

OPINIA PRAWNA

dotycząca świadczenia usług ochrony osób i mienia w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie przez przedsiębiorców posiadających status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, którzy są zrzeszeni w konsorcjum

Pismem z dnia 27 kwietnia 2020 r. (L.dz. ES-2323/2020/AJ) Dyrektor Biura Prewencji KGP zwrócił się do Dyrektora Biura Kadr, Szkolenia i Obsługi Prawnej KGP o wydanie opinii prawnej w niniejszej sprawie.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2018 r. poz. 2142, z późn. zm.), obszary, obiekty, urządzenia i transporty ważne dla obronności, interesu gospodarczego państwa, bezpieczeństwa publicznego i innych ważnych interesów państwa podlegają obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne lub odpowiednie zabezpieczenie techniczne.

Definicję legalną określenia „specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne” zawiera art. 2 pkt 7 powyższej ustawy. Zgodnie z nim, określenie to oznacza wewnętrzne służby ochrony oraz przedsiębiorców, którzy uzyskali koncesje na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, posiadających broń na podstawie świadectwa broni, o którym mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz. U. z 2017 r. poz. 1839 oraz z 2018 r. poz. 106, 138, 651 i 730).

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia, kierownik jednostki, który bezpośrednio zarządza obszarami, obiektami i urządzeniami umieszczonymi w ewidencji, o której mowa w art. 5 ust. 5 (tj. prowadzonej przez wojewodę ewidencji obszarów, obiektów i urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie), albo upoważniona przez niego osoba są obowiązani uzgadniać plan ochrony tych obszarów, obiektów i urządzeń z właściwym terytorialnie komendantem wojewódzkim Policji.

Zgodnie z jej art. 7 ust. 2 pkt 4, plan ochrony powinien zawierać m.in. dane dotyczące specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej, a w tym: stan etatowy, rodzaj oraz ilość uzbrojenia i wyposażenia oraz sposób zabezpieczenia broni i amunicji.

Z kolei, w art. 43 ustawy o ochronie osób i mienia określono zakres i środki nadzoru Komendanta Głównego Policji nad działalnością specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych. Zgodnie z przepisami zawartymi w tym artykule:

1. Komendant Główny Policji sprawuje nadzór nad działalnością specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, z zastrzeżeniem art. 44 i 44a, w zakresie:

- 1) zasad i sposobów realizacji zadań ochrony osób i mienia;*
- 2) sposobów użycia przez pracowników tych formacji środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej;*
- 3) posiadania przez pracowników ochrony niezbędnych kwalifikacji.*

2. Nadzór, o którym mowa w ust. 1, polega na:

- 1) kontroli organizacji i zasad działania, uzbrojenia, wyposażenia oraz współpracy z innymi formacjami i służbami;
- 2) kontroli zgodności aktualnego stanu ochrony jednostki z planem ochrony;
- 3) wstępie na teren obszarów i obiektów, a także innych miejsc, w których jest prowadzona ochrona, oraz żądaniu wyjaśnień i udostępniania bądź wglądu w dokumentację ochronną;
- 4) wstępie na teren siedziby przedsiębiorcy prowadzącego działalność w zakresie ochrony osób i mienia, w takich dniach i godzinach, w jakich jest prowadzona lub powinna być prowadzona działalność;
- 5) wydawaniu pisemnych zaleceń mających na celu usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości i dostosowanie działalności specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej do przepisów prawa.

3. Naruszenia przepisów prawa i nieprawidłowości stwierdzone w ramach sprawowanego nadzoru, o którym mowa w ust. 1, w terminie określonym w zaleceniu, usuwa:

- 1) kierownik jednostki, w skład której wchodzi obszary, obiekty i urządzenia podlegające obowiązkowej ochronie;
- 2) osoba działająca w imieniu lub interesie przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia, posiadającego świadectwo broni;
- 3) kierownik jednostki, w której utworzono wewnętrzną służbę ochrony.

Nieusunięcie naruszeń przepisów prawa lub nieprawidłowości stwierdzonych w ramach nadzoru sprawowanego przez Komendanta Głównego Policji stanowi przestępstwo z art. 50a ustawy o ochronie osób i mienia. Zgodnie z tym przepisem, kto, wbrew obowiązkowi określonymu w art. 43 ust. 3, nie usuwa, w terminie określonym w zaleceniu, stwierdzonych w ramach sprawowanego nadzoru Komendanta Głównego Policji naruszeń przepisów prawa lub nieprawidłowości, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

W ocenie Biura Prewencji KGP, w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie usługi ochrony osób i mienia mogą być świadczone przez jednego lub kilku przedsiębiorców posiadających status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych. Dopuszczalna jest w takich obiektach również forma świadczenia usług ochrony osób i mienia za pośrednictwem podwykonawców, którzy posiadają status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych.

Natomiast wątpliwości Biura Prewencji KGP budzi możliwość świadczenia usług ochrony osób i mienia w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie przez konsorcjum zrzeszające przedsiębiorców posiadających status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych. Jakkolwiek bowiem przedsiębiorcy zrzeszeni w takim konsorcjum posiadają status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, to samo konsorcjum takiego statusu nie posiada. Zgodnie zaś z art. 15 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia, podjęcie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia (dotyczących obszarów, obiektów i urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie) wymaga uzyskania koncesji, określającej zakres i formy prowadzenia tych usług. Poza koncesją, niezbędne jest także posiadanie przez koncesjonowanego przedsiębiorcę broni na podstawie świadectwa broni. Konsorcjum, jako podmiot niespełniający wymogu statusu specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej, nie może więc świadczyć usług ochrony osób i mienia w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie.

Jednocześnie jednak Biuro Prewencji KGP stoi na stanowisku, że przedsiębiorcy posiadających status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, którzy są zrzeszeni w konsorcjum, mogą być stronami umowy o świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiekcie podlegającym obowiązkowej ochronie, jaka jest zawierana z kierownikiem tego obiektu.

W mojej ocenie, przedstawione w piśmie z dnia 27 kwietnia 2020 r. (L.dz. ES-2323/2020/AJ) stanowisko Biura Prewencji KGP jest wzajemnie sprzeczne. Sprzeczność ta, którą wykażę w dalszej części niniejszej opinii prawnej, nie wynika jednak z błędnej interpretacji przepisów ustawy o ochronie osób i mienia, ale przede wszystkim z niezrozumienia tego, czym jest konsorcjum, a zwłaszcza tego, jaki jest jego status prawny.

Zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny, konsorcjum jest jednym ze sposobów współdziałania przedsiębiorców, którzy dążą do z góry określonego celu lub realizacji określonego przedsięwzięcia. Za konsorcjum uważa się organizację, która zrzesza określoną liczbę przedsiębiorców na określony czas, na potrzeby osiągnięcia określonego celu lub realizacji inwestycji.

Konsorcjum nie jest podmiotem gospodarczym, którego funkcjonowanie regulują konkretne przepisy prawa czy też jakakolwiek ustawa, nie znajdziemy więc definicji legalnej tego typu organizacji. Nie musi mieć ono odrębnej nazwy czy siedziby, nie podlega rejestracji w żadnym rejestrze. Konsorcjum samo w sobie nie prowadzi działalności gospodarczej, zatem nie może być podatnikiem podatku VAT, ponieważ nie spełnia jego ustawowej definicji.

Celem, o którym mowa powyżej, jest zazwyczaj realizacja inwestycji, która w swej istocie po prostu przekracza możliwości finansowe, techniczne, kadrowe lub organizacyjne jednego przedsiębiorcy.

W związku z tym, że funkcjonowanie konsorcjum nie jest regulowane przez przepisy prawa, nie jest ono trwałą strukturą. Jedynym elementem, na którym jego członkowie opierają swoją współpracę, jest umowa o charakterze konsensualnym, która dochodzi do skutku poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli przez wszystkie jej strony.

Umowa konsorcjum należy do kategorii tzw. umów nienazwanych, to znaczy takich, które nie są uregulowane bezpośrednio, przykładowo w części szczególnej Kodeksu cywilnego, natomiast opiera się głównie na swobodzie i dowolności ułożenia stosunku prawnego przez strony takiej umowy, które wynikają z określonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego zasady swobody umów. Treść umowy w dużej mierze uzależniona jest od rodzaju i charakteru przedsięwzięcia, którego członkowie konsorcjum zamierzają się podjąć. Należy podkreślić, że w wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie powstaje osobny byt prawny – zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych mają jedynie podmioty tworzące konsorcjum.

Powyższe potwierdza stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie wyrażone w interpretacji indywidualnej z dnia 24 lutego 2010 r. (IPPP1/443-1316/09-5/AW), zgodnie z którą: *„Konsorcjum nie jest spółką prawa handlowego ani spółką cywilną, nie ma własnej osobowości prawnej, nie jest odrębnym podmiotem gospodarczym, nie podlega rejestracji; nie posiada odrębnej nazwy i siedziby. Podmioty tworzące konsorcjum są niezależne w swoich działaniach niezwiązanych z konsorcjum, a w działaniach podejmowanych w ramach konsorcjum realizują wspólną politykę objętą porozumieniem. Tym samym konsorcjum nie stanowi odrębnej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej. Jednocześnie ustalenia stron w ramach konsorcjum mogą dotyczyć różnych kwestii; np. zasad reprezentacji; sposobu rozliczenia danego przedsięwzięcia, podziału robót, udziału w zyskach i stratach itp. Umowa konsorcjum z reguły wiąże uczestników konsorcjum na czas określony, najczęściej oznaczony osiągnięciem celu, dla którego zostało ono powołane”*.

W związku z tym, że konsorcjum nie może być samo w sobie podmiotem praw i obowiązków, nie jest podmiotem gospodarczym, nie posiada osobowości prawnej, z tego też względu w doktrynie utrwalony jest pogląd, że konsorcjum nie może być pracodawcą w rozumieniu

art. 3 Kodeksu pracy. Przymiot pracodawcy może przysługiwać wszystkim podmiotom wchodzącym w skład konsorcjum lub tylko niektórym z nich. Strony mogą ustalić, że lider konsorcjum będzie wykonywał prawa i obowiązki pracodawcy.

Z kolei, zgodnie z art. 23 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.), wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, co w praktyce przybiera postać konsorcjów. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika, który będzie uprawniony do reprezentowania ich w postępowaniu (pełnomocnictwo węższe) albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (pełnomocnictwo szersze).

Sytuacje, w których wykonawca samodzielnie ubiega się o uzyskanie zamówienia, są domeną „typowych” zamówień, o niskim poziomie skomplikowania i ryzyka gospodarczego. Kiedy jednak realizacja zamówienia przekracza możliwości lub zasoby jednego wykonawcy (ekonomiczne, techniczne lub kadrowe), coraz częściej można spotkać się z przypadkami, w których wykonawcy łączą swoje siły dla wspólnego ubiegania się o uzyskanie, a dalej realizacji zamówienia. Wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne to rozwiązanie, które pozwala w ogóle zaistnieć na rynku zamówień publicznych w charakterze wykonawcy wszystkim tym, którzy nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu. Z możliwości takiej najczęściej korzystają nowopowstałe podmioty, które nie są w stanie wykazać się doświadczeniem, wymaganym przez zamawiającego w warunkach danego postępowania. Z punktu widzenia ustawodawcy rozwiązanie to jest traktowane jako jeden z tych instrumentów, które ma pozytywnie wpłynąć na konkurencyjność postępowań, m.in. przez to, że ułatwia dostęp do rynku małym i średnim przedsiębiorcom oraz tworzy podstawy do konkurowania przez nich z większymi graczami na tym rynku.

Przechodząc z tych ogólnych rozważań o statusie prawnym konsorcjum do omawianego przypadku – należy w sposób wyraźny podkreślić, że w wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie powstaje osobny byt prawny, a zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych zachowują nadal przedsiębiorcy posiadających status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, którzy tworzą konsorcjum.

Z powołanych wyżej względów formalnoprawnych, konsorcjum (jako podmiot pozbawiony zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych) nie może być stroną umowy zawieranej z kierownikiem obiektu podlegającego obowiązkowej ochronie, której przedmiotem jest świadczenie usług ochrony osób i mienia w tym obiekcie. Stronami takiej umowy mogą być jedynie przedsiębiorcy posiadający status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, którzy są zrzeszeni w konsorcjum. Innymi słowy, to ci przedsiębiorcy zawierają umowę z kierownikiem obiektu podlegającego obowiązkowej ochronie, na podstawie której – w ramach stworzonego przez siebie konsorcjum – świadczą usługi ochrony osób i mienia w tym obiekcie.

Z tych samych względów formalnoprawnych, oczywistym jest, że konsorcjum nie może posiadać statusu specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej, uzyskać koncesji czy też świadectwa broni. Nie ma zresztą w ogóle takiej potrzeby, wszystkie te wymogi spełniają bowiem przedsiębiorcy posiadający status specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, którzy tworzą konsorcjum, oraz świadczą usługi ochrony osób i mienia w obiekcie podlegającym obowiązkowej ochronie na podstawie umowy zawartej z kierownikiem tego obiektu.