przed 1 lipca każdego roku Komisji Europejskiej rocznych sprawozdań nt. wyników kontroli. Do państw członkowskich należy wskazanie organów właściwych w tym zakresie.

Wobec obowiązujących w Polsce przepisów regulujących właściwość w zakresie kontroli legalności pobytu cudzoziemców na terytorium RP (art. 85 ustawy o cudzoziemcach) oraz kontroli legalności zatrudnienia cudzoziemców (art. 1 ust. 2 pkt 13 ustawy o Straży Granicznej oraz art. 10 ust. 1 pkt 4 ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy), kontrole w zakresie objętym dyrektywą 2009/52 prowadzą dwie instytucje, podlegające różnym organom: Straż Graniczna – podlega ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych oraz Państwowa Inspekcja Pracy podlega Sejmowi. Jednocześnie, zgodnie z ustawą z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2007, Nr 65, poz. 437, z późn. zm.), sprawy ochrony granicy Państwa, kontroli ruchu granicznego i cudzoziemców oraz koordynacji działań związanych z polityką migracyjną państwa podlegają ministrowi do spraw wewnętrznych, a sprawy zatrudnienia ministrowi właściwemu do spraw pracy.

Wobec przedstawionego powyżej rozproszenia kompetencji w zakresie objętym dyrektywą 2009/52/WE, proponuje się powierzenie zadania wspólnie ministrom właściwym do spraw pracy i do spraw wewnętrznych:

1. określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich,
2. przygotowywania – na podstawie informacji przekazanych przez Straż Graniczną i Głównego Inspektora Pracy – i przekazywania Komisji Europejskiej – co roku – informacji o liczbie przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli oraz – co trzy lata - sprawozdania z realizacji postanowień dyrektywy 2009/52.

Zobowiązanie Straży Granicznej i Głównego Inspektora Pracy do współpracy w powyższym zakresie proponuje się w drodze nowelizacji, odpowiednio, ustawy o Straży Granicznej (pkt. II.4.9.4 niniejszego projektu założeń) oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy (pkt. II.4.10.2).

W zakresie współpracy przy ocenie ryzyka i określaniu sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, zasadne jest zobowiązanie do współpracy z ww. ministrami, ministrów właściwych do spraw,

odpowiednio, budownictwa, finansów publicznych, gospodarki, nauki, rolnictwa, rozwoju regionalnego, rybołówstwa, transportu, turystyki, zabezpieczenia społecznego, spraw zagranicznych oraz zdrowia.

Ponadto, proponuje się przepis zobowiązujący ministra właściwego spraw do pracy do przekazywania Komisji Europejskiej corocznie, przed dniem 1 lipca następnego roku kalendarzowego, zbiorczych wyników kontroli, w zakresie zatrudnienia nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, z uwzględnieniem liczby przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli, wyrażonej zarówno w wartościach bezwzględnych, jak i w procencie pracodawców dla każdego sektora.

4.6. 2. - przez dodanie nowego punktu w art. 18m

Z uwagi na charakter i przedmiot działalności, proponuje się obligatoryjne stosowanie sankcji przewidzianej w art. 7 ust. 1 lit. d dyrektywy 2009/52 w odniesieniu do agencji pracy tymczasowej w przypadku naruszenia zakazu nielegalnego zatrudnienia obywateli państw trzecich, poprzez uzupełnienie katalogu przesłanek wykreślenia z rejestru agencji zatrudnienia.

4.7. ustawa z dnia 13 października 1998 r. **o systemie ubezpieczeń społecznych** (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, z późn. zm., zwana dalej „ustawą o sus”) - przez dodanie nowego brzmienia art. 50 ust. 3 i ust. 9

Celem zwiększenia skuteczności kontroli legalności zatrudnienia, konieczne jest zapewnienie efektywnego dostępu funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz inspektorów pracy do jednostkowych danych dotyczących ubezpieczonych w ZUS. Proponuje się rozszerzenie katalogu podmiotów, którym ZUS może udostępniać dane zawarte na koncie ubezpieczonego i na koncie płatnika składek o Państwową Inspekcję Pracy oraz Straż Graniczną. Odpowiednia nowelizacja przewidziana jest także w ustawach regulujących funkcjonowanie Straży Granicznej i Państwowej Inspekcji Pracy. Konsekwentnie proponuje się także rozszerzenie katalogu podmiotów, którym ZUS udostępniania dane bezpłatnie (ust. 9) o ww. instytucje.

I. Zakres informacji, które będą przekazywane w ramach kwartalnych wykazów płatników zatrudniających cudzoziemców:

- NIP,
- REGON,
- PESEL,
- PKD,
- seria i numer dowodu osobistego albo paszportu, jeżeli płatnikowi składek nie nadano numeru NIP, REGON lub jednego z nich,
- nazwa skrócona,
- imię i nazwisko,
- adres siedziby,
- adres do korespondencji,
- adres miejsca prowadzenia działalności,
- liczba cudzoziemców zgłoszonych do ubezpieczenia,
- obywatelstwo cudzoziemców,
- tytuł ubezpieczenia cudzoziemców.

Powyższe dane są zbieżne z danymi, które Państwowa Inspekcja Pracy pozyskuje już z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych przy pomocy opracowanego wzoru rekordu dla zbioru danych jednostkowych dotyczących płatników składek opłacających składki na ubezpieczenia społeczne oraz na Fundusz Pracy. Podstawową różnicą jest to, że wykaz będzie dotyczył węższej liczby płatników – tylko tych zatrudniających cudzoziemców oraz rozszerzony zostanie tylko o jedno dodatkowe pole, tj. „obywatelstwo”. Powyższy zakres informacji jest niezbędny dla prawidłowego planowania i przeprowadzenia działań kontrolnych.

Identyfikacja płatnika według rodzaju jego działalności (PKD płatników składek zatrudniających cudzoziemców) będzie mieć kluczowe znaczenie przy dokonywaniu prawidłowej oceny ryzyka i określaniu sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich. Zadanie współpracy przy regularnym określaniu – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, odpowiednio przez Straż Graniczną i Państwową Inspekcję Pracy wprowadzone zostanie w drodze projektowanej ustawy (zob. odpowiednio pkt. 4.8.4 i 4.9.2 niniejszego projektu założeń).

Wskazany zakres danych identyfikacyjnych, dotyczący płatnika składek będzie generowany wobec wyłącznie tych płatników, którzy w ostatnim kwartale zgłosili do ubezpieczeń społecznych przynajmniej jednego ubezpieczonego, z kodem obywatelstwa wskazującym na to, iż jest to obywatel państwa trzeciego.

II. Zakres danych cudzoziemca zgłoszonego do ubezpieczeń udostępnianych na wniosek:

- rodzaj, seria i numer dokumentu,
- imię i nazwisko, data urodzenia,
- obywatelstwo,
- płeć,
- adres zameldowania,
- adres zamieszkania,
- adres do korespondencji,
- kod tytułu ubezpieczenia,
- data powstania obowiązku ubezpieczenia społecznego,
- data zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego – zarejestrowania,
- data wygaśnięcia obowiązku ubezpieczenia społecznego – wyrejestrowania,
- wymiar czasu pracy.

Ponadto, w przypadku PIP także:

- podstawa wymiaru składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe, w tym za dany okres rozliczeniowy (rok, miesiąc) oraz data opłacenia składki.

W myśl art. 50 ust. 7 ustawy o sus, we wniosku o udostępnienie danych z konta ubezpieczonego są wymagane numery PESEL i NIP, a w razie gdy ubezpieczonemu nie nadano tych numerów lub jednego z nich, podaje się serię i numer dowodu osobistego albo paszportu. Natomiast zgodnie z art. 50 ust. 8 ZUS nie udostępnia danych, jeżeli wniosek nie zawiera przedmiotowych numerów; wyjątek przewidziany jest w odniesieniu do komorników sądowych (dane udostępnia się w oparciu o informacje zawarte we wniosku, chyba że są

niewystarczające do identyfikacji osoby, której wniosek dotyczy). Oznacza to, że SG oraz PIP musiałyby posiadać ww. identyfikatory, aby wystąpić do ZUS z wnioskiem.

Jednakże, w kontekście praktyki kontrolnej w zakresie nielegalnego zatrudniania obywateli państw trzecich w wielu przypadkach organ kontrolny nie jest w stanie uzyskać od pracodawcy bądź cudzoziemca kompletu danych identyfikacyjnych obcokrajowca. W związku z powyższym niezbędne jest stworzenie organom kontrolnym możliwości prawnych uzyskiwania - na podstawie wniosków - dodatkowych informacji o zarejestrowanych cudzoziemcach, również przed rozpoczęciem kontroli, czyli w momencie kiedy nie są znane ich dane, ani też informacje o dokumentach, którymi się oni legitymują. Uzyskane w ten sposób dane przyczynią się do usprawnienia przeprowadzanych kontroli, a tym samym skrócenia czasu ich trwania co ma ogromne znaczenie również z punktu widzenia pracodawców. W związku z powyższym proponuje się, aby w tego typu sytuacjach wniosek składany do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych mógł zawierać, poza zakresem danych udostępnianych na wniosek, o których mowa w wyżej, również prośbę o podanie przez ZUS pozostałych danych identyfikacyjnych cudzoziemca, o których mowa w art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy o sus, np. w razie podania przez wnioskodawcę imienia i nazwiska cudzoziemca oraz numeru paszportu, ZUS przekazywałby – na wniosek - informację o numerach PESEL i NIP – jeżeli zostały nadane cudzoziemcowi.

4.8. ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997, z późn. zm.)

4.8.1. przez nadanie nowego brzmienia art. 1 ust. 2 pkt 4

W związku z wprowadzeniem projektowaną ustawą przestępstwa zatrudnienia w celu osiągnięcia korzyści majątkowej osoby przebywającej na terytorium RP wbrew przepisom (art. 264a § 1a i §1b k.k.) oraz w kontekście aktualnego zakresu zadań Straży Granicznej, w szczególności w zakresie kontroli legalności wykonywania pracy przez cudzoziemców oraz kontroli ruchu granicznego, zasadne jest rozszerzenie katalogu zadań Straży Granicznej o zwalczanie przestępstwa, o którym mowa w art. 264a k.k.

Proponuje się, aby cały artykuł 264a k.k. (włącznie z obowiązującymi przepisami) został włączony do katalogu przestępstw, zawartych w przepisach określających właściwość Straży Granicznej. Powyższy zabieg umożliwi SG bez przeszkód ścigać zarówno nowe wprowadzone do Kodeksu karnego przestępstwa, jak i występki określone w obecnie obowiązującym art. 264a k.k. W praktyce bowiem budzi wątpliwości, czy przestępstwo tzw. ułatwiania nielegalnego pobytu (aktualne art. 264a k.k.) znajduje się we właściwości SG.

Należy również zauważyć, że przestępstwa określone w nowoprojektowanych ust. 1a i 1b w art. 264 k.k. będą zapewne w praktyce występować w zbiegu z przestępstwami określonymi w art. 264a ust. 1 i 2. Na możliwość zbiegu tego typu przepisów wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 27 sierpnia 2007 r. (syg. V KK 388/06) wskazując, że „zatrudnienie cudzoziemca nieposiadającego zezwolenia na pracę, (...) wtedy tylko stanowi umożliwienie lub ułatwienie mu pobytu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom, wypełniające odnośnie znamię strony przedmiotowej występku określonego w art. 264a § 1 k.k., gdy powierzający wykonywanie pracy zapewnia lub przynajmniej poprawia cudzoziemcowi warunki egzystencji na terytorium kraju i jest tego świadom. Istotą takiego działania sprawcy jest więc udzielanie cudzoziemcowi pomocy w podtrzymaniu pobytu, głównie przez dostarczanie mu źródeł utrzymania i zakwaterowania”.

W związku z powyższym, wprowadzenie do właściwości Straży Granicznej tylko nowowprowadzanych przestępstw może *de facto* w praktyce oznaczać, że w znacznej ilości przypadków prowadzenie postępowań przygotowawczych przez Straż Graniczną o te czyny nie będzie możliwe, a sprawy będą musiały być przekazywane Policji. Taki tryb postępowania będzie wydłużał procedowanie oraz wygeneruje dodatkowe koszty związane z przekazaniem sprawy. Ponadto, przekazanie sprawy Policji w sytuacji, gdy to Straż Graniczna ujawniając tego rodzaju przestępstwo posiada kompleksową wiedzę na temat zaistniałego zdarzenia, m.in. w skutek prowadzonego równoległe postępowania administracyjnego w stosunku do cudzoziemca, nie jest właściwe z punktu widzenia efektywności działania organów, których zadaniem jest zapewnienie bezpieczeństwa i porządku publicznego. Wprowadzenie proponowanego rozwiązania pozwoli uniknąć opisanych powyżej problemów.

4.8.2. przez nadanie nowego brzmienia art. 9

Dążąc do zapewnienia skuteczności kontroli, konieczne jest zapewnienie efektywnego dostępu funkcjonariuszy Straży Granicznej do jednostkowych danych dotyczących ubezpieczonych w ZUS. Proponuje się wprowadzenie podstawy do nieodpłatnego korzystania z danych dotyczących zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych obywateli państw trzecich w zakresie niezbędnym do realizacji zadań kontrolnych SG, tj. okresowego (co kwartał) uzyskiwania od ZUS wykazu płatników zatrudniających cudzoziemców oraz w terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku - danych osobowych ubezpieczonego cudzoziemca.

4.8.3. przez nadanie nowego brzmienia art. 9e i 9f

Dążąc do zapewnienia skuteczności wykrywania przestępstw, proponuje się umożliwienie Straży Granicznej stosowania kontroli operacyjnej i zakupu kontrolowanego w odniesieniu do przestępstw włączanych do polskiego porządku prawnego projektowaną ustawą wprowadzeniem (tj. art. 264a § 1a i §1b k.k.) oraz aktualnie obowiązującego art. 264a § 1 k.k. Stosowanie ofensywnych metod pracy operacyjnej w odniesieniu do tego typu przestępstw będzie skutkowało znaczącym zwiększeniem skuteczności ich wykrywania.

Objęcie nowym przepisem całego art. 264a k.k. proponuje się z powodów, o których mowa w pkt. 4.8.1. niniejszego projektu założeń.

4.8.4. przez dodanie ustępu 1a w art. 10d

Dążąc do zapewnienia skuteczności kontroli, dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do regularnego określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich. Obliguje także do przekazywania przed 1 lipca każdego roku Komisji Europejskiej rocznych sprawozdań nt. wyników kontroli. Do państw członkowskich należy wskazanie organów właściwych w tym zakresie.

Wobec obowiązujących w Polsce przepisów regulujących właściwość w zakresie kontroli legalności pobytu cudzoziemców na terytorium RP (art. 85 ustawy o cudzoziemcach) oraz kontroli legalności zatrudnienia cudzoziemców (art. 1 ust. 2 pkt 13 ustawy o Straży Granicznej), zasadne jest powierzenie zadania współpracy przy dokonywaniu oceny ryzyka

oraz wskazywaniu sektorów działalności o szczególnym natężeniu zatrudnienia cudzoziemców przebywających w Polsce wbrew przepisom –Straży Granicznej Instytucjami współpracującymi w tym zakresie będą także Państwowa Inspekcja Pracy oraz właściwi ministrowie.

Ponadto, proponuje się przepis zobowiązujący Straż Graniczną do przekazywania ministrowi właściwemu do pracy oraz ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, nie później niż do 30 kwietnia następnego roku kalendarzowego, zbiorczych wyników kontroli, w zakresie zatrudnienia nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, z uwzględnieniem liczby przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli, wyrażonej zarówno w wartościach bezwzględnych, jak i w procencie pracodawców dla każdego sektora.

4.9. ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (Dz. U. z 2007 r. Nr 89, poz. 589, z późn. zm., zwana dalej „ustawą o PIP”)

4.9.1. przez dodanie nowego ustępu w art. 14

Dążąc do zapewnienia skuteczności kontroli, konieczne jest zapewnienie efektywnego dostępu inspektorów pracy do jednostkowych danych dotyczących ubezpieczonych w ZUS. Państwowa Inspekcja Pracy jest już uprawniona do nieodpłatnego korzystania z danych zgromadzonych przez ZUS (art. 14 ust. 2 pkt 3 ustawy o PIP). Proponuje się doprecyzowanie terminów przekazywania informacji przez ZUS, uwzględniające okresowe (co kwartał) przekazywanie wykazu płatników zatrudniających cudzoziemców oraz przekazywania danych osobowych ubezpieczonego cudzoziemca w zakresie niezbędnym do realizacji zadań kontrolnych PIP w terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku.

4.9.2. przez dodanie nowego ustępu w art. 18

Dążąc do zapewnienia skuteczności kontroli, dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do regularnego określania – na podstawie oceny ryzyka – sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich. Obliguje także do przekazywania Komisji Europejskiej rocznych sprawozdań nt. wyników kontroli. Do państw członkowskich należy wskazanie organów właściwych w tym zakresie.

Wobec obowiązujących w Polsce przepisów regulujących właściwość w zakresie kontroli legalności pobytu cudzoziemców na terytorium RP (art. 85 ustawy o cudzoziemcach) oraz kontroli legalności zatrudnienia cudzoziemców (art. 10 ust. 1 pkt 4 ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy), zasadne wydaje się powierzenie zadania współpracy przy dokonywaniu oceny ryzyka oraz wskazywaniu sektorów działalności o szczególnym natężeniu zatrudnienia cudzoziemców przebywających w Polsce wbrew przepisom Państwowej Inspekcji Pracy. Instytucjami współpracującymi w tym zakresie będą także Straż Graniczna oraz właściwi ministrowie.

Ponadto, proponuje się przepis zobowiązujący Głównego Inspektora Pracy do przekazywania ministrowi właściwemu do spraw pracy oraz ministrowi właściwemu do wewnętrznych, nie później niż do 30 kwietnia następnego roku kalendarzowego, zbiorczych wyników kontroli w zakresie zatrudnienia nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, z uwzględnieniem liczby przeprowadzonych w poprzednim roku kontroli, wyrażonej zarówno w wartościach bezwzględnych, jak i w procencie pracodawców dla każdego sektora.

4.10. ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694, z późn. zm.)

4.10.1. przez nadanie nowego brzmienia art. 10

Dyrektywa 2009/52, w art. 6 ust. 2 zdanie drugie, nakłada na państwa członkowskie obowiązek systematycznego i obiektywnego informowania nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich o przysługujących im prawach przed wykonaniem decyzji nakazującej powrót.

Zgodnie z art. 10 ustawy o cudzoziemcach, organy prowadzące postępowania, m.in. w sprawach o wydalenie z terytorium RP, pouczają cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym o zasadach i trybie postępowania oraz o przysługujących mu prawach i ciążących na nim obowiązkach. W przypadku gdy postępowanie w sprawie wydalenia z terytorium Polskie wszczyna się na wniosek organu, który zatrzymał cudzoziemca, pouczenia dokonuje organ, który wystąpił z wnioskiem o wydanie decyzji o wydaleniu.

Zasadne jest odpowiednie uzupełnienie ww. przepisu ustawy o cudzoziemcach celem pełnej realizacji ww. przepisu dyrektywy 2009/52/WE poprzez doprecyzowanie, że organy prowadzące postępowania w sprawach o wydalenie z terytorium RP, pouczają cudzoziemca nielegalnie przebywającego oraz zatrudnionego na terytorium Polski także o przysługujących mu prawach wynikających z art. 6 ust. 2 i art. 13 dyrektywy 2009/52/WE, tj. o możliwości wystąpienia z roszczeniem przeciwko pracodawcy oraz wyegzekwowania orzeczenia wydanego przeciwko pracodawcy w związku z wszelkim zaległym wynagrodzeniem oraz wniesienia skargi przeciwko pracodawcy, a także o możliwości udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony cudzoziemcowi, który jest pokrzywdzonym przez przestępstwo wprowadzone projektowaną ustawą w postaci kwalifikowanej nielegalnego zatrudnienia, któremu towarzyszyły warunki pracy powodujące szczególnie wysysk lub w przypadku nielegalnego zatrudnienia małoletniego, na czas trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko podmiotowi powierzającemu wykonywanie pracy, w którym cudzoziemiec występuje w charakterze pokrzywdzonego.

4.10.2 przez nadanie nowego brzmienia art. 53a

Dyrektywa 2009/52, w art. 13 ust. 4, zobowiązuje państwa członkowskie do określenia warunków, na jakich przyznawane będą zezwolenia na pobyt na czas ograniczony, wyznaczony czasem trwania odpowiedniego postępowania krajowego, zainteresowanym obywatelom państw trzecich pokrzywdzonych przestępstwem, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. c lub e dyrektywy 2009/52 (tj. gdy nielegalnemu zatrudnieniu towarzyszyły warunki pracy powodujące szczególnie wysysk lub w przypadku nielegalnego zatrudnienia małoletnich). Dyrektywa 2009/52 odwołuje się do zasad porównywalnych do tych, które mają zastosowanie do obywateli państw trzecich objętych zakresem *dyrektywy Rady 2004/81/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentu pobytowego wydawanego obywatelom państw trzecich, którzy są ofiarami handlu ludźmi lub podlegali działaniom ułatwiającym nielegalną imigrację, którzy współpracują z właściwymi władzami*. Dyrektywa 2009/52 przewiduje również w art. 6 ust. 5 możliwość przedłużenia, na zasadach określonych w prawie krajowym, ważności ww. zezwolenia do czasu otrzymania przez obywatela państwa trzeciego wypłaty swojego zaległego wynagrodzenia.

Proponuje się zatem wprowadzenie w art. 53a ustawy o cudzoziemcach możliwości udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas określony cudzoziemcowi, który przebywając na terytorium RP wbrew przepisom wykonywał pracę, a który jest pokrzywdzonym przez

przestępstwo wprowadzone projektowaną ustawą w postaci kwalifikowanej nielegalnego zatrudnienia, któremu towarzyszyły warunki pracy powodujące szczególnie wyzysk lub w przypadku nielegalnego zatrudnienia małoletniego. Zezwolenie udzielone będzie na czas trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko podmiotowi powierzającemu wykonywanie pracy, w którym cudzoziemiec występuje w charakterze pokrzywdzonego, niedużej jednak niż na okres 2 lat, z możliwością ubiegania się o udzielenie kolejnych takich zezwoleń.

Ponadto, proponuje się wprowadzenie możliwości udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas określony cudzoziemcowi przebywającemu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie zezwolenia udzielonego na czas trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko pracodawcy lub innemu podmiotowi powierzającemu cudzoziemcowi wykonanie pracy z udziałem tego cudzoziemca, który zamierza kontynuować pobyt na terytorium RP do czasu otrzymania wszelkiego zaległego wynagrodzenia od pracodawcy lub podmiotu powierzającego wykonanie pracy, gdy będzie za tym przemawiał szczególnie ważny interes cudzoziemca. Powyższe zezwolenie będzie również udzielane maksymalnie na okres 2 lat, z możliwością ubiegania się o udzielenie kolejnych takich zezwoleń. Zezwolenie to będzie mogło być wydane, jeśli cudzoziemiec spełnia następujące wymogi:

- 1) posiada ubezpieczenie zdrowotne w rozumieniu przepisów o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych lub potwierdzenie pokrycia przez ubezpieczyciela kosztów leczenia na terytorium RP,
- 2) posiada stabilne i regularne źródło dochodu wystarczającego na pokrycie kosztów utrzymania siebie i członków rodziny pozostających na jego utrzymaniu.

5. Wpływ projektowanej ustawy na stosunki powstałe pod działaniem ustaw dotychczasowych

5.1. Wpływ projektowanej ustawy na stosunki powstałe pod działaniem ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94, z późn. zm.)

Wprowadzony projektowaną ustawą obowiązek pracodawcy wymagania przedstawienia przez obywatela państw trzeciego przed rozpoczęciem zatrudnienia dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu w Polsce (przepis implementujący art. 4 ust. 1 lit. a dyrektywy 2009/52), wpłynie na zakres dokumentacji pracowniczej. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika (Dz. U. Nr 62, poz. 286, z późn. zm.), wydanego na podstawie art. 298¹ Kodeksu pracy, pracodawca będzie zobowiązany do włączenia do akt osobowych pracownika kopii tego dokumentu.

Zgodnie z § 6 ust. 1 powołanego rozporządzenia, dokumenty związane z ubieganiem się o zatrudnienie włączane są do akt osobowych pracownika. Z kolei z przepisów dotyczących archiwizacji (ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach, Dz. U. z 2006 r. Nr 97, poz. 673, z późn. zm.) oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy, tj. rozporządzenie Ministra Kultury z dnia 16 września 2002 r. w sprawie postępowania z dokumentacją, zasad jej klasyfikowania i kwalifikowania oraz zasad i trybu przekazywania materiałów archiwalnych do archiwów państwowych (Dz. U. Nr 167, poz. 1375) wynika 50 letni okres przechowywania akt osobowych pracownika.

6. Upoważnienia do wydania aktów wykonawczych

W projekcie nie przewiduje się upoważnień do wydania aktów wykonawczych.

7. Przepisy przejściowe

Rozstrzygnięcia wymaga stosowanie niektórych przepisów ustawy wobec zatrudnienia obywatela państwa trzeciego, które rozpoczęło się przed dniem wejścia w życie projektowanej regulacji. Dotyczy to:

1. terminu uzupełnienia przez pracodawców dokumentacji pracowniczej o dokumenty potwierdzające status pobytowy zatrudnionych obywateli państw trzecich,
2. sposobu zakończenia postępowań będących w toku.

7.1. Termin uzupełnienia przez pracodawców dokumentacji pracowniczej

W związku z przepisem implementującym art. 4 ust. 1 lit. a i b dyrektywy 2009/52, proponuje się wprowadzenie obowiązku uzupełnienia dokumentacji pracowniczej dotyczącej zatrudnionych w dniu wejścia w życie ustawy obywateli państw trzecich w ciągu 45 dni od dnia wejścia w życie ustawy. Dotyczyć to będzie zarówno uzupełnienia dokumentacji pracowniczej prowadzonej przez pracodawcę o kopie dokumentu potwierdzającego status pobytowy zatrudnionego obywatela państwa trzeciego, jak i przesłania korekty zgłoszenia obywatela państwa trzeciego do ubezpieczenia społecznego.

Termin ten pozwoli na wypełnienie obowiązku przez podmioty powierzające wykonywanie pracy także w przypadku czasowej (np. spowodowanej urlopem) nieobecności pracownika – obywatela państwa trzeciego.

Termin 45 dni pozwoli także na dokonanie stosownych czynności sprawdzających przez wykonawcę dotyczących realizacji wynikających z niniejszej ustawy obowiązków przez podwykonawców celem wykazania należytej staranności będącej podstawą uchylenia się od współodpowiedzialności (zgodnie z przepisem implementującym art. 8 ust. 3 dyrektywy 2009/52).

7.2. Sposób zakończenia postępowań będących w toku

Proponuje się wyraźne uregulowanie zasady, iż do wszczętego i nie zakończonego przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy postępowania w sprawie o naruszenie art. 120 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy nie będą stosowane przepisy regulujące sankcje o skutkach finansowych, tj. przepisy wynikające z wdrożenia art. 5, 7 oraz 12 dyrektywy 2009/52. Będzie to skorelowane z obowiązującą w Kodeksie wykroczeń zasadą stosowania przepisów obowiązujących w czasie popełnienia wykroczenia, jeżeli są one względniejsze dla sprawcy niż obowiązujące w czasie orzekania.

W odniesieniu do sankcji karnych z tytułu popełnienia czynu zabronionego, który wprowadza projektowana ustawa, kwestię tę rozstrzyga art. 1 § 1 Kodeksu karnego.

8. Przewidywany termin wejścia w życie

Zgodnie z art. 17 ust. 1 dyrektywy 2009/52 jej transpozycja do prawa krajowego powinna nastąpić do dnia 20 lipca 2011 r.

Zakłada się, że ustawa wejdzie w życie z dniem 20 lipca 2011 r., z zastrzeżeniem jednak, iż nastąpi to nie wcześniej niż w terminie 14 dni od daty jej opublikowania w Dzienniku Ustaw. Z uwagi na sankcje karne dla podmiotów powierzających wykonywanie pracy, które wprowadza projektowana regulacja zasadne byłoby wydłużenie *vacatio legis*. Uzależnione to będzie od postępu prac legislacyjnych.

III. Wstępna opinia o zgodności projektu z prawem Unii Europejskiej.

Proponowane regulacje nie są sprzeczne z przepisami unijnymi i realizują cele dyrektywy 2009/52.

IV. Ocena przewidywanych skutków (kosztów i korzyści) społeczno gospodarczych regulacji

IV.1. Analiza wpływu projektowanej ustawy:

a) na sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego

Dyrektywa 2009/52 zobowiązuje państwa członkowskie do dokonywania oceny ryzyka i regularnego określania sektorów działalności, w których koncentruje się nielegalne zatrudnienie cudzoziemców oraz corocznych sprawozdań nt. wyników kontroli dla Komisji Europejskiej. Zwiększy się także zakres ściganych przestępstw w związku z wprowadzeniem nowego typu przestępstwa w postaci zatrudnienia osoby przebywającej na terytorium RP wbrew przepisom.

Pożądanym działaniem jest prowadzenie działań informacyjnych, skorelowanych czasowo z wejściem w życie regulacji implementującej dyrektywy 2009/52. Przygotowanie materiałów informacyjnych nastąpi w ramach obowiązków MPiPS i MSWiA (UdSC), ich upowszechnienie nastąpi głównie za pośrednictwem Internetu i nie będzie generowało dodatkowych kosztów.

Koszty ponoszone przez Straż Graniczną w zakresie pouczania cudzoziemca w języku dla niego zrozumiałym zasadach i trybie postępowania oraz o przysługujących mu prawach i ciążących na nim obowiązkach, związane z planowaną zmianą art. 10 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, w tym koszty dokonywania tłumaczeń pisemnych pouczeń cudzoziemców, szacuje się na ok. 5 tys. zł. W związku z zapewnieniem dostępu Straży Granicznej do danych zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych, koszty stworzenia relacyjnej bazy danych pracującej w Intranecie, w tym w szczególności zakup: Web Service, serwera na bazę danych, serwera na logi o sprawdzeniach, licencji Windows Serwer 2008 Enterprise Edition, licencji SQL serwer Enterprise Edition oraz szkolenia i pomoce dydaktyczne, oszacowano na ok. 180 000 zł. Zostaną one sfinansowane w ramach planu finansowego Straży Granicznej i nie będą stanowiły podstawy do ubiegania się o dodatkowe środki z budżetu państwa.

Zwiększenie zadań ministra właściwego do spraw pracy, w zakresie koordynacji dokonywania oceny ryzyka i określania sektorów działalności, w których koncentruje się zatrudnienie nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich wymaga wyodrębnienia dwóch stanowiska pracy w urzędzie obsługującym ministra. Nastąpi to w oparciu o

dotychczasowy zasób kadrowy i w ramach przyznanego limitu wydatków w trakcie prac nad ustawą budżetową.

Jednocześnie, dokonywanie regularnej oceny ryzyka, jak również łatwiejszy dostęp do danych dotyczących cudzoziemców zatrudnianych w Polsce wpłynie na zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych w zakresie prowadzenia kontroli legalności zatrudnienia.

Należy się także spodziewać, że wprowadzenie sankcji nie tylko karnych lecz także o wymiernych skutkach finansowych (jak wykluczenie z postępowań o zamówienia publiczne czy konieczność zwrotu środków publicznych), a także przeprowadzenie kampanii informacyjnej sprzyjać będzie ograniczeniu patologii nielegalnego zatrudnienia. Można się spodziewać, iż wpłynie to nie tylko na ograniczenie zatrudnienia cudzoziemców przebywających wbrew przepisom, ale także ograniczenie szarej strefy. W konsekwencji przyczyni się to do wzrostu wpływów z tytułu składek i podatków. Wymierne korzyści finansowe dla budżetu państwa trudno jest oszacować z powodu braku informacji na temat nielegalnego zatrudnienia.

Jedną z sankcji przewidzianych dyrektywą 2009/52 jest zwrot świadczeń, pomocy lub dotacji publicznych, w tym funduszy UE zarządzanych przez państwa członkowskie, przyznanym podmiotom powierzającym wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich przebywającym w RP wbrew przepisom - w okresie do 12 miesięcy poprzedzających wykrycie nielegalnego zatrudnienia. Może mieć to dwojaki wpływ na sektor finansów publicznych: wpływy z tytułu zwrotu przyznanym świadczeń oraz koszty administracyjne instytucji udzielających pomocy publicznej w związku z cofnięciem pomocy. Wymierne skutki finansowe dla budżetu państwa trudno jest oszacować z powodu braku informacji na temat nielegalnego zatrudnienia oraz liczby podmiotów, które mogłyby być objęte wspomnianą sankcją.

b) rynek pracy

Można zakładać, że wejście w życie przepisów ustawy wdrażającej dyrektywę 2009/52 przyczyni się do ograniczenia zatrudnienia nielegalnego, a w konsekwencji do zwiększenia skali oraz atrakcyjności legalnego zatrudnienia cudzoziemców. Może także wpłynąć na zwiększenie skłonności do powierzenia wykonywania pracy osobom dostępnym na miejscowym rynku pracy. Zapowiedź sankcji może zmotywować pracodawców do zakończenia zatrudniania cudzoziemców przebywających w Polsce wbrew przepisom. Biorąc jednak pod uwagę stosunkowo niewielki udział imigrantów na polskim rynku pracy wpływ regulacji na liczbę dostępnych ofert pracy, skalę aktywności zawodowej obywateli polskich i poziom bezrobocia lub poziom wynagrodzeń będzie znikomy.

Proponowana regulacja pozytywnie wpłynie na możliwość dochodzenia przez nielegalnie zatrudnionych obywateli państw trzecich zaległego wynagrodzenia i świadczeń z tym związanych.

Przewidziane w dyrektywie 2009/52 domniemanie istnienia stosunku pracy przez okres trzech miesięcy, które ma być stosowane w celu ułatwienia dochodzenia roszczeń (zaległego wynagrodzenia i związanych z tym świadczeń) tylko w odniesieniu do ograniczonej zakresem podmiotowym dyrektywy 2009/52 grupy cudzoziemców, może stanowić podstawę do formułowania zarzutów o dyskryminacji innych osób zatrudnionych (Polaków i

cudzoziemców legalnie przebywających). Wprowadzenie domniemania tylko w odniesieniu do cudzoziemców objętych zakresem dyrektywy 2009/52, uzasadnione jest jednakże ich specyficzną sytuacją wynikającą z nielegalnego statusu i trudności związanych z dochodzeniem roszczeń. Fakt przyjęcia dyrektywy 2009/52 w obecnym brzmieniu również świadczy o tym, że na poziomie unijnym uznano szczególną sytuację tych osób uzasadniającą ich szczególne traktowanie.

c) konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw

Proponowana regulacja wprowadza nowe obowiązki dla pracodawców /podmiotów powierzających wykonywanie pracy obywatelom państw trzecich obligując ich do gromadzenia przed rozpoczęciem zatrudnienia przez obywateli państw trzecich dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu oraz przechowywania kopii tych dokumentów przez cały okres zatrudnienia, a także obowiązku powiadamiania właściwych organów o rozpoczęciu zatrudnienia cudzoziemca.

Z uwagi na wykorzystanie istniejącego obowiązku zgłaszania zatrudnionych do ubezpieczenia społecznego, obowiązki wynikające z implementacji dyrektywy 2009/52, nie spowodują znaczącego obciążenia finansowego dla pracodawców. Wymagać będą jednak zapoznania się z informacją nt. obowiązujących wzorów dokumentów pobytowych.

Proponowana regulacja nie będzie miała wpływu na funkcjonowanie rynku i nie będzie zakłócać mechanizmów konkurencji. Przedmiotu regulacji nie stanowią bowiem kwestie konkurencji, monopolizacji, prywatyzacji, itp. Regulacje nie zmieniają także istoty funkcjonowania gospodarki oraz zadań i roli przedsiębiorców.

Jednocześnie, w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu wprowadzonego proponowaną regulacją zastosowana sankcja w postaci wykluczenia z postępowań o zamówienia publiczne czy konieczności zwrotu środków publicznych, a nawet czasowego wstrzymania działalności, może mieć niekorzystny wpływ na możliwość funkcjonowania tego przedsiębiorcy.

d) sytuację i rozwój regionalny

Proponowana regulacja nie będzie miała wpływu na sytuację i rozwój regionalny.

IV. 2. Zakres przeprowadzonych konsultacji

Niezależnie od stosunkowo niewielkiej skali imigracji do Polski, napływ cudzoziemców na rynek pracy budzi emocje w opinii publicznej, wśród pracodawców oraz związków zawodowych. Już obecnie jednak część imigrantów przebywa w Polsce nielegalnie, a udział imigrantów w szarej strefie jest bezsporny. Podczas jednego z posiedzeń Naczelnej Rady Zatrudnienia, przy okazji dyskusji nad przyszłością polskiej polityki w zakresie imigracji zarobkowych, przedstawiciele partnerów społecznych zgodnie stwierdzili, że potrzebny jest klarowny sygnał polityki państwa w kwestii zwalczania nielegalnej pracy i ograniczania szarej strefy.

Projekt założeń projektu ustawy został przekazany do konsultacji międzyresortowych, a także do konsultacji następującym partnerom społecznym:

- 1) NSZZ „Solidarność”;
- 2) Ogólnopolskiemu Porozumieniu Związków Zawodowych;
- 3) Business Centre Club - Związkowi Pracodawców;
- 4) Krajowej Izbie Gospodarczej;
- 5) Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”;
- 6) Pracodawcom Rzeczypospolitej Polskiej;
- 7) Związkowi Rzemiosła Polskiego;
- 8) Forum Związków Zawodowych;
- 9) Państwowej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości;
- 10) Stowarzyszeniu Agencji Zatrudnienia.

Zgodnie z sugestią Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi, projekt założeń został skierowany także do opinii wybranych organizacji branżowych i związków zawodowych działających w sektorze rolniczym, tj.

- 1) Krajowej Rady Izb Rolniczych;
- 2) Federacji Branżowych Związków Producentów Rolnych;
- 3) Krajowego Związku Rolników, Kółek i Organizacji Rolniczych;
- 4) Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego Rolników Indywidualnych „Solidarność”;
- 5) Związku Zawodowego Pracowników Rolnictwa w Rzeczypospolitej Polskiej;
- 6) Związku Zawodowego Rolnictwa „Samoobrona”;
- 7) Związku Sadowników Rzeczypospolitej Polskiej.

Projekt został zamieszczony na stronie internetowej Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414 oraz z 2009 r. Nr 42, poz. 337). Do projektu założeń nie wpłynęły żadne zgłoszenia w trybie wyżej wymienionej ustawy.

W toku powyższych konsultacji odpowiedź przesłały:

- 1) NSZZ „Solidarność”;
- 2) Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych (OPZZ);
- 3) Krajowa Izba Gospodarcza (KIG);
- 4) Stowarzyszenie Agencji Zatrudnienia (SAZ);
- 5) Pracodawcy RP.

NSZZ „Solidarność” nie zgłosiło uwag, a OPZZ, KIG i SAZ poparły przedłożony przez MPiPS projektu założeń projektu ustawy, wskazując jednak na mankamenty niektórych rozwiązań.

OPZZ podzielając opinię o niewielkiej skali legalnej imigracji do Polski, podkreśliło problem monitorowania i ułomności danych o imigracji. Wyraziło opinię, że wdrożenie dyrektywy 2009/52 sprzyjać będzie ograniczeniu patologii nielegalnego zatrudnienia, przyczyni się do wzrostu wpływów z tytułu składek i podatków, a także może wpłynąć na zwiększenie

skłonności do powierzenia wykonywania pracy osobom dostępnym na miejscowym rynku pracy. Uznało, że mankamentem przyjętych rozwiązań jest dwuetapowe przekazywanie przez ZUS informacji dotyczących cudzoziemców zgłaszanych do ubezpieczeń społecznych, brak efektywnego dostępu PIP i SG do jednostkowych danych ZUS, nieobjęcie obowiązkiem zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego osób wykonujących pracę na podstawie umowy o dzieło oraz pracowników delegowanych i ograniczenie się jedynie do osób objętych obowiązkiem ubezpieczenia społecznego – co, zdaniem OPZZ, ograniczy skuteczność eliminacji zjawiska nielegalnej imigracji.

KIG wyraziło zrozumienie potrzeby wdrożenia przepisów dyrektywy 2009/52 wobec istotnego zjawiska nielegalnego zatrudniania obywateli państw trzecich w Polsce. Jednocześnie zwróciło uwagę, że zawarta w dyrektywie instytucja domniemania istnienia stosunku pracy przez okres przynajmniej trzech miesięcy, której celem jest ułatwienie dochodzenia zaległego wynagrodzenia, może prowadzić do nadużyć wobec pracodawców, zwłaszcza w zakresie stosowania przez przedsiębiorców umów cywilnoprawnych. Ponadto, wskazało na konieczność precyzyjnego określenia zasad współodpowiedzialności głównego wykonawcy oraz innych podwykonawców z uwagi na dotkliwość grożących sankcji.

SAZ uznało nałożenie na pracodawców obowiązków formalnych, tj. wymagania ważnego dokumentu pobytowego cudzoziemca, przechowywania kopii oraz powiadamiania właściwych organów o rozpoczęciu zatrudniania cudzoziemców, za uzasadnione i służące poprawie monitoringu procesu zatrudnienia cudzoziemców w Polsce. SAZ poparło wprowadzenie domniemania uzgodnionego wynagrodzenia w wysokości trzykrotnego minimalnego wynagrodzenia. Wskazało jednocześnie na słabość systemu sankcji w sytuacji braku jednolitego systemu ewidencji cudzoziemców.

Wątpliwości SAZ budzą niektóre z projektowanych przepisów o charakterze sankcyjnym, w szczególności dotyczących współodpowiedzialności głównego wykonawcy i podwykonawcy oraz współodpowiedzialności innych podwykonawców, czyli nakładających odpowiedzialność finansowo-karną na podmioty nieodpowiedzialne bezpośrednio za zatrudnienie cudzoziemca przebywającego nielegalnie na terenie Polski. Podkreślona została potrzeba minimalizowania kosztów i dodatkowych obowiązków biurokratycznych nakładanych na podmioty gospodarcze. Wskazano jako zbyt krótki termin 45 dni na uzupełnienie przez pracodawców dokumentacji pracowniczej, postulując wydłużenie do 60 dni.

Ponadto, SAZ przedstawiło propozycję systemu monitorowania pobytu i zatrudniania cudzoziemców w Polsce oraz korzyści wynikające z udostępnienia pracodawcom informacji o „statusie” cudzoziemca poszukującego zatrudnienia, zwłaszcza w sytuacji cudzoziemca, który został oszukany przez poprzedniego pracodawcę i poszukuje pomocy i nowego legalnego zatrudnienia. Jednocześnie zwróciło uwagę na problemy w zakresie uzyskiwania zezwoleń na pracę przez agencję pracy tymczasowej wynikające ze specyfiki tej instytucji.

W opinii Pracodawców RP wątpliwości budzi szereg przepisów o charakterze sankcyjnym. Zdaniem Pracodawców RP inaczej należy potraktować zachowania przedsiębiorców dopuszczających się wyzysku, a inaczej tych, którzy zatrudniają cudzoziemców za godziwą zapłatą, choć bez wymaganych zezwoleń administracyjnych. Stosowanie sankcji za popełnienie wprowadzonego projektowaną ustawą przestępstwa z art. 264a § 1a i 1b k.k. w stosunku do osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, jest zdaniem Pracodawców RP, nieuzasadnione i niewspółmierne do skali potencjalnych konsekwencji wynikających z tytułu nielegalnego zatrudnienia cudzoziemców. Doprecyzowania wymagają

zasady współodpowiedzialności głównego wykonawcy oraz innych podwykonawców w związku z zatrudnieniem obywatela państwa trzeciego przebywającego w Polsce nielegalnie.

Uwagi partnerów społecznych dotyczące precyzyjnego określenia zasad współodpowiedzialności głównego wykonawcy oraz innych podwykonawców zostały uwzględnione w projekcie założeń. W projekcie założeń przedłożonym Radzie Ministrów, znacznie złagodzone także sankcje za naruszenie zakazu zatrudniania obywateli państw trzecich przebywających w Polsce wbrew przepisom.

Odnosząc się do obaw, iż zawarta w dyrektywie 2009/52 instytucja domniemania istnienia stosunku pracy przez okres trzech miesięcy może prowadzić do nadużyć wobec pracodawców, wyjaśniono, że celem jest ułatwienie dochodzenia przez cudzoziemca zaległego wynagrodzenia. Jednocześnie zarówno pracodawca, jak i pracownik będą mieli możliwość wykazania innego okresu trwania zatrudnienia. Podobnie będzie to miało miejsce w przypadku wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Odnosząc się do uwagi dot. nieobjęcia obowiązkiem zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego osób wykonujących pracę na podstawie umowy o dzieło oraz pracowników delegowanych, wyjaśniono, że kwestia zasad ubezpieczenia społecznego wykracza poza zakres dyrektywy 2009/52, nie jest zatem przedmiotem projektowanej regulacji. Jednocześnie dyrektywa 2009/52 obejmuje jedynie cudzoziemców podejmujących zatrudnienie na terenie danego państwa członkowskiego, nie dotyczy zatem pracowników delegowanych.

Wyjaśniono także, że zaproponowane rozwiązanie w zakresie przekazywania danych przez ZUS do PIP i SG jest wynikiem konsultacji z zainteresowanymi instytucjami, uwzględnia przepisy o ochronie danych osobowych oraz aktualne możliwości techniczne i ograniczenia finansowe. Podkreślono, że nie ma możliwości tolerowania zatrudnienia cudzoziemców „za godziwą zapłatą, choć bez wymaganych zezwoleń administracyjnych”. Naruszenie przepisów pobytowych i zatrudnianie nielegalnie przebywających cudzoziemców jest czynem społecznie szkodliwym i naruszeniem przepisów prawa i jako takie powinno być sankcjonowane.

Nie został uwzględniony postulat SAZ wydłużenia do 60 dni terminu na uzupełnienie przez pracodawców dokumentacji pracowniczej. Przewidziany w projekcie założeń termin 45-dniowy jest wystarczająco długi dla wykonania kopii dokumentu pobytowego cudzoziemca zatrudnionego w dniu wejścia w życie projektowanej ustawy i umieszczenia go w aktach pracowniczych.

Ponadto, projekt założeń został w dniu 27 stycznia 2011 r. omówiony na posiedzeniu Naczelnej Rady Zatrudnienia.