



Sygn. akt II PK 289/15

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 16 grudnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jerzy Kuźniar (przewodniczący)

SSN Zbigniew Korzeniowski (sprawozdawca)

SSN Romualda Spyt

w sprawie z wniosku J. N.  
przeciwko Urzędowi w W.  
o odszkodowanie za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń  
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 16 grudnia 2016 r.,  
skargi kasacyjnej powódki od wyroku Sądu Okręgowego w W.  
z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. akt XXI Pa (...),

**I. oddala skargę kasacyjną,**

**II. nie obciąża powódki kosztami postępowania kasacyjnego.**

### **UZASADNIENIE**

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 23 kwietnia 2015 r. oddalił apelację skarżącej powódki J. N. od wyroku Sądu Rejonowego z 2 października 2014 r., którym oddalono jej powództwo o odszkodowanie za naruszenie zasady równego traktowania w naborach do zatrudnienia w pozwanym Urzędzie (...), wynikające

również z dyskryminacji. Sąd Rejonowy ustalił, że nabór kandydatów na stanowiska urzędnicze w pozwanym Urzędzie odbywał się w oparciu o Regulamin Przeprowadzania Naboru Kandydatów na Wolne Stanowiska Urzędnicze w Urzędzie (...). Postępowanie rekrutacyjne składało się z trzech etapów: oceny formalnej nadesłanych przez kandydatów dokumentów, testu wiedzy i kompetencji oraz rozmowy kwalifikacyjnej. Kluczowe znaczenie miała rozmowa kwalifikacyjna, dlatego zdarzało się, że konkurs wygrywała osoba, która miała mniej punktów z testu wiedzy, ale lepiej wypadła w rozmowie kwalifikacyjnej. Kolejnym etapem było uzyskanie rekomendacji do zatrudnienia najlepszego kandydata przez członków Komisji. Zatrudnienie na zastępstwo nie było dokonywane z wykorzystaniem procedur naboru. W związku z udziałem powódki w rekrutacji na zastępstwo na stanowisku inspektora w Delegaturze Biura Gospodarki Nieruchomościami dla Dzielnicy (...), powódka 31 października 2008 r. rozwiązała stosunek pracy z (...) Urzędem Wojewódzkim. Wniosek o zatrudnienie powódki został przygotowany przez naczelnika wydziału, jednakże nie został zatwierdzony. Z powódką kontaktował się pracownik biura kadr i szkoleń w celu zebrania potrzebnej do zatrudniania dokumentacji pracowniczej. Wniosek o zatrudnienie powódki został wycofany, gdyż jej kwalifikacje nie w pełni pokrywały się z wymaganymi na stanowisku. W lutym 2009 r. powódka wniosła skargę do Prezydenta Miasta, podnosząc stosowanie dyskryminujących praktyk w procesie zatrudnienia. Domagała się zatrudnienia na przyrzeczonych warunkach oraz odszkodowania. Prezydent poinformowała powódkę, iż nie wykryto nieprawidłowości, w tym jakichkolwiek działań o charakterze dyskryminacyjnym. Kryteria wyboru kandydata do zatrudnienia na zastępstwo nieobecnego pracownika były obiektywne i zgodne z przepisami pracodawcy. W marcu 2009 r. powódka zwróciła się o zatrudnienie jej w Delegaturze Gospodarki Nieruchomościami w Dzielnicy (...). Od kwietnia do czerwca 2009 r. brała udział w rekrutacjach na stanowiska urzędnicze, w tym na 4 stanowiska w Urzędzie (...) oraz na 4 stanowiska w Wydziale Nieruchomości dla Dzielnicy (...). W naborze na stanowisko ds. aktualizacji ewidencji gruntów i budynków z 41 kandydatów 25 spełniało kryteria formalne, a po przeprowadzeniu testu wiedzy do kolejnego etapu przeszło 21 osób, które otrzymały 50% punktów. Po rozmowie kwalifikacyjnej do zatrudnienia wskazano 5 osób, w tym powódkę.

Konkurs wygrała inna osoba, która zdobyła 17 na 20 możliwych punktów z testu wiedzy, natomiast podczas rozmowy kwalifikacyjnej wykazała się doskonałą znajomością zagadnień wymaganych na stanowisku, posiadała wykształcenie kierunkowe i doświadczenie zawodowe, które pozwoliło jej na samodzielne wykonywanie obowiązków. Powódka zdobyła 19 punktów na 20 możliwych, podobnie jak dwie inne kandydatki, które również nie wygrały konkursu. W naborze na stanowisko ds. obrotu nieruchomościami w Delegaturze Biura Gospodarki Nieruchomościami w dzielnicy (...) było 21 kandydatów. Po rozmowie kwalifikacyjnej do zatrudnienia wskazano osobę, która zdobyła 17 punktów. Powódka zdobyła 15 punktów. Na stanowisko ds. dzierżawy nieruchomości w Delegaturze aplikacje złożyły 22 osoby. Po teście i rozmowie kwalifikacyjnej do zatrudnienia wskazano dwie osoby. Konkurs wygrała osoba, która zdobyła 19 punktów w teście wiedzy a w rozmowie kwalifikacyjnej zaprezentowała pożądane predyspozycje. Powódka zdobyła 19 punktów, podobnie jak inna kandydatka. Była też osoba, która zdobyła 20 punktów, jednak nie została wskazana do zatrudnienia. Na 3 stanowiska w Biurze Geodezji i Katastru zgłosiło się 25 osób. 15 osób uzyskało co najmniej 50% punktów. Po rozmowie kwalifikacyjnej do zatrudnienia wskazano wraz z powódką 7 kandydatów. Wszystkie 3 stanowiska zostały obsadzone przez osoby, które zdobyły odpowiednio 20, 16 i 16 punktów, natomiast podczas rozmowy wykazały się doskonałą znajomością zagadnień wymaganych na stanowisku, posiadały wykształcenie kierunkowe i odpowiednie przygotowanie zawodowe oraz zdolności interpersonalne i organizacyjne. Powódka zdobyła 18 punktów, podobnie jak dwóch innych kandydatów wskazanych do zatrudnienia, którzy nie wygrali konkursu. Na stanowisko ds. wydzierżawiania nieruchomości, udostępniania nieruchomości pod inwestycje liniowe oraz zgód właścicielskich na wycinkę drzew aplikację złożyła tylko powódka. Zdobyła 11,5 punktów. Po rozmowie kwalifikacyjnej komisja nie wyłoniła osoby, która spełniałaby wszystkie oczekiwania na to stanowisko. Na stanowisko ds. renty planistycznej żaden z kandydatów nie udzielił 50% prawidłowych odpowiedzi z testu. Na stanowisko ds. opłat za użytkowanie wieczyste powódka zdobyła 18 punktów. Spośród 5 kandydatów komisja wskazała dwóch. Uzyskali odpowiednio 12 i 10,5 punktów. Ostatecznie zatrudniona została osoba, która uzyskała pozytywne oceny w pracy.

W kolejnym naborze na stanowisko ds. obrotu nieruchomości powódka uzyskała 11 punktów. Po przeprowadzeniu rozmowy kwalifikacyjnej komisja nie wyłoniła osoby, która spełniałaby wszystkie oczekiwania. W związku z ogłoszeniem wyników konkursów na wolne stanowiska powódka 3 lipca 2009 r. odwołała się od wyników, jak również złożyła skargę na sposób rozstrzygnięcia czterech konkursów przez komisję jako skrajnie dyskryminujących oraz niezgodnych z prawem. Urząd skargę uznał za bezzasadną. W uzasadnieniu odniósł się do poszczególnych postępowań rekrutacyjnych, wskazując na przestrzeganie przez komisję określonych prawem procedur naboru na stanowiska urzędnicze i w związku z tym uznał żądania w kwestii uzupełnienia i uzasadnienia decyzji komisji za bezprzedmiotowe i pozbawione podstawy prawnej. Przeprowadzone przez Urząd postępowania rekrutacyjne zostały przeprowadzone z zachowaniem wymogów formalnych. Decyzje były obiektywne i podejmowane przez członków komisji. W przypadku kilku naborów, pomimo przejścia poszczególnych etapów, podjęto decyzje o niezatrudnieniu żadnego kandydata, kierując się przede wszystkim zasadnością zatrudnienia tylko bardzo dobrze merytorycznie przygotowanych i gotowych przyjąć duży zakres pracy. Nie kierowano się zasadą, że pozostanie tylko jednego kandydata z pozytywną oceną, obligowałoby urząd do jego zatrudnienia. Ojciec powódki W. C. pracował w wydziale geodezji i gospodarki gruntami w Urzędzie Dzielnicy (...).

Sąd Rejonowy w uzasadnieniu oddalenia powództwa nie stwierdził nierównego traktowania ani dyskryminacji powódki, nieprzestrzegania zasady otwartości i konkurencyjności konkursów. Art. 11 ustawy z 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych nie został naruszony. Ustawa nie rozstrzyga czy kandydatowi wyłoniłemu w drodze konkursu przysługuje roszczenie o nawiązanie stosunku pracy. Celem otwartego i konkurencyjnego naboru jest wyłonienie kandydata a nie bezpośrednie zatrudnienie wyłoniłej osoby. Decyzja o nawiązaniu stosunku pracy z konkretną osobą jest uprawnieniem pracodawcy samorządowego. Pracodawca jest jednak ograniczony przy podejmowaniu decyzji do kręgu osób wyłonionych w wyniku przeprowadzonego naboru. Kandydatowi nie przysługiwało jednak roszczenie o nawiązanie stosunku pracy. Spełnienie wymagań formalnych nie zapewnia zatrudnienia na stanowisku urzędniczym, o

czym świadczy trzystopniowa procedura rekrutacyjna, niezbędna są wiedza, predyspozycje oraz przygotowanie praktyczne.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu oddalenia apelacji za prawidłowe uznał ustalenia i ocenę prawną Sądu Rejonowego. Powódka w toku postępowania nie powołała się na żadne niedozwolone kryterium dyskryminacyjne, zdając się prezentować stanowisko, że jakakolwiek nierówność w traktowaniu kandydatów na pracowników sama przez się uzasadnia zarzut dyskryminacji. Do naruszenia zasady dyskryminacji w zatrudnieniu może dojść tylko wtedy, gdy zróżnicowanie sytuacji pracowników wynika wyłącznie z zastosowania przez pracodawcę niedozwolonego przez ustawę kryterium. Z art. 18<sup>3b</sup> § 1 k.p. nie wywodzi się obowiązków dowodowych obciążających wyłącznie pracodawcę. Przeciwnie, uważa się, że to powód (pracownik) wykazuje nierówne traktowanie w porównaniu z innymi osobami znajdującymi się w jednakowej sytuacji faktycznej i prawnej. Pozwany zaś (pracodawca) broniąc się przed zarzutem dyskryminacji musi wykazać, że to nierówne traktowanie, jeżeli faktycznie miało miejsce, było obiektywnie usprawiedliwione i nie wynikało z przyczyn pozwalających na przypisanie mu działania dyskryminującego powoda. Podnoszone przed Sądem Rejonowym argumenty konfliktu, w którym miał pozostawać ojciec powódki z władzami partii politycznej [...] nie mogą być utożsamiane z kryterium dyskryminacyjnym. Z kolei powoływanie się na inne kryterium dyskryminacyjne (macierzyństwo) nastąpiło dopiero w apelacji, było spóźnione i wykraczało poza przedmiotowe granice sporu. Sąd Okręgowy nie podzielił zapatrywania co do naruszenia przez pozwanego zasad rekrutacji przez niezgodne z prawem organizowanie i przeprowadzanie konkursów oraz ocenę wyników poszczególnych etapów, uzyskiwanych przez powódkę. Nabór był otwarty i konkurencyjny. Był przeprowadzany w oparciu o obowiązujący Regulamin przeprowadzania naboru kandydatów na wolne stanowiska urzędnicze. Regulamin nie precyzuje w jakim stosunku procentowym komisja rekrutacyjna powinna brać pod uwagę wyniki testu oraz rozmowę kwalifikacyjną przy wyborze kandydata do zatrudnienia. W toku postępowania wielokrotnie podkreślano, iż to rozmowa kwalifikacyjna w największym stopniu decydowała o zatrudnieniu danego kandydata, gdyż dopiero bezpośrednia styczność z nim oraz ocena jego praktycznego przygotowania i

predyspozycji pozwala na pełną ocenę przydatności na stanowisku. Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uznania zasadności zarzutów apelacyjnych kwestionujących rekrutację na stanowiska urzędnicze, w których powódka brała udział. Z udziału powódki w kilku rekrutacjach w obrębie jednostek tego samego pracodawcy, jak i uzyskania w większości naborów pozytywnych ocen, nie wynikał obowiązek pracodawcy zatrudnienia powódki. Ustawa o pracownikach samorządowych nie rozstrzyga, czy kandydatowi wyłonionemu w drodze naboru przysługuje roszczenie o nawiązanie stosunku pracy. Celem otwartego i konkurencyjnego naboru było wyłonienie kandydata na stanowisko urzędnicze, a nie bezpośrednio zatrudnienie wyłonionej osoby. Decyzja o nawiązaniu stosunku pracy należała do wyłącznych uprawnień pracodawcy samorządowego, z którego mógł, lecz nie musiał korzystać. W wyborze był jednak ograniczony do kręgu osób wyłonionych w wyniku konkursu. Przepisy pozostawiały po stronie pracodawcy luz decyzyjny w zakresie wartościowania kolejnych etapów procedury konkursowej, co było immanentnie związane z prawem pracodawcy do prowadzenia autonomicznej polityki zatrudnienia, zgodnej z jego potrzebami i interesem. Nie można było zabronić pozwanemu badania, za pośrednictwem narzędzia rekrutacyjnego w postaci rozmowy kwalifikacyjnej, czy wiedza i kompetencje pracowników w praktyce są tożsame z okazanymi na poprzednich etapach naboru, bądź czy ich umiejętności interpersonalne oraz predyspozycje osobowościowe były zgodne z zapotrzebowaniem pracodawcy. Ustawodawca nie dokonał wartościowania istotnych elementów konkursu, przez co ocena ich wagi i znaczenia pozostawiona została w gestii pracodawcy. Powódka nie była jedyną osobą w sytuacji, kiedy biorąc udział w rekrutacji i uzyskując pozytywne wyniki nie została w rezultacie zatrudniona. W konkluzji Sąd Okręgowy uznał, że procesy rekrutacyjne, w których powódka brała udział były przeprowadzone z zachowaniem zasad otwartości i konkurencyjności naboru. Informacja o wolnych stanowiskach była upowszechniona i powódka miała do nich równy dostęp. Nabór został przeprowadzony w trzech etapach, które miały zapewnić wyłonienie kandydata najlepiej spełniającego wymagania do pracy na danym stanowisku, zatem zarzucane przez powódkę uchybienia nie występowały w konkursach.

W skardze kasacyjnej zarzucono naruszenie prawa materialnego: 1) art. 11 ustawy o pracownikach samorządowych poprzez: a) uznanie, że procesy rekrutacyjne, w których brała udział powódka, były przeprowadzone z zachowaniem zasady otwartości i konkurencyjności naboru; b) uznanie, że kandydatowi wyłonionemu w drodze naboru (konkursu) nie przysługuje roszczenie o nawiązanie stosunku pracy; c) przyjęcie, iż pracodawca uprawniony jest do własnego, dowolnego definiowania aktami wewnętrznymi zasad „otwartości i konkurencyjności” naboru na wolne stanowiska urzędnicze oraz bezkrytyczne przyjęcie treści Zarządzenia Prezydenta Miasta W. nr 152/2007 z 19 lutego 2007 r., jako obowiązującego prawa; 2) art. 18<sup>3a</sup> i 18<sup>3b</sup> Kodeksu pracy poprzez: a) uznanie, że powódka była traktowana równo z innymi ubiegającymi się o pracę u pozwanego w konkursach (rekrutacjach) opisanych w pozwie i nie była w nich dyskryminowana; b) uznanie, że odmowa nawiązania stosunku pracy z powódką była uzasadniona. Skarga kasacyjna jest oczywiście uzasadniona z kilku przyczyn. Po pierwsze, orzeczenia Sądów obu instancji oparto na regulaminie przeprowadzania naboru kandydatów na wolne stanowiska urzędnicze, który to regulamin nie jest obowiązującym przepisem prawa, a którego treści nie oceniono pod względem zgodności z prawem. Po drugie, jedną z podstaw orzeczenia Sądu Okręgowego był prezentowany przez Sąd pogląd, że „powódka, reprezentowana przez pełnomocnika profesjonalnego (...) nie powołała się na żadne niedozwolone kryterium dyskryminacyjne”, bo konflikty jej ojca z władzami [...] (której reprezentantem jak wiadomo jest prezydent m. W.) „nie może – co oczywiste – być utożsamiane z kryterium dyskryminacyjnym”. Tymczasem, co usiłowano wykazać w całym postępowaniu, właśnie ten konflikt (a nie np. posiadanie dzieci), i tylko ten konflikt, był jedyną przyczyną dyskryminacji powódki przy zatrudnieniu w m. W.. Wydaje się oczywiste, że uznanie przez Sąd Okręgowy, iż dyskryminowanie córki za konflikty ojca nie jest kryterium dyskryminacyjnym także czyni skargę kasacyjną oczywiście uzasadnioną.

Pozwany wniósł o oddalenie skargi. Wskazał, że zgodnie z ustawą z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym do kierownika urzędu należy ustalenie sposobu dokonywania rekrutacji na wolne stanowiska urzędnicze. Postępowania rekrutacyjne spełniały kryteria z art. 11 ustawy z 21 listopada 2008 r. o

pracownikach samorządowych. Skarżąca nie przywołuje żadnych problemów interpretacyjnych w zakresie tego przepisu. Z ustaleń Sądów nie wynika konflikt z ojcem powódki, a tym bardziej dyskryminowanie powódki za konflikty ojca. Nie jest to kryterium dyskryminacji, gdyż ta ma na względzie cechy lub właściwości osobiste pracownika. Ponadto powódka nie domagała się złożenia oświadczenia woli w przedmiocie nawiązania stosunku pracy. Nidy nie została „wyłoniona do zatrudnienia”, tj. nigdy komisja rekrutacyjna nie podjęła decyzji o zatrudnieniu powódki.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty skargi kasacyjnej nie są zasadne i dlatego została oddalona.

Sąd Najwyższy nie rozpoznaje sprawy jak kolejna powszechna instancja, lecz tylko skargę kasacyjną. Oznacza to, że zaskarżony wyrok kontroluje tylko w zakresie zarzutów skargi kasacyjnej (art. 398<sup>13</sup> § 1 k.p.c.). W tej sprawie związany jest też ustaleniami stanu faktycznego, na których oparto zaskarżony wyrok, jako że skarżąca nie zarzuca naruszenia prawa procesowego (art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c.).

Stosunek prawny, którego częścią ma być zapłata żądanej przez powódkę kwoty należy do prawa pracy. W tej dziedzinie podstawa odpowiedzialności z reguły samodzielnie (autonomicznie w prawie pracy) przewidziana jest w prawie pozytywnym (art. 300 k.p.). Jej cechą jest to, że odpowiedzialność ma swą indywidualną podstawę i odpowiadającą jej kauzę, z reguły węższą niż ogólna regulacja deliktu (art. 415 k.c.) czy odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.), choć i te podstawy nie są wykluczone. O ile przed sądem powszechnym powód nie musi wskazać podstawy prawnej żądania (*iura novit curia*), to przed Sądem Najwyższym jest to potrzebne (konieczne) dla oceny zarzutów i wniosków skargi. Chodzi o to, że skarga nie zarzuca naruszenia art. 18<sup>3d</sup> k.p., który określa skutki naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Ma to znaczenie, gdyż podstawa faktyczna żądania nie była wąska. Obejmowało co najmniej kilka zdarzeń (naborów) i zobowiązanie osadzało w dyskryminowaniu albo w samym naruszeniu reguł prawidłowego naboru (konkursów). Jednak zakres skargi jest obecnie węższy. Ocena ta wynika z bardzo syntetycznego sformułowania zarzutów skargi i jej uzasadnienia. Sąd Najwyższy nie powinien więc domyślać się



(poszukiwać) podstawy żądanej odpowiedzialności, przykładowo w art. 18<sup>3d</sup> albo w art. 471 k.c.

Żądane odszkodowanie jest jedno, jednak zauważalne są dwie podstawy odpowiedzialności. Pierwsza to dyskryminacja a druga to naruszenie reguł naboru. Potrzebne jest uporządkowanie, gdyż podstawy odpowiedzialności mogą być odrębne, choć w tej sprawie powódka przyjmuje, iż zasadniczym punktem wyjścia jest dyskryminacja, a pochodną nierówne traktowanie albo samo nierówne traktowanie wyrażające się w naruszeniu reguł konkursów i odmowie zatrudnienia.

Sąd w zaskarżonym wyroku nie stwierdził dyskryminacji. Zarzuty skargi nie podważają tego rozstrzygnięcia. Zakres i podstawy dyskryminacji nie są nieograniczone. Przede wszystkim należy stwierdzić, że nie każde nierówne traktowanie jest dyskryminacją i nie każda dyskryminacja jest nierównym traktowaniem. Znaczenie ma prawne pojęcie dyskryminacji. Uwaga ta wynika z tego, że wedle skargi art. 18<sup>3a</sup> i 18<sup>3b</sup> k.p. zostały naruszone przez „uznanie, że powódka była traktowana równo z innymi ubiegającymi się o pracę u pozwanego w konkursach (rekrutacjach) opisanych w pozwie i nie była w nich dyskryminowana”. Rzecz w tym, że aby odrzucić dyskryminację wcale nie było konieczne ustalenie, iż powódka była traktowana równo z innymi ubiegającymi się o pracę. Jak wskazano może być nierówne traktowanie, które nie jest dyskryminacją. Natomiast to co nie jest dyskryminacją nie musi być nierównym traktowaniem. Skarga wychodzi więc z błędnego założenia, że pozwany mógł uwolnić się od zarzutu dyskryminacji tylko wtedy, gdyby zostało wykazane, iż powódka była traktowana równo z innymi. Dyskryminacja to kwalifikowane nierówne traktowanie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 4 listopada 2015 r., II PK 36/15).

Na początku wskazano, że zasady odpowiedzialności w prawie pracy mają z reguły swe własne podstawy odpowiedzialności zapisane w prawie pozytywnym. Takie ujęcie podstaw odpowiedzialności i potencjalnego zobowiązania porządkuje relację między wierzycielem i dłużnikiem (pracownikiem i pracodawcą). Punktem ciężkości zarzutu dyskryminowania powódki wedle skargi ma być „konflikt jej ojca z władzami [...] (której reprezentantem jak wiadomo jest prezydent (...))”. Ten konflikt miał być przyczyną dyskryminowania powódki w odmowie zatrudnienia po przeprowadzonych naborach (konkursach). Jak zauważono zarzuty skargi i jej

uzasadnienie sformułowano bardzo syntetycznie. Przykładem jest właśnie bardzo lakoniczny opis wskazanego „konfliktu”. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika na czym ten konflikt polegał. Nie można przyjąć, że był to konflikt wynikający z przekonań politycznych, bo tego nie ustalono. Z zeznań ojca powódki wynika, że należał do tej samej partii politycznej co Prezydent (...). Doszło do różnicy w ocenie określonych zdarzeń, których w tym miejscu nie trzeba przytaczać, skoro nie uczynił tego Sąd powszechny i nie przedstawia też skarga kasacyjna. Nie jest to jednak sytuacja, która składałaby się na dyskryminację z art. 18<sup>3a</sup> k.p. Dyskryminacja w rozumieniu tego przepisu nie jest tak szeroka jak zdaje się zakładać skarżąca. Przede wszystkim ma granice podmiotowe, nawet gdy podstawy dyskryminacji nie są zamknięte w prawie polskim, bo przepis art. 18<sup>3a</sup> § 1 k.p. używa zwrotu „w szczególności”. Chodzi o cechy lub właściwości indywidualne odnoszone do samej osoby pracownika a nie do jego krewnych. Znaczenie mają cechy wyraźnie określone i oznaczone przez prawodawcę. Przykładowo skoro są wśród nich „przekonania polityczne”, to chodzi o przekonania polityczne pracownika lub kandydata na pracownika a nie o przekonania polityczne jego krewnego (ojca). Z materiału sprawy wynika, że nie chodziło o przekonania polityczne, lecz o różnice co do określonych zachowań i sytuacji. Konflikt ojca nie może być jednak kwalifikowany jako przyczyna dyskryminowania powódki. Brak categorycznego zamknięcia w regulacji kryteriów dyskryminacji nie pozwala na dowolnie szerokie aplikowanie tych kryteriów (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 18 lutego 2014 r., C-354/13). Przede wszystkim dlatego, że odpowiedzialność oparta jest na określonej równowadze wynikającej z właściwej proporcji praw i obowiązków. Dowolnie szerokie ujmowanie kryteriów dyskryminacji może wykraczać poza granice koniecznej (prawnej) ochrony godności pracownika czy kandydata na pracownika. „Konflikt” wśród członków tej samej partii nie jest sytuacją niezwykłą. Zwrot „w szczególności” nie może więc być niezasadnie rozszerzany w wykładni prawa, bo pojęcie dyskryminacji zatraci racjonalne granice i zachwieje równowagą stron. Równość nie jest absolutna skoro prawodawca musi ją dekretować. Tutaj chodzi o naruszenie równości ze względu na indywidualne cechy pracownika (kandydata). W przeciwnym razie pracodawca będzie musiał niejako przewencyjnie dalece ustępować, aby uchronić się przed zarzutem dyskryminowania, skoro

pojęcie dyskryminacji nie jest zamknięte i orzecznictwo nie jest ostatecznie utrwalone. Właśnie taka sytuacji nieuprawnionego ujmowania (rozszerzania) pojęcia dyskryminacji mogłaby być w konflikcie z zasadami naboru określonymi w art. 11 ustawy o pracownikach samorządowych. Chodzi wszak o równe warunki dla wszystkich zainteresowanych. Konieczne jest więc stwierdzenie, że konflikt ojca w sferze układów partyjnych nie może być kwalifikowany jako kryterium dyskryminacyjne w przypadku starania się jego córki o zatrudnienie w Urzędzie Miasta, którego Prezydent należy do tej samej partii.

Zasadne niestwierdzenie dyskryminacji nie zamyka sprawy, gdyż nie jest wykluczone, że podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej mogłoby być naruszenie zasad równego traktowania na gruncie przepisów o naborze do zatrudnienia pracowników samorządowych. Nie chodzi o kontrolę administracyjną czynności w postępowaniach konkursowych, co właściwe może być drodze administracyjnej, lecz o równe traktowanie jako podstawę potencjalnego zobowiązania odszkodowawczego. W dalszej kolejności należy odróżnić konkurs (nabór) od roszczenia o zatrudnienie (o tym niżej). W pierwszej kolejności, w aspekcie warunków wymaganych od skargi kasacyjnej (art. 398<sup>13</sup> § 1 k.p.c.), nie można nie zauważyć, że w skardze poza art. 11 ustawy o pracownikach samorządowych nie ma zarzutu naruszenia przepisów o równym traktowaniu bez dyskryminacji (przykładowo art. 11<sup>2</sup> k.p.). Powołany w skardze art. 18<sup>3b</sup> k.p. dotyczy naruszenia równego traktowania ze względu na „przyczyny określone w art. 18<sup>3a</sup> § 1 k.p.” a więc ze względu na dyskryminację, czyli kwalifikowane nierówne traktowanie. Podstawą określonego zobowiązania może być naruszenie art. 11 ustawy o pracownikach samorządowych, skoro uczestnik konkursu ma prawo co najmniej do zachowania i przestrzegania reguł postępowania określonych w ustawie. Zobowiązanie może wynikać z nieprawidłowego przeprowadzenia konkursu (wykonania obowiązków wynikających z ustawy), mimo że sam wybór kandydatów w konkursie nie jest równoznaczny z powstaniem (uzyskaniem) roszczenia o zatrudnienie na dane stanowisko.

Pozostając na etapie konkursu (naboru), to nie jest zasadny pierwszy zarzut skargi, gdyż Sąd wcale nie przyjął, „iż pracodawca uprawniony jest do własnego, dowolnego definiowania aktami wewnętrznymi zasad „otwartości i

konkurencyjności” naboru na wolne stanowiska urzędnicze”. Oczywiście, że nie ma tu dowolności, gdyż wymagana jest zgodność tych zasad z przepisem art. 11 ustawy. Skarżąca poprzestaje na ogólnym zarzucie „bezkrytycznego przyjęcia treści Zarządzenia Prezydenta Miasta W. nr 152/2007 z 19 lutego 2007 r., jako obowiązującego prawa”. Nie wyjaśnia dlaczego Sąd nie powinien stosować tego aktu. Z ustawy o pracownikach samorządowych wynika wszak, że ustawowe zasady otwartości i konkurencyjności naboru muszą być uzupełnione o określone reguły (normy) postępowania. To właśnie ich brak mógłby powodować naruszenie tych zasad. Z odpowiedzi na skargę wynika, że podstawę wydania regulaminu stanowiła ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym i uprawnienia kierownika urzędu (art. 33 ust. 2 i 3). Nie ma ustawowego wzoru regulaminu naboru, dlatego przyjęty regulamin może być weryfikowany w aspekcie zgodności z zasadami otwartości i konkurencyjności naboru. Innymi słowy nie powinno być naboru bez regulaminu, bo wymaga go procedura konkursów nie tylko ze względów pragmatycznych ale przede wszystkim prawnych, skoro należy przeprowadzić nabór z którego sporządza się protokół, w którym podaje się między innymi informację o zastosowanych metodach i technikach naboru (art. 14 i 15 ustawy). Walor regulacji (zarządzenia) polega więc na tym, że jest regulamin, który jest jednak dla wszystkich kandydatów. W tym miejscu nie trzeba powtarzać treści regulaminu, bo skarżąca nie wskazuje w skardze na poszczególne przepisy regulaminu i nie podważa żadnej regulacji. Tylko wówczas, czyli po konkretnym zarzucie o sprzeczności danego zapisu regulaminu można by oceniać czy regulamin jest niezgodny z ustawą. Regulamin jest podstawą postępowania dla realizacji ustawy i ma w niej umocowanie. Skarżąca nie stawia zarzutu sprzeczności poszczególnych zapisów regulaminu z przepisami ustawy. Nie wskazuje też, iżby taka sprzeczność została zarzucona w innych sprawach przed sądem powszechnym lub sądem administracyjnym na tle podobnego przedmiotu postępowania. W konsekwencji nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 11 ustawy o pracownikach samorządowych przez uznanie, że „procesy rekrutacyjne, w których brała udział powódka, były przeprowadzone z zachowaniem zasady otwartości i konkurencyjności naboru”. Naborów (konkursów) było kilka i skarżąca nie koncentruje się na przebiegu konkretnego naboru. Twierdzi natomiast, że

zasadnicza wadliwość wynikała z ostatniego etapu, który w przeciwieństwie do wcześniejszych „dwóch oczywiście obiektywnych” nie był obiektywny, gdyż polegał na rozmowie kwalifikacyjnej „z której protokół sporządzały i którą przeprowadzały osoby podległe bezpośrednio lub pośrednio prezydentowi (...), poważnie skonfliktowanej według powódki z jej ojcem”. Rzecz jednak w tym, że i ta kwestia nie została pominięta przez Sąd, jako że takie były wiodące motywy i zarzuty skarżącej. Skarżąca zarzucała określone postępowanie z instrumentalnym wykorzystaniem zapisów regulaminu, pozwalających na ostateczną ocenę kandydata w rozmowie kwalifikacyjnej, która w jej przypadku niejako z góry nie była dla niej korzystana. Zarzut nie jest zasadny z następujących przyczyn. Przede wszystkim nie można podważyć potrzeby istnienia regulaminu w procedurze naboru. Skarżąca nie sformułowała i nie przedstawiła zarzutów, które pozwalałyby zakwestionować poszczególne zapisy regulaminu jako niezgodne z prawem. Wreszcie nie można stwierdzić, że rozmowy kwalifikacyjne przeprowadzane na trzecim etapie byłyby niedopuszczalne (bezprawne), jako że wybiera się kandydata do zatrudnienia i taka forma pozwala zweryfikować wiedzę, umiejętności oraz predyspozycje wymagane do zatrudnienia na danym stanowisku. Innymi słowy metodycznie i merytorycznie model postępowania konkursowego mógłby być ułomny (mniej przydatny), gdyby pomijał taki etap postępowania jak rozmowa kwalifikacyjna. Nie ma więc podstaw do zakwestionowania postępowania konkursowego i ostatniego jego etapu – rozmowy kwalifikacyjnej. Zarzut tendencyjności w wyborze właśnie na etapie rozmowy kwalifikacyjnej nie został wykazany w sprawie. Należy to do ustaleń stanu faktycznego. Sąd pierwszej instancji stwierdził, że „nie dokonanie wyboru kandydaty powódki, pomimo uzyskania przez nią wymaganych wyników nie było podyktowane podporządkowaniem się członków poszczególnych komisji rekrutacyjnych naciskom przełożonych pozwanego o niezatrudnienie powódki ze względu na jej związek z W. C.”. Sąd drugiej instancji – Sąd Okręgowy ustalenia te uznał za prawidłowe. W skardze kasacyjnej nie ma zarzutu procesowego, który podważałby te ustalenia. Wiązą zatem w ocenie zarzutu materialnego skargi, nie ma więc podstaw do stwierdzenia, iż powódka w naborze była traktowana nierówno.

Prowadzi to do ostatniej kwestii, czy kandydatowi wyłonionemu w drodze naboru (konkursu) przysługuje roszczenie o nawiązanie stosunku pracy. Odpowiedź wynika z rozwiązania przyjętego w ustawie, a w tym przypadku w ustawie o pracownikach samorządowych. Ustawodawca może przyjąć, że wynik naboru jest wiążący i będzie wymagał zatrudnienia kandydata, który wygrał konkurs. W ustawie o pracownikach samorządowych takiego rozwiązania nie przyjęto (art. 14, 15 i 16). Wytłumaczenie leży w odróżnieniu dwóch sfer. Pierwsza to regulacja powszechna dla określonego kręgu zainteresowanych, która ma gwarantować równość w dostępie do stanowisk urzędniczych, przez otwartość i konkurencyjność naboru. Jest to sfera publiczna uregulowana, ze względu na charakter pracodawcy (administrowania). Druga to sfera prawa prywatnego, do której należy stosunek pracy, czyli również indywidualne prawo pracodawcy zatrudnienia kandydata wyłonionego w konkursie. Nie są to sfery tożsame. Pracodawca, nawet nie podlegający szczególnej ustawie, może stosować konkurs i określić jego zasady, które mogą składać się na określone zobowiązanie, jeszcze przed samym zatrudnieniem. Jednak zasadą jest, że po konkursie pracodawca dalej decyduje czy zatrudni pracownika wyłonionego w konkursie. Zasada taka zachowana jest w zatrudnieniu pracowników samorządowych. Konkurs (nabór) poprzedza zatrudnienie, które nadal zależy od pracodawcy (art. 11 k.p.), nawet gdy dotyczy zatrudnienia w administracji samorządowej. Tak daleko idąca argumentacja wydaje się potrzebna dla uzasadnienia oczywistej skądinąd reguły, że każdy pracodawca ma swobodę w zatrudnieniu, czyli do zawiązania (powstania) stosunku pracy konieczna jest jego wola (art. 11 k.p.). Tylko wyjątkowo wolę tę można zastąpić orzeczeniem sądu, które musi mieć uzasadnione oparcie w ustawie. Tego nie można stwierdzić w ustawie o pracownikach samorządowych. Czym innym jest więc sam konkurs i czym innym jest zatrudnienie przez pracodawcę kandydata wybranego w konkursie. Komisja konkursowa wskazuje i uzasadnia wybór kandydatów, nie więcej niż pięciu najlepszych (art. 15). Pracodawca jednak ostatecznie decyduje czy zatrudni osobę wskazaną przez komisję konkursową. Na postawione pytanie odpowiedź jest zatem negatywna. Kandydatowi wyłonionemu w konkursie nie przysługuje roszczenie o nawiązanie stosunku pracy. W skardze nie chodzi też o nawiązanie stosunku pracy na

konkretnym stanowisku, bo nie takie jest żądanie, zarzuty i argumentacja skarżącej, lecz o odszkodowanie za dyskryminację lub za nierówne traktowanie, których nie stwierdzono.

Roszczenie o nawiązanie stosunku pracy może wynikać z czynności prawnej albo regulaminu, jeśli stanowią podstawę określonego zobowiązania dłużnika (pracodawcy). Regulamin może być korzystniejszy niż ustawa i może być uznany za źródło zobowiązania lub nawet źródło prawa pracy (art. 9 k.p.). Generalnie jednak brak jest roszczenia o nawiązanie stosunku pracy w procedurze konkursowej wymaganej ustawą, a w tym przypadku w ustawie o pracownikach samorządowych. Przepisy o dyskryminacji i nierównym traktowaniu odgrywają więc samodzielnie (niezależnie) pozytywną rolę w naborach, bo jako regulacja ogólna nie są wykluczone w ocenie konkursów dla kandydatów na stanowisko pracownika samorządowego.

Z tych motyw orzeczono jak w sentencji (art. 398<sup>14</sup> k.p.c.).

Zważając na wynik postępowania i koszty zasądzone dotychczas od powódki na rzecz pozwanego, postanowiono nie obciążać powódki kosztami postępowania kasacyjnego (art. 102 k.p.c.).

r.g.