



ANALIZA DOBRYCH PRAKTYK

W ZAKRESIE REALIZACJI UMÓW IT, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM SPECYFIKI PROJEKTÓW INFORMATYCZNYCH 7 OSI PRIORYTETOWEJ PO IG

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE (<i>Xawery Konarski, dr Jan Byrski, dr Piotr Wasilewski, Damian Karwala – Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy</i>)	5
1. ZASADY FORMUŁOWANIA POSTANOWIEŃ UMOWY (IPU)	5
A. POSTULAT PRECYZJI POSTANOWIEŃ UMOWNYCH	5
B. POSTULAT ELASTYCZNOŚCI POSTANOWIEŃ UMOWNYCH.	8
2. ROLA DEFINICJI W UMOWIE (IPU)	9
3. ROLA OŚWIADCZEŃ STRON W UMOWIE (IPU)	10
ROZDZIAŁ I. OBSZAR ZOBOWIĄZAŃ DOTYCZĄCY REALIZACJI UMOWY IT (<i>Xawery Konarski, dr Jan Byrski, dr Piotr Wasilewski, Damian Karwala – Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy</i>)	12
1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE	12
2. ZASADY WSPÓŁDZIAŁANIA STRON W RAMACH UMOWY	12
3. OBOWIĄZKI INFORMACYJNE	15
4. METODYKA REALIZACJI UMOWY	16
A. STRUKTURA ORGANIZACYJNA UMOWY	17
B. ZASADY ODBIORÓW	19
C. KONTROLER JAKOŚCI / ZEWNĘTRZNY AUDYT	22
D. PODWYKONAWSTWO	23
5. INFORMACJE POUFNE / TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA	25
6. DANE OSOBOWE	28
ROZDZIAŁ II. ROZŁOŻENIE RYZYKA ZA WYKONANIE UMOWY IT (<i>Aleksandra Auleytner, Wojciech Dziomdziora, Jakub Kubalski – Domański Zakrzewski Palinka</i>)	31
1. WSTĘP	31
2. PERSONEL	31
3. WSPÓŁPRACA POMIĘDZY STRONAMI UMOWY	33
4. KONTROLE JAKOŚCI, AUDYT USŁUG	35
5. SIŁA WYŻSZA, ZMIANA PRZEPISÓW PRAWA	37
ROZDZIAŁ III. OBSZAR PRAW WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ (<i>Xawery Konarski, dr Jan Byrski, dr Piotr Wasilewski, Damian Karwala – Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy</i>)	39



1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE	39
2. PRAWIDŁOWA IDENTYFIKACJA PRZEDMIOTÓW PRAW WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ ZAWIĄZANYCH Z SYSTEMEM INFORMATYCZNYM	40
3. MODELE TRANSFERU PRAW WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ (UMOWY Z ZAKRESU PRAWA AUTORSKIEGO)	43
A. PRZENIESIENIE PRAW A LICENCJA	43
B. OBOWIĄZEK SPECYFIKACJI PÓŁ EKSPLOATACJI	44
C. MOMENT PRZEJŚCIA PRAW/UDZIELENIA LICENCJI	45
D. CZAS TRWANIA UMOWY	45
4. MODYFIKOWANIE OPROGRAMOWANIA	49
5. WOLNE I OTWARTE OPROGRAMOWANIE	50
6. OPROGRAMOWANIE JAKO USŁUGA	51
7. DEPOZYT KODU ŹRÓDŁOWEGO	51
8. WŁASNOŚĆ INTELEKTUALNA A SERWIS I GWARANCJA.....	52

ROZDZIAŁ IV. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA NIEWYKONANIE LUB NIEAŁEŻYTE WYKONANIE UMOWY IT
(Aleksandra Auleytnier, Wojciech Dziomdziora, Jakub Kubalski – Domański Zakrzewski Palinka)..... **54**

1. WSTĘP.....	54
2. GRANICA ODPOWIEDZIALNOŚCI UMOWNEJ	54
3. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA UTRACONE KORZYŚCI	55
4. WINA WYKONAWCY	55
5. MOŻLIWOŚĆ I OBOWIĄZEK UCZESTNICZENIA WYKONAWCY W POSTĘPOWANIU DOTYCZĄCYM NARUSZENIA PRAW OSÓB TRZECICH	56
6. KARY UMOWNE	58
A. ROZGRANICZENIE PRZESŁANEK NAKŁADANIA KAR UMOWNYCH	58
B. MOŻLIWOŚĆ WYPowiedzenia umowy w wypadku naliczenia dużej ilości kar umownych	60
C. WINA WYKONAWCY W OPÓŹNIENIACH	60
D. ODNIESIENIE POZIOMU KAR UMOWNYCH DO RZECZYWISTYCH SZKÓD	61
7. ODSTĄPIENIE ZE SKUTKIEM WSTECZNYM	62

ROZDZIAŁ V. GWARANCJA JAKOŚCI *(Xawery Konarski, dr Jan Byrski, dr Piotr Wasilewski, Damian Karwala – Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy).....* **63**

1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE	63
2. GWARANCJA JAKOŚCI A SERWIS.....	63
3. USUWANIE WAD SYSTEMU INFORMATYCZNEGO W RAMACH GWARANCJI JAKOŚCI	65
4. PODMIOT ŚWIADCZĄCY GWARANCJĘ	68
5. CZAS TRWANIA GWARANCJI	69
6. UTRATA GWARANCJI PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO	70
7. ODPOWIEDZIALNOŚĆ	71
8. GWARANCJA JAKOŚCI A PRAWA AUTORSKIE	72



9. GWARANCJA NA SPRZĘT	72
-------------------------------------	-----------

<u>ROZDZIAŁ VI. OBSZAR ZMIANY UMOWY (Aleksandra Auleytner, Wojciech Dziomdziora, Jakub Kubalski – Domański Zakrzewski Palinka)</u>	<u>74</u>
---	------------------

1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE	74
2. MOŻLIWOŚĆ DOKONYWANIA ISTOTNYCH ZMIAN W UMOWIE.....	76
3. PRAWO OPCJI	77

<u>ROZDZIAŁ VII. OBSZAR SERWISU IT (Xawery Konarski, dr Jan Byrski, dr Piotr Wasilewski, Damian Karwala – Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy)</u>	<u>79</u>
--	------------------

1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE	79
2. PRZEDMIOT I ZASADY REALIZACJI UMOWY SERWISU IT	79
A. NAPRAWA WAD SYSTEMU INFORMATYCZNEGO	80
B. UTRZYMYWANIE DOSTĘPNOŚCI SYSTEMU IT NA OKREŚLONYM POZIOMIE (SLA)	81
C. AKTUALIZACJA SYSTEMU ORAZ DOSTOSOWYWANIE SYSTEMU DO ZMIENIAJĄCYCH SIĘ PRZEPISÓW PRAWA LUB REGULACJI WEWNĘTRZNYCH ZAMAWIAJĄCEGO (TZW. „MAŁY ROZWÓJ”)	81
D. BIEŻĄCE ZARZĄDZANIE (ADMINISTROWANIE) SYSTEMEM IT ORAZ KONSULTACJE DOTYCZĄCE BIEŻĄCEGO KORZYSTANIA Z SYSTEMU INFORMATYCZNEGO PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO (USŁUGA HELP DESK)	84
E. AUTORYZACJA ZMIAN SYSTEMU	84
3. CZAS TRWANIA USŁUG SERWISOWYCH	86
4. MIEJSCE ŚWIADCZENIA USŁUG SERWISOWYCH	87
5. ODPOWIEDZIALNOŚĆ	88
6. MODELE PŁATNOŚCI WYNAGRODZENIA ZA ŚWIADCZENIE USŁUG SERWISOWYCH	88
7. ROZWIĄZANIE UMOWY SERWISOWEJ	90
8. SERWIS A PRAWA AUTORSKIE I NIEZALEŻNOŚĆ ZAMAWIAJĄCEGO	91
9. UMOWA SERWISOWA, JAKO ODRĘBNA UMOWA LUB ELEMENT UMOWY WDROŻENIA IT	92
10. PODSUMOWANIE	93

<u>ROZDZIAŁ VIII. DOSTAWA SPRZĘTU (Aleksandra Auleytner, Wojciech Dziomdziora, Jakub Kubalski – Domański Zakrzewski Palinka)</u>	<u>94</u>
---	------------------

1. WSTĘP	94
2. PRZEDMIOT UMOWY, ZOBOWIĄZANIA STRON	94
3. DOKUMENTACJA, OPROGRAMOWANIE SYSTEMOWE, KNOW-HOW ZWIĄZANY Z KONFIGURACJĄ SPRZĘTU	95
4. PROCEDURA ODBIORÓW, TESTY SPRZĘTU	96
5. ODPOWIEDZIALNOŚĆ, RĘKOJMIA, USŁUGI SERWISOWE	97

<u>ZAKOŃCZENIE (Aleksandra Auleytner, Wojciech Dziomdziora, Jakub Kubalski – Domański Zakrzewski Palinka)</u>	<u>98</u>
--	------------------



**INNOWACYJNA
GOSPODARKA**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



**WWP PROJEKT
SYSTEMOWY
POIG VII**

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



SPIS AKTÓW PRAWNYCH 99



WPROWADZENIE

Zawieranie i realizacja umów IT, w szczególności w trybie zamówień publicznych, jest procesem mogącym rodzić liczne problemy praktyczne oraz ryzyka prawne dla stron umowy, tj. dla Zamawiających oraz Wykonawców. Związane jest to ściśle ze złożonością projektów informatycznych. Trudności wywołuje również fakt, że umowy IT zaliczają się do tzw. umów nienazwanych. W praktyce do umów tych znajdują zastosowanie trzy grupy przepisów. Po pierwsze, przepisy kodeksu cywilnego („k.c.”) o umowach o dzieło (art. 627 i n. k.c.). Po drugie, w zakresie w jakim rezultaty prac wdrożeniowych mają charakter utworów, przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych („pr.aut.”), w szczególności przepisy art. 41 i n. Po trzecie, przepisy prawa zamówień publicznych („p.z.p.”), które w pewnym zakresie modyfikują postanowienia kodeksu cywilnego oraz prawa autorskiego.

W przypadku wielu umów IT, Zamawiający w sposób niepotrzebnie ekspansywny określają zakres obowiązków Wykonawcy, koncentrując się przy tym na zapewnieniu sobie sankcji odszkodowawczych w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jak wykazuje praktyka, takie podejście stanowi istotne ryzyko realizacji umowy. Tymczasem, zarówno celem Zamawiającego, jak i Wykonawcy powinno być takie ukształtowanie wzajemnych relacji, aby chroniąc ich zasadne interesy, możliwe było zachowanie równowagi pomiędzy nimi. Dzięki temu możliwe jest osiągnięcie właściwego celu umów, tj. ich **realnego wykonania**.

W ramach niniejszej analizy przedstawione zostaną różnego rodzaju dobre praktyki w zakresie kształtowania treści umów IT, w tym praw i obowiązków Zamawiającego oraz Wykonawcy. Ich stosowanie powinno przysłużyć się do realizacji wyżej wymienionego podstawowego celu zawierania tych umów.

1. Zasady formułowania istotnych postanowień umowy (IPU)

A. Postulat precyzji postanowień umownych

Istotne postanowienia umowy (dalej określane jako „IPU”, który to zwrot w niniejszym raporcie odnosi się również do ogólnych warunków umów oraz wzorów umów w rozumieniu prawa zamówień publicznych) powinny jasno i w sposób nie budzący wątpliwości wskazywać zarówno prawa i obowiązki stron umowy, jak i wszelkie inne postanowienia rozstrzygające o treści umowy.

Powyższy postulat pozostaje w ścisłym związku z przewidzianym w prawie zamówień publicznych wymogiem dotyczącym precyzyjnego formułowania opisu przedmiotu zamówienia (oraz projektu IPU jako jego integralnej części), który powinien zostać sporządzony przez Zamawiającego. Opis ten ma kluczowe znaczenie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p., na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia musi mieć tylko jedno znaczenie (tj. musi być on rozumiany jednakowo przez wszystkich zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia) i jednocześnie nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych. Ponadto, opis przedmiotu zamówienia powinien być sformułowany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co oznacza, że powinien on



uwzględniać fachowy język używany w branży, w której działają podmioty zainteresowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia (tj. w branży IT). Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, który narusza postanowienie art. 29 ust. 1 p.z.p., może stać się przyczyną zaskarżenia przez Wykonawców treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), w tym w części w której zawiera on IPU.

Szczególne znaczenie powinno mieć zatem precyzyjne wskazanie **zakresu usług / działań będących przedmiotem umowy**. W tym zakresie należy zwrócić uwagę na szereg zasad pozwalających uniknąć niejasności oraz zminimalizować ryzyko wystąpienia sporu pomiędzy stronami:

- umowa powinna w sposób precyzyjny opisywać **usługi / działania stanowiące jej przedmiot**, w tym wskazywać:
 - **zakres usługi** (np. „*przedmiotem Umowy jest realizacja przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego migracji danych ze wskazanych w Umowie Aplikacji zewnętrznych do Systemu*”);
 - **cel realizacji usługi** (np. „*przedmiotem Umowy jest wykonanie Interfejsów w celu dostosowania Systemu do określonych w Umowie potrzeb Zamawiającego, w szczególności pozwalających na migrację oraz wymianę danych pomiędzy wskazanymi w Umowie Aplikacjami zewnętrznymi a Systemem*”);
 - **sposób wykonania usługi** (np. „*przedmiotem Umowy jest parametryzacja i konfiguracja Systemu, zgodnie z wyborem procesów biznesowych, w zakresie określonym w Załączniku nr [...] do Umowy – SIWZ oraz zgodnie z wynikami Analizy Przedwdrożeniowej przeprowadzonej przez Wykonawcę*”);
- umowa powinna zawierać precyzyjny opis parametrów usługi (co ma szczególne znaczenie w umowach o gwarantowanym poziomie świadczenia usług – SLA); w tym zakresie należy w szczególności określić, jak powinny być rozumiane poszczególne parametry wskazywane w umowie. Parametry powinny być przy tym definiowane w sposób jasny i mierzalny (tj. w sposób umożliwiający ich weryfikację). Precyzyjne określenie kluczowych parametrów poziomu świadczenia usługi jest istotne zarówno dla zapewnienia ciągłego działania systemu / aplikacji, jak i dla określenia trybu postępowania w przypadku pojawiania się problemów. Dlatego też konieczne jest precyzyjne określenie takich parametrów jak np.:
 - **dostępność** (w tym np. wskazanie, czy dostępność dotyczy całego systemu czy tylko określonych elementów; określenie jakie czynniki wpływają na dostępność systemu w ciągu danego okresu – np. awaryjność sprzętu, sieci, czasy przywracania kopii zapasowych, itd.);
 - **czas reakcji / naprawy** (w tym np. jednoznaczne rozstrzygnięcie, że czas naprawy kończy się w momencie zgłoszenia do odbioru rozwiązania, pod warunkiem spełnienia kryteriów odbioru określonych w umowie);

- opis usług powinien być sformułowany z wykorzystaniem zarówno terminologii prawnej, jak i nomenklatury właściwej dla przedmiotu umowy. Należy zatem nadawać pojęciom używanym w umowie znaczenia, które stosowane są w języku prawniczym oraz praktyce biznesowej, w tym informatycznej;
- należy także unikać sytuacji, gdy postanowienia dotyczące odrębnych usług (np. serwisu, gwarancji, asysty wdrożeniowej, rozwoju) nie są w sposób czytelny rozgraniczone w umowie, przez co dochodzi do nakładania się zobowiązań stron dotyczących poszczególnych usług.

Postanowienia umowne dotyczące przedmiotu umowy wdrożeniowej mogą mieć przykładowo następujące brzmienie:

Przedmiotem Umowy jest realizacja przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego następujących działań:

- 1) wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu dzieła w postaci Analizy Przedwdrożeniowej oraz przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do niej;
- 2) określenie wymagań odnośnie Infrastruktury oraz instalacja i konfiguracja Infrastruktury;
- 3) wykonanie Wdrożenia Systemu, zgodnie z Umową oraz w terminach określonych w Harmonogramie;
- 4) wykonanie Interfejsów w zakresie określonym w Umowie, pozwalającym na migrację oraz wymianę danych pomiędzy Aplikacjami a Systemem;
- 5) wykonanie migracji danych z Aplikacji do Systemu;
- 6) wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu Dokumentacji;
- 7) zapewnienie Zamawiającemu tytułu prawnego do eksploatacji dostarczonych przez Wykonawcę elementów Systemu oraz Dokumentacji¹;
- 8) zapewnienie Zamawiającemu określonych w Umowie, prawnych i technicznych możliwości dokonywania zmian w Systemie, w związku z utrzymaniem i rozwojem Systemu, z uwzględnieniem uzyskanego przez Zamawiającego tytułu prawnego do eksploatacji dostarczonych przez Wykonawcę elementów Systemu oraz uregulowań zawartych w dokumentacji technicznej urządzeń stanowiących element Systemu, jak również wdrożenie procesów w zakresie utrzymania (opieki serwisowej, pogwarancyjnej) i rozwoju Systemu;
- 9) świadczenie usług gwarancyjnych.

Istotne konsekwencje praktyczne może mieć brak precyzji w formułowaniu **umownych zobowiązań stron**. W tym kontekście należy zwrócić w szczególności uwagę, aby **katalog zobowiązań był zamknięty** (tj. zawierał enumeratywne wyliczenie obowiązków stron wynikających z umowy). Należy więc unikać stosowania w postanowieniach zawierających

¹ Kwestie dot. korzystania z kodów źródłowych do programów komputerowych opisane są w Rozdziale III pkt. 7



katalog zobowiązań stron takich zwrotów jak: „w szczególności”, „między innymi” lub równoznacznych. Szczegółowe uwagi dotyczące postanowień dotyczących zobowiązań stron zostały przedstawione w rozdziale i analizie.

B. Postulat elastyczności postanowień umownych

Dobłą praktyką jest wprowadzenie przez Zamawiających instrumentów uelastycznienia umowy. Wyróżnić należy w związku z tym dwa podstawowe instrumenty:

- uelastycznienie umowy poprzez wprowadzenie systemu (jakościowych) odbiorów warunkowych i końcowych. Zamawiający może być bowiem zainteresowany produkcyjną eksploatacją systemu IT z usterkami, pod warunkiem ich usunięcia – w trybie wdrożeniowym – w okresie stabilizacji (np. w sytuacji, gdy wdrażany system służy do realizacji zadań publicznych, które mają być wykonywane przez Zamawiającego od określonej daty kalendarzowej),
- uelastycznienie umowy poprzez wprowadzenie – o ile jest to możliwe, biorąc pod uwagę przedmiot umowy – możliwości częściowego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Zamawiający może być zainteresowany częściowym przejęciem rezultatów prac wdrożeniowych, mimo odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy (np. eksploatacja autonomicznego i wdrożonego już modułu złożonego systemu IT).

Przykładowa klauzula dotycząca możliwości częściowego odstąpienia od umowy może brzmieć następująco:

Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od niniejszej Umowy, w całości lub w części, w sytuacji istotnego naruszenia przez Wykonawcę zobowiązań wynikających z Umowy, określonych w § ... Umowy lub w sytuacjach wynikających z przepisów prawa. Zamawiający może wykonać uprawnienie wynikające ze zdania poprzedzającego pod warunkiem uprzedniego pisemnego, pod rygorem nieważności, wezwania Wykonawcy do zaprzestania istotnych naruszeń zobowiązań wynikających z Umowy w terminie [...] Dni Roboczych,

Wykonując prawo odstąpienia od Umowy Zamawiający wskaże, czy odstąpienie dotyczy całej Umowy, czy jedynie części Umowy.

Jeżeli w oświadczeniu o odstąpieniu od Umowy Zamawiający wskaże, że odstąpienie ma skutek wyłącznie do części Umowy, wówczas:

- 1) Strony zobowiązują się w terminie [...] dni od dnia odstąpienia od Umowy do sporządzenia protokołu, który będzie stwierdzał stan realizacji Umowy do dnia odstąpienia od Umowy;*
- 2) Zamawiający wskaże, które Rezultaty Prac chce zatrzymać bez względu na fakt, czy zostały one przez Zamawiającego odebrane;*
- 3) w razie zatrzymania przez Zamawiającego odebranych Rezultatów Prac Wykonawca zachowa prawo do wynagrodzenia za te Rezultaty Prac w wysokości wynikającej z Umowy;*
- 4) w razie zatrzymania przez Zamawiającego jakichkolwiek nieodebranych Rezultatów Prac Wykonawca zachowa prawo do wynagrodzenia za te Rezultaty Prac w wysokości wynikającej z Umowy oraz pracy niezbędnej do wykonania tych prac oraz ich przydatności dla Zamawiającego;*
- 5) Zamawiający zachowa lub nabędzie wszystkie wskazane Rezultaty Prac, w tym nabędzie uprawnienie do korzystania z Rezultatów Prac będących utworami, w zakresie opisanym w Umowie.*

2. Rola definicji w umowie (IPU)

Wskazany powyżej postulat jasnego i precyzyjnego formułowania postanowień umownych łączy się z rolą, jaką dla kształtu umowy odgrywa **poprawne i jednoznaczne zdefiniowanie występujących w niej kluczowych pojęć**. Podstawową zaletą wprowadzenia do umowy słownika pojęć / definicji jest uniknięcie wieloznaczności używanych w niej terminów oraz przełożenie pojęć funkcjonujących w języku fachowym (biznesowym, informatycznym) na język prawniczy. Dodatkowym argumentem przemawiającym za stosowaniem definicji jest okoliczność, że rozwiązanie to czyni umowę bardziej przejrzystą, nie jest bowiem konieczne wielokrotne charakteryzowanie tych samych pojęć w treści umowy. Wprowadzenie do umowy precyzyjnego słownika pojęć / definicji ma również znaczenie w razie sporu dotyczącego interpretacji określonych zapisów umowy. Brzmienie definicji jest bowiem brane pod uwagę – także przez organy sądowe lub arbitrażowe – przy badaniu zgodnego zamiaru stron umowy.

Szczególnie istotne wydaje się zdefiniowanie w umowie IT następujących grup pojęć:

- pojęć wymagających doprecyzowania ze względu na ich **wieloznaczność**;

Dokumentacja - dokumentacja dotycząca Systemu, która w ramach realizacji Umowy została wykonana, a następnie dostarczona Zamawiającemu przez Wykonawcę, na którą składają się Analiza Przedwdrożeniowa wraz ze Specyfikacją Systemu oraz dokumentacja: (1) projektowa, (2) eksploatacyjna (powdrożeniowa), (3) Testów, a także (4) wszelkie pozostałe, wskazane w Umowie instrukcje i procedury.

- pojęć **technicznych**;

System ERP – informatyczny system aplikacji klasy ERP (Enterprise Resource Planning), wykorzystywany przez Zamawiającego do celów produkcyjnych, spełniający wymagania funkcjonalne Zamawiającego, składający się z Rezultatów Prac, dostarczonych przez Wykonawcę w ramach Umowy.

- pojęć **pochodzenia zagranicznego**;

KPI, Key Performance Indicators (kluczowe wskaźniki wydajności) – metryki używane w procesie realizacji Umowy, pozwalające na ocenę postępu Wdrożenia i podjęcie ewentualnej korekty tak aby cel Wdrożenia został zrealizowany.

- pojęć odnoszących się do **jednostek czasu (terminów)**;

Dni Robocze / Godziny Robocze – dni od poniedziałku do piątku w godzinach od 7:00 do 15:00 z wyłączeniem sobót i dni ustawowo wolnych od pracy w Rzeczypospolitej Polskiej.

- pojęć odwołujących się do **załączników umowy**.

Harmonogram prac – dokument określający terminy wykonania poszczególnych Etapów / Faz, stanowiący



Załącznik nr [...] do Umowy.

Protokół Odbioru Fazy / Odbioru Etapu / Odbioru Końcowego – Dokument potwierdzający dokonanie Odbioru Fazy / Odbioru Etapu / Odbioru Końcowego, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr [...] do Umowy.

3. Rola oświadczeń stron w umowie (IPU)

Należy także wskazać na rolę, jaką dla stosunku prawnego zawieranego pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą odgrywają oświadczenia stron zamieszczone w umowie (IPU). Oświadczenia takie mają przede wszystkim na celu wykazanie, że strona składająca oświadczenie charakteryzuje się przymiotami przesądzającymi, że będzie w stanie wywiązać się z zobowiązań umownych, jakie na siebie przyjęła (co ma zwłaszcza istotne znaczenie w kontekście wymogów z p.z.p. dotyczących zdolności Wykonawcy do realizacji zamówienia - por. art. 22 ust. 1 p.z.p.), a także, że nie istnieją żadne inne okoliczności, które podważyłyby dyspozycyjność i profesjonalizm tej strony.

Dlatego też istotne jest, aby oświadczenia stron (w szczególności Wykonawcy) w umowie (IPU) były sformułowane z uwzględnieniem następujących zasad:

- powinny dotyczyć wszystkich tych okoliczności faktycznych, które mogą mieć istotny wpływ na wolę zawarcia umowy przez drugą stronę (zwykle Zamawiającego);
- oświadczenia powinny być sformułowane jasno i precyzyjnie, w sposób nie budzący wątpliwości co do ich treści.

Przykładowa klauzula zawierająca oświadczenia Wykonawcy brzmi następująco:

Wykonawca oświadcza i potwierdza, że:

- 1) jest podmiotem zarejestrowanym oraz prowadzącym działalność gospodarczą zgodnie z prawem polskim oraz, że osoby reprezentujące Wykonawcę są uprawnione do jego reprezentacji;*
- 2) nie toczy się wobec niego postępowanie upadłościowe ani naprawcze, ani że nie ogłoszono upadłości lub nie otwarto postępowania naprawczego, ani że według najlepszej wiedzy Wykonawcy nie zachodzą przesłanki do wszczęcia takiego postępowania w stosunku do niego;*
- 3) posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, potencjał ekonomiczny, techniczny i ludzki do wykonania przedmiotu Umowy.*

Oświadczenia stron zawarte w umowie **interpretowane mogą być czasami nie, jako oświadczenia wiedzy, jak w przykładzie podanym powyżej, ale wręcz jako zobowiązania umowne stron (oświadczenia woli)**. W takim przypadku, gdy podmiot będący zobowiązanym do podjęcia pewnej aktywności, nie wywiązuje się z tego obowiązku, dopuszczalne będzie stosowanie środków prawnych chroniących wierzyciela (szczegółowe rozważania dotyczące zobowiązań umownych oraz konsekwencji ich naruszenia przedstawione zostały w dalszej części niniejszej analizy). Przykładem takiego ujęcia oświadczenia Wykonawcy może być następująca klauzula:



Wykonawca oświadcza, że jako podmiot zawodowo wykonujący prace związane z wdrożeniami i utrzymywaniem systemów informatycznych dołoży należytej staranności dla prawidłowego wykonania zobowiązań wynikających z Umowy, mając na uwadze zasadniczy cel Umowy, jakim jest eksploatowanie przez Zamawiającego rozwiązania informatycznego, z uwzględnieniem:

- 1) wymagań Zamawiającego, określonych w SIWZ i Umowie;*
- 2) określonej w Umowie integralności, poufności i bezpieczeństwa danych;*
- 3) określonego w Umowie poziomu stabilności pracy wdrożonego Systemu;*
- 4) objętych Umową wymagań w zakresie skalowalności Systemu oraz jego integracji z innymi, zdefiniowanymi w Umowie, systemami informatycznymi oraz objętych Umową wymagań dotyczących możliwości rozwoju Systemu, w szczególności dołączenie do niego nowych modułów.*

Wykonawca oświadcza również, że na dzień zawarcia Umowy brak jest po jego stronie przeszkód w wykonaniu zobowiązań wynikających z Umowy w umówionym terminie i wynagrodzeniu.

W powyższym kontekście, należy również podkreślić znaczenie zapewnienia o zgodności wdrażanego oprogramowania z przepisami prawa obowiązującymi na moment złożenia oferty w postępowaniu lub na moment późniejszy, o ile zostanie to należycie uzasadnione przez Zamawiającego (gdyż np. wynika ze specyfiki oprogramowania lub krótkiego okresu wdrożenia). Przy czym nie jest rekomendowane żądanie od Wykonawcy zapewnienia o zgodności wdrażanego oprogramowania z przepisami prawa obowiązującymi dopiero na moment odbioru systemu, gdyż nie sposób wówczas m.in. właściwie skalkulować oferty, zwłaszcza przy projektach trwających dłuższy czas, gdy ryzyko zmian w przepisach prawa jest istotnym czynnikiem. W sytuacji zmiany przepisów prawa w trakcie realizacji wdrożenia do wykorzystania możliwe jest tzw. prawo opcji (szerzej – str. 77). Możliwe jest również zobowiązanie Wykonawcy do dokonania odpowiednich modyfikacji we wdrażanym oprogramowaniu, jeżeli ich konieczność będzie spowodowana zmianą obowiązujących przepisów prawa w trakcie realizacji wdrożenia, tj. przed odbiorem końcowym wdrażanego systemu. W takim przypadku niezbędne modyfikacje powinny zostać objęte ustalonym przez strony wynagrodzeniem, dla obliczenia którego umowa może przewidywać określony limit czasochłonności (z uwzględnieniem określonej stawki np. godzinowej). Natomiast w przypadku wykrycia tego rodzaju wady już po zakończeniu wdrożenia (np. w wyniku przeprowadzonych kontroli), Zamawiający będzie mógł domagać się jej usunięcia w ramach gwarancji wdrożeniowej.



ROZDZIAŁ I. OBSZAR ZOBOWIĄZAŃ DOTYCZĄCY REALIZACJI UMOWY IT

1. Zagadnienia wstępne

Niniejszy rozdział dotyczy problematyki związanej z formułowaniem zobowiązań umownych stron w umowach IT. Analiza zawiera zarówno rekomendacje dotyczące dobrych praktyk, które należy rekomendować Zamawiającym w ramach projektowania umów (IPU) dotyczących wdrożenia, utrzymania i rozwoju systemów informatycznych, jak i przykłady brzmienia klauzul w tym zakresie.

Przy konstruowaniu treści umowy obowiązuje zasada swobody stron w określaniu wzajemnych praw i obowiązków. Jest ona jednak ograniczona przepisami prawa, w tym prawa zamówień publicznych, które modyfikują postanowienia kodeksu cywilnego oraz prawa autorskiego (art.139 i n. p.z.p.).

W przypadku postępowań o udzielenie zamówień publicznych, to Zamawiający ustalają warunki IPU. Jest to niestety przyczyną nieraz zbyt ekspansywnego określenia zakresu obowiązków Wykonawcy. Praktyka ta może rodzić negatywne konsekwencje zarówno na etapie prowadzenia postępowania, jak i realizacji umowy.

Wśród głównych grup ryzyk występujących w tym zakresie należy wskazać:

- nakładanie nadmiernych zobowiązań może ograniczyć liczbę potencjalnych Wykonawców, biorących udział w postępowaniu, a także doprowadzić do zaskarżenia treści SIWZ;
- wprowadzenie restrykcyjnych wymagań do katalogu zobowiązań Wykonawcy lub, jak zostało już wskazane, stosowanie otwartego katalogu zobowiązań może prowadzić do istotnych trudności na etapie realizacji umowy, w tym nawet do jej rozwiązania, co – zgodnie z postulatem realnego wykonania zobowiązania – jest niekorzystne dla Zamawiających;
- nieadekwatność wymagań stawianych Wykonawcy jest często pomijanym przez Zamawiających czynnikiem cenotwórczym i w wielu przypadkach może skutkować nieracjonalnym wydatkowaniem środków publicznych (np. wymóg przeniesienia w całości autorskich praw majątkowych do systemu oraz wymóg przeniesienia praw do kodów źródłowych w stosunku do systemu).

2. Zasady współdziałania stron w ramach umowy

Strony, w ramach łączącego je stosunku prawnego, powinny precyzyjnie określić zasady ich współdziałania w celu realizacji przedmiotu umowy. Zapisy dotyczące obowiązku współpracy stron obejmują zazwyczaj zobowiązania Zamawiającego do podejmowania działań, które są konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy przez Wykonawcę. Do zobowiązań takich zaliczyć można w szczególności **zapewnienie przez Zamawiającego odpowiedniego sprzętu i urządzeń** (w przypadku umów IT w szczególności sprzętu komputerowego i infrastruktury teleinformatycznej, chyba że jest to przedmiotem tego samego zamówienia i umowy), w oparciu o które funkcjonować ma wdrażany system informatyczny; **zapewnienie odpowiedniego wsparcia własnych pracowników (personelu)**; czy też **dostarczanie informacji** mających znaczenie dla wykonania umowy.

Obowiązek współpracy powinien być w tym zakresie ograniczony do podejmowania działań związanych z pracami nad przedmiotem umowy, tj. niezbędnych w tym zakresie (przy czym rekomendować należy uzupełnienie tej generalnej reguły poprzez wprowadzenie do umowy przykładowego katalogu zobowiązań Zamawiającego).

Dlatego też, należy unikać formułowania postanowień, które zobowiązują daną Stronę np. do „udzielenia drugiej Stronie wszelkich informacji, o jakie zwróci się druga Strona, w tym do niezwłocznego odpowiadania na wszelkie pytania kierowane do niej przez drugą Stronę” bez odniesienia tych zobowiązań do zakresu związanego z pracami nad przedmiotem umowy. Rekomendowane przy tym jest aby umowa regulowała formę zgłaszania wniosku o udzielenie informacji, jak również nakładała dodatkowe ograniczenia (np. dotyczące konieczności uzasadnienia żądania, czy też wskazania we wniosku konkretnych wymaganych informacji, które powinny być ujawnione). Przykład tego rodzaju klauzuli może brzmieć następująco:

Zamawiający zobowiązany jest do współpracy z Wykonawcą w niezbędnym zakresie, w ramach prac związanych z realizacją przedmiotu Umowy. W powyższym zakresie Zamawiający zobowiązany jest w szczególności do:

- 1) zapewnienia Wykonawcy do dnia [...] Infrastruktury, na której zostanie zainstalowany System oraz świadczone będą usługi na podstawie Umowy;*
- 2) zapewnienia Wykonawcy do dnia [...] dostępności pracowników Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Umowy;*
- 3) bieżącego zapewnienia informacji oraz danych wymaganych przez Wykonawcę, niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy.*

W przypadku niewykonania przez Zamawiającego obowiązków, o których mowa powyżej, Wykonawca jest zwolniony z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, w zakresie w jakim brak powyższych działań Zamawiającego przyczynił się do owego niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy.

Wśród szczegółowych zobowiązań dotyczących współdziałania stron można wskazać również na zapewnienie przez Zamawiającego **dostępu do pomieszczeń oraz / lub własnej infrastruktury informatycznej**. Tego rodzaju rozwiązania mają istotny wpływ na możliwość prawidłowej realizacji umowy przez Wykonawcę. Dostęp ten nie powinien być jednak bezwarunkowy i nieograniczony. Zamawiający powinien zastosować mechanizmy pozwalające na kontrolę sposobu dostępu do pomieszczeń i infrastruktury przez Wykonawcę oraz zapewnić sobie możliwość stosowania własnych regulacji oraz weryfikowania zgodności działań podejmowanych przez Wykonawcę z obowiązującymi przepisami prawa (rozwiązanie to będzie miało szczególne znaczenie, gdy Wykonawca będzie mógł uzyskać dostęp do informacji chronionych w sposób szczególny, np. tajemnic służbowych). W tym zakresie można wskazać następującą przykładową klauzulę.

Ileokroć dla wykonania zobowiązań Wykonawcy niezbędny będzie dostęp do pomieszczeń lub infrastruktury informatycznej Zamawiającego, udzielenie takiego dostępu osobom, za pomocą których Wykonawca wykonuje



swoje zobowiązania może być uzależnione od spełnienia dodatkowych wymogów wynikających z załączonych do Umowy lub przekazanych Wykonawcy w okresie obowiązywania Umowy procedur wewnętrznych Zamawiającego lub z obowiązujących przepisów prawa, z uwzględnieniem ich zmian w trakcie realizacji Umowy. W takim wypadku Zamawiający poinformuje Wykonawcę o konieczności spełnienia powyższych wymogów przed rozpoczęciem wykonywania usług, a także o wszelkich powstałych w trakcie realizacji Umowy zmianach w procedurach wewnętrznych Zamawiającego, o których mowa powyżej, oraz udzieli niezbędnej pomocy w celu umożliwienia takim osobom ich spełnienia.

Zamawiający powinien także przewidzieć w umowie **dostęp zdalny** do infrastruktury Zamawiającego oraz do systemu informatycznego (np. na etapie świadczenia usług serwisowych). Również w takim przypadku należy wprowadzić mechanizm pozwalający na kontrolę działań Wykonawcy przez Zamawiającego. Zalecane jest więc zastosowanie formalnych wymogów uzyskiwania zgody na działania w tym zakresie. Przykładowo można wprowadzić następujący zapis:

W przypadku realizacji pewnych czynności w ramach Umowy poprzez dostęp zdalny, Kierownik Projektu ze strony Wykonawcy zobowiązany jest uzyskać pisemną zgodę Kierownika Projektu ze strony Zamawiającego na takie działania w terminie [...] od złożenia wniosku, określając zakres i czas czynności wykonywanych zdalnie.

Istotne w tym kontekście są również zobowiązania Wykonawcy do prowadzenia prac w ramach realizacji umowy w sposób, który zapewni możliwość **dalszego korzystania – w trakcie prac wdrożeniowych - przez Zamawiającego z oprogramowania, które funkcjonowało u niego dotychczas oraz będzie ograniczał zakłócenia w korzystaniu z tego oprogramowania**. Zapisy te mają szczególne znaczenie w odniesieniu do migracji danych z funkcjonujących dotąd u Zamawiającego programów komputerowych (aplikacji) do wdrażanego systemu informatycznego. Przykładowy zapis może mieć następujące brzmienie:

Przeprowadzenie przez Wykonawcę prac w ramach Wdrożenia, w szczególności migracja danych z aplikacji (programów komputerowych) wskazanych w treści Umowy do Systemu, będzie odbywało się w sposób:

- 1) ograniczający zakłócenia ciągłej i stabilnej pracy w ramach aplikacji,*
- 2) zapewniający bezpieczeństwo, integralność, poufność oraz bezpieczeństwo przetwarzanych danych, w zakresie określonym w Umowie.*

Współdziałanie stron umowy powinno także dotyczyć możliwości **ewidencjonowania oraz dokumentowania prac** realizowanych na podstawie umowy, jeśli rozwiązanie takie zostało przyjęte w umowie. W tym zakresie strony powinny przekazywać sobie informacje potrzebne do sporządzenia odpowiednich dokumentów (okresowych raportów) potwierdzających wykonanie określonych elementów przedmiotu umowy. Przykładowa klauzula w tym zakresie może mieć następujący kształt:

Po zakończeniu każdego dwutygodniowego okresu pracy Kierownik Projektu ze strony Wykonawcy sporządzi



Raport Okresowy potwierdzający wykonane działania Wykonawcy i Zamawiającego. Kierownik Projektu ze strony Zamawiającego udzieli Kierownikowi Projektu ze strony Wykonawcy niezbędnych informacji w zakresie i terminie umożliwiającym sporządzenie takiego raportu.

Na pisemne żądanie Zamawiającego, zgłoszone przez Kierownika Projektu Zamawiającego Kierownikowi Projektu Wykonawcy, Wykonawca zobowiązuje się udzielać wyczerpujących wyjaśnień dotyczących postępów prac nad wykonaniem przedmiotu Umowy, dotyczących kwestii nieuwzględnionych w Raporcie Okresowym w terminie [...] dni.

3. Obowiązki informacyjne

Prawidłowe wykonanie umowy IT przez strony uzależnione jest także w dużej mierze od ich wiedzy na temat potencjalnych przeszkód, które mogą wystąpić w trakcie realizacji jej przedmiotu, w tym o zagrożeniach, które pojawiają się już w toku prac nad wykonaniem przedmiotu umowy. Zazwyczaj dochodzi do sytuacji, gdy tylko jedna ze stron wchodzi w posiadanie tego rodzaju wiedzy. Dlatego też, dobrą praktyką jest uregulowanie w umowie obowiązków wzajemnego informowania się stron o wszelkiego rodzaju okolicznościach, które w ocenie danej strony będą mieć wpływ na sposób świadczenia usług wynikających z umowy. Co więcej, obowiązek informacyjny powinien dotyczyć również konieczności wzajemnego powiadamiania się przez strony o każdym znanym im przypadku naruszenia postanowień umowy. Zamawiający w opracowywanym przez siebie IPU może także wprowadzić obowiązki informacyjne dotyczące np. zmian dokumentacji wewnętrznej, które mogą mieć wpływ na realizację umowy. Zamawiający może więc przewidzieć np., że:

W toku wykonywania przedmiotu Umowy, każda ze Stron zobowiązana jest na bieżąco informować drugą Stronę o wszelkich znanych jej zagrożeniach, trudnościach czy przeszkodach związanych z wykonywaniem Umowy, w tym także znanych jej okolicznościach leżących po stronie drugiej Strony, które w ocenie tej Strony będą mieć wpływ na jakość, termin wykonania bądź zakres prac.

Strony zobowiązane są również na bieżąco informować się wzajemnie o wszelkich znanych im przypadkach naruszania postanowień Umowy i standardów projektowych, które mają zastosowanie do przedmiotu Umowy.

Częstą praktyką jest wprowadzanie do umowy zapisów dotyczących konsekwencji dla istnienia stosunku prawnego i realizacji umowy w przypadku wystąpienia siły wyższej (np. zawieszenie świadczenia usług na podstawie umowy). Ponieważ konsekwencje te mogą być często daleko idące, strony powinny wprowadzić mechanizm zobowiązujący je do wzajemnego informowania się o wystąpieniu okoliczności, które zgodnie z umową interpretowane powinny być jako wystąpienie siły wyższej. Powiadomienie może zawierać także dodatkowe informacje pozwalające ocenić stronom konsekwencje wystąpienia siły wyższej i wypracować scenariusz dalszej współpracy w tym zakresie. Klauzula taka może brzmieć np. w następujący sposób:

Jeżeli Siła Wyższa spowoduje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy przez Stronę, to:

1) Strona ta niezwłocznie zawiadomi drugą Stronę o powstaniu tego zdarzenia, a ponadto będzie informować

drugą Stronę o istotnych faktach mających wpływ na przebieg takiego zdarzenia, w szczególności o przewidywanym terminie jego zakończenia i o przewidywanym terminie podjęcia wykonywania zobowiązań z Umowy, oraz o zakończeniu tego zdarzenia, w miarę możliwości przedstawiając dokumentację w tym zakresie. W przypadku, gdy zdarzenie siły wyższej uniemożliwia zawiadomienie, o którym mowa powyżej, wówczas Strona dotknięta stanem siły wyższej powiadomi drugą Stronę o wystąpieniu siły wyższej niezwłocznie po jej ustaniu;

2) Strony uzgodnią sposób postępowania wobec tego zdarzenia oraz sposób usuwania skutków tego zdarzenia.

Przy czym, strony powinny określić sposób, w jaki obowiązek informacyjny ma być realizowany. Należy więc określić w szczególności formę i terminy, w jakich strony są zobligowane przekazywać sobie informacje. Mechanizm taki może być autonomiczny w stosunku do innych postanowień umownych (np. „*Informacje te powinny być przekazywane na piśmie Kierownikom Projektu Stron*”) lub też możliwe jest odwołanie się w tym zakresie do innych postanowień regulujących sposób wzajemnego powiadamiania się stron, np. rozdziału dotyczącego ogólnych zasad porozumiewania się stron w ramach realizacji przedmiotu umowy (np. „*Informacje te powinny być przekazywane na zasadach określonych w § [...]*”).

4. Metodyka realizacji umowy

Sukces realizacji projektu – na który składają się zarówno cele biznesowe, jak i projektowe Zamawiającego – zależy w dużym stopniu od postępowania stron umowy według określonego sposobu działania, tzw. metodyki. Zastosowanie określonej metodyki w ramach projektu może prowadzić do podniesienia jakości usług oferowanych Zamawiającym oraz obniżenia kosztów wdrożenia i użytkowania systemów informatycznych.

Jak zostało już wskazane, udane wdrożenie systemu jest zależne od wielu czynników, spośród których część leży po stronie Zamawiającego (np. współdziałanie z Wykonawcą oraz przekazywanie mu niezbędnych informacji), część natomiast po stronie Wykonawcy (np. kompetencje oraz doświadczenie w realizacji projektów w branży IT). Do kluczowych czynników należy również sposób realizowania projektów (tzw. metodyka wdrożeniowa).

Wśród zalet wykonywania przedmiotu umowy według określonej metodyki można wskazać:

- możliwość wczesnej diagnozy i analizy potrzeb i wymagań;
- możliwość dokładnego określenia realnego budżetu i czasu wdrożenia;
- skrócenie czasu wdrożenia, między innymi w wyniku krótszego okresu koniecznego wsparcia po uruchomieniu systemu;
- korzyści dla uczestników wdrożenia - stawiane im zadania oraz zakres prac są z góry określone i przewidywalne;
- kontrolę nad budżetem wdrożenia systemu wynikającą z podziału realizacji na etapy / fazy wdrożenia i terminowego realizowania kolejnych etapów / faz.



Zastosowanie metodyki realizacji umowy powinno mieć na celu przede wszystkim zarządzanie projektem według najlepszych praktyk, wykorzystanie specyfiki branżowej IT oraz zwiększenie bezpieczeństwa projektu. Realizacja tych celów uzależniona jest od wprowadzenia procedur związanych z **planowaniem i komunikacją pomiędzy stronami umowy** (w tym zakresie możliwe jest m.in. wprowadzenie struktury organizacyjnej umowy, określenie zadań oraz statusu projektu, zdefiniowanie obowiązków po stronie Wykonawcy i Zamawiającego, zarządzanie zmianami organizacyjnymi itp.), a także **kontrolą przebiegu projektu oraz uporządkowanym podziałem na etapy / fazy projektu** (w tym zakresie można wprowadzić procedurę kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac w ramach projektu, określić specyfikacje zadań do realizacji, wskazać rzeczywiste produkty wdrożenia, określić procedury odbioru etapów / faz oraz produktów wdrożenia itp.).

Zasadą jest, że Zamawiający mogą domagać się realizacji wdrożenia zgodnie z określoną metodyką, o ile – w stanie faktycznym danego wdrożenia systemu IT – nie narusza to zasad uczciwej konkurencji.

A. Struktura organizacyjna umowy

W celu wykonywania i zarządzania pracami objętymi przedmiotem umowy IT (w szczególności umowy wdrożeniowej), strony decydują się często powołać strukturę organizacyjną, której członkowie działają w charakterze przedstawicieli danej strony, w granicach kompetencji określonych umową (i / lub pełnomocnictwem). Istotne jest, aby osoby te wyposażono w stosowne pełnomocnictwa, jak również, aby posiadały one wymagane kompetencje do pełnienia określonych funkcji. W kontekście zakresu powierzonych zadań, członkowie struktury organizacyjnej powinni być w szczególności odpowiedzialni za komunikację, opracowanie planu działania i jego konsekwentną realizację na każdym etapie projektu. Warto przy tym podkreślić, że składają oni nie tylko oświadczenia wiedzy (np. zgłoszenie usterki), ale i oświadczenia woli (np. zmiana harmonogramu bazowego, odbiór prac wdrożeniowych etc.) w takim przypadku pełnomocnictwo powinno zawierać wskazanie zakresu umocowania.

Liczba osób składających się na strukturę organizacyjną może być różna i powinna być dostosowana do zakresu i przedmiotu umowy. Przykładowo, struktura taka może składać się – w przypadku umowy wdrożeniowej – z Komitetu Sterującego, Kierowników Projektu oraz Zespołu Wdrożeniowego (możliwe jest wprowadzenie dodatkowych organów, takich jak np. Przewodniczący Komitetu Sterującego czy Kierownik Zespołu Wdrożeniowego itp.):

- Komitet Sterujący – to zespół sprawujący nadzór nad kierunkiem i postępem prac oraz podejmujący kluczowe decyzje, zgodnie z procedurami opisanymi w umowie. Komitetem Sterującym może zarządzać Przewodniczący Komitetu Sterującego;
- Kierownicy Projektu – to osoby wyznaczone przez (niezależnie) Zamawiającego i Wykonawcę, odpowiedzialne za realizację celów wdrożenia;
- Zespół Wdrożeniowy – to zespół składający się z pracowników Zamawiającego współpracujących z Wykonawcą przy realizacji wdrożenia. Zespołem Wdrożeniowym może zarządzać Kierownik Zespołu Wdrożeniowego.



Istotne jest również uregulowanie mechanizmów decyzyjnych i eskalacji problemów w strukturze organizacyjnej. Możliwe jest zarówno wprowadzenie procedury polegającej na głosowaniu i konieczności uzyskania odpowiedniej liczby (stosunku) głosów dla podjęcia jakiejś decyzji, jak i modelu opierającego się na konsensusie, a więc zgodzie wszystkich przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Przykładowe klauzule w tym zakresie mogą brzmieć:

Przykład 1

Komitet Sterujący podejmuje decyzje na zasadzie konsensusu, przy obecności co najmniej połowy członków Komitetu Sterującego z każdej ze Stron, a nie głosowania; w przypadku braku możliwości uzyskania wspólnego stanowiska, Komitet Sterujący przekazuje podmiotom uprawnionym do reprezentowania Stron sprawę do rozstrzygnięcia. Powzięte przez podmioty uprawnione do reprezentowania Stron rozstrzygnięcie jest wiążące dla Komitetu Sterującego.

Przykład 2

Uchwały Komitetu Sterującego zapadają bezwzględną większością głosów członków, przy obecności co najmniej połowy członków Komitetu Sterującego każdej ze Stron. Uchwały Komitetu Sterującego dotyczące Odbiorów, w szczególności dotyczące przyjęcia, odrzucenia lub uzależnienia przyjęcia Rezultatów Prac od dokonania określonych zmian, zapadają jednogłośnie, przy obecności co najmniej połowy członków Komitetu Sterującego ze strony Zamawiającego. W przypadku braku możliwości uzyskania wymaganego kworum, Przewodniczący Komitetu Sterującego lub inna osoba wskazana przez Zamawiającego jest uprawniona do dokonania odbioru po stronie Zamawiającego.

Strony powinny w umowie przewidzieć również procedurę zmiany członków poszczególnych struktur (np. Komitetu Sterującego). Mechanizm ten powinien z jednej strony pozwalać na w miarę elastyczne zmiany personalne, w szczególności w przypadku, gdy brak możliwości dalszego wykonywania działań danej osoby w ramach konkretnej struktury organizacyjnej wynika z okoliczności obiektywnych. Z drugiej strony, umowa powinna również zapewniać stabilność składu osobowego zespołu, szczególnie po stronie Wykonawcy (wymóg ten może mieć szczególne znaczenie w kontekście przepisów p.z.p. dotyczących zarządzania zmianami umowy, w tym zakresie por. rozdział VI analizy). Zasada stabilności składu osobowego zespołu doznaje jednak wyjątków, w sytuacji gdy zmiany są uzasadnione. Postanowienie umowne regulujące tę kwestię może brzmieć np.:

Każda ze Stron ma prawo do zmiany w każdym czasie reprezentujących ją osób wchodzących w skład struktury organizacyjnej Wdrożenia. Powyższa zmiana dla swej ważności wymaga jedynie pisemnego powiadomienia drugiej Strony. o ile w powiadomieniu, wskazanym powyżej, nie został określony późniejszy termin, to zmiana obowiązuje niezwłocznie po zawiadomieniu drugiej Strony. Jednakże powiadomienie o zmianie takiej osoby będzie w każdym wypadku doręczone drugiej Stronie przed chwilą rozpoczęcia wykonywania obowiązków przez nową osobę. W przypadku zastąpienia członka struktury organizacyjnej Wdrożenia, w odniesieniu do którego Umowa formułuje określone wymagania w zakresie wiedzy, doświadczenia i kompetencji, poprzez inną osobę, osoba ta musi spełniać określone w Umowie wymagania dotyczące wiedzy, doświadczenia i kompetencji oraz danej roli w strukturze organizacyjnej Wdrożenia. Do



czasu doręczenia powiadomienia wszelkie czynności wykonane przez daną osobę w granicach kompetencji określonych Umową, uważa się za skuteczne.

B. Zasady odbiorów

Strony w ramach umowy wdrożeniowej powinny w sposób szczegółowy określić zasady dokonywania odbiorów rezultatów prac wykonanych w ramach wdrożenia. W pierwszej kolejności należy określić, czy odbiór będzie jednorazowy (a więc będzie dotyczył jedynie wdrażanego systemu informatycznego w całości), czy też realizacja projektu będzie podzielona na etapy, według ustalonego harmonogramu, a odbiory będą dotyczyły poszczególnych elementów / etapów wdrożenia (tzw. odbiory sukcesywne). Przy obszernych projektach uzasadnione jest dzielenie wykonania przedmiotu umowy na etapy oraz składające się na nie fazy wdrożenia. W tym przypadku dla każdej zakończonej fazy / etapu strony powinny przewidzieć procedurę jej odbioru. Zakończenie całego projektu powinno wiązać się natomiast z odbiorem końcowym systemu. Przy przyjęciu tego ostatniego rozwiązania, istotne jest określenie skutków odbiorów sukcesywnych (częstkowych). Dobrą praktyką jest w związku z tym ustalenie, że Zamawiający może jedynie wyjątkowo domagać się wprowadzenia zmian do – już odebranej – części wdrożenia (np. w sytuacji, gdy później przeprowadzone testy integracyjne dadzą wynik negatywny).

Zamawiający powinien przy tym przewidzieć jednakowy mechanizm odbioru w każdym przypadku, lub też zróżnicować jego zasady w zależności od tego, co jest przedmiotem odbioru (różnice te mogą dotyczyć np. terminów, w jakich Zamawiający powinien zgłaszać zastrzeżenia, czasu w jakim Wykonawca powinien dokonać wymaganych poprawek itp.):

Zamawiający dokonywać będzie odbiorów wykonanych w ramach Wdrożenia prac oddzielnie dla poszczególnych:

- 1) Fazy, na zasadach określonych w ust. [...];*
- 2) Etapów, na zasadach określonych w ust. [...];*

oraz całościowo – w stosunku do Systemu – w ramach Odbioru Końcowego.

Zamawiający powinien jednoznacznie określić, w którym momencie dochodzi do odebrania danej fazy / etapu lub całego systemu. Odbiór danej fazy / etapu powinien być potwierdzony protokołem odbioru, którego wzór stanowi załącznik do umowy:

Odbiór Fazy / Etapu / Końcowy nastąpi z chwilą podpisania przez Strony sporządzonego w dwóch egzemplarzach Protokołu Odbioru zgodnie ze wzorem, stanowiącym Załącznik nr [...] do Umowy, zawierającego stwierdzenie, że Zamawiający przyjmuje Fazę / Etap / System bez zastrzeżeń. Protokół Odbioru sporządzany jest w formie pisemnej, zastrzeżonej pod rygorem nieważności.

Możliwe jest także wprowadzenie dodatkowych warunków dla możliwości dokonania odbioru:

Dla uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych Strony postanawiają, że przekazanie przez Wykonawcę zgodnej z Umową Dokumentacji oraz kodów źródłowych, w zakresie określonym Umową, jest warunkiem podpisania



przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Fazy / Etapu oraz odpowiednio Protokołu Odbioru Końcowego.

W przypadku wdrażania systemu (w szczególności, gdy Zamawiający przyjmie jako warunek odbioru kryteria jakościowe) podpisanie protokołu powinno zostać poprzedzone fazą testów. Testowanie oprogramowania jest istotnym elementem wdrożenia, który powinien znaleźć się w projekcie umowy. Testy powinny mieć na celu sprawdzenie systemu i jego zgodności ze specyfikacją i wymaganiami wskazanymi w umowie przy użyciu określonych w umowie kryteriów odbioru. Poza testami wykonanymi przez Wykonawcę (przy czym Zamawiający powinien mieć prawo uczestniczenia w nich) Zamawiający powinien mieć także uprawnienie do przeprowadzenia uzgodnionych przez strony własnych testów Zamawiającego, których scenariusze mogą być przygotowane przez Zamawiającego lub podmioty trzecie.

Przykładowe klauzule w tym zakresie mogą mieć następujące brzmienie:

Protokół Odbioru zostanie podpisany pod warunkiem pozytywnego zakończenia procesu sprawdzenia obejmującego wszelkie niezbędne, uzgodnione przez Strony Testy (tj. operacje, których celem jest potwierdzenie realizacji przez System w sposób prawidłowy (w szczególności stabilny) funkcjonalności Systemu, przy zachowaniu określonej w Umowie wydajności, dostępności i bezpieczeństwa) i próby funkcjonowania Systemu oraz pod warunkiem zgodności Systemu i dostarczonej Dokumentacji z Umową, SIWZ, Specyfikacją Systemu oraz Analizą Przedwdrożeniową.

Niezwłocznie po zakończeniu prac w ramach danej Fazy / Etapu Kierownik Projektu ze strony Wykonawcy powiadomi Kierownika Projektu ze strony Zamawiającego o gotowości do przeprowadzenia Testów przez Wykonawcę w obecności Zamawiającego. Niezależnie od powyższego, Zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia własnych, uzgodnionych przez Strony testów.

Zamawiający w ramach i terminach odbiorów ma prawo przeprowadzić własne, uzgodnione z Wykonawcą, niezależne próby i testy, także korzystając z pomocy osób trzecich. Koszty związane z powyższymi próbami i testami ponosi Zamawiający. Zamawiający zobowiązany jest do przekazania Wykonawcy opisu procedury testowania oraz wyników przeprowadzonych przez Zamawiającego Testów.

Po przekazaniu przez Wykonawcę kolejnej fazy / etapu do odbioru, po przeprowadzeniu przez niego testów, Zamawiający powinien ewentualnie zapewnić sobie możliwość weryfikacji przedstawionej do odbioru fazy / etapu. Weryfikacja ta – w przypadku stwierdzenia uchybień i zgłoszenia zastrzeżeń przez Zamawiającego – może być przeprowadzona wielokrotnie (strony powinny jednak określić, ile razy procedura może zostać powtórzona). Klauzula taka może brzmieć np. w następujący sposób:

W terminach wynikających z harmonogramu Zamawiający dokona sprawdzenia przedstawionej do odbioru Fazy / Etapu (weryfikacji) i w przypadku:

- 1) nie zgłoszenia żadnych uwag w zakresie niezgodności przed stawionej Fazy / Etapu z kryteriami odbioru określonymi w Umowie – Kierownik Projektu ze strony Zamawiającego podpisze Protokół Odbioru Fazy / Etapu i prześle jeden z egzemplarzy Wykonawcy. W takim przypadku Strony uznają, że dana Faza / Etap została wykonana należyście w terminie jej przekazania do odbioru,*

2) stwierdzenia nieprawidłowości lub wad danej Fazy / Etapu polegających na jej niezgodności w kryteriach odbioru określonych w Umowie – Zamawiający zgłosi Wykonawcy swoje uwagi określając stwierdzone niezgodności Fazy / Etapu z kryteriami odbioru określonymi w Umowie. W razie wątpliwości Wykonawca ma prawo wystąpić do Zamawiającego o dodatkowe wyjaśnienia. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić uwagi Zamawiającego i przekazać poprawioną Fazę / Etap ponownie do odbioru, w terminie [...] dni od otrzymania uwag Zamawiającego (ponowne przekazanie do odbioru).

Zamawiający powinien przewidzieć także konsekwencje sytuacji, gdy przekazana po raz kolejny (np. po dwukrotnym zgłoszeniu uwag przez Zamawiającego) do odbioru faza / etap w dalszym ciągu zawiera uchybienia. W skrajnych przypadkach Zamawiający powinien w takim przypadku mieć możliwość wypowiedzenia umowy (lub ewentualnie odstąpienia od niej w części niewykonanej):

Jeżeli Zamawiający, na podstawie określonych w Umowie kryteriów odbioru, uzna, że przekazana przez Wykonawcę ponownie do odbioru poprawiona Faza / Etap w dalszym ciągu nie jest wolna od uprzednio wskazanych nieprawidłowości lub wad, ma prawo skorzystać z przysługujących mu uprawnień do wypowiedzenia Umowy w całości lub w części.

Dobłą praktyką umów wdrożeniowych jest dopuszczenie przez strony możliwości dokonywania tzw. **odbiorów warunkowych** w sytuacji, gdy nieprawidłowości lub wady dotyczące fazy / etapu będącego przedmiotem procedury odbioru są nieistotne dla prawidłowego funkcjonowania konkretnego elementu systemu. Wprowadzenie tego rodzaju rozwiązania pozwala realizować umowę w sposób bardziej elastyczny, a tym samym nie wstrzymywać dalszych prac w ramach projektu, jeżeli nie jest to konieczne. Potrzeba wprowadzenia takiego postanowienia umownego może pojawić się np. w sytuacji, gdy wdrażany system ma służyć do obsługi nowego zadania, które na podstawie przepisów prawa Zamawiający powinien realizować od określonej daty kalendarzowej. Limitując ryzyko związane z ewentualnym opóźnieniem wdrożenia, Zamawiający może zgodzić się na start produktywny systemu IT pod warunkiem, że w okresie stabilizacji wszystkie usterki zostaną usunięte i następnie dokonany zostanie odbiór końcowy systemu IT. Przykładowa klauzula w tym zakresie może brzmieć:

Strony umowy mogą w pewnych przypadkach dokonać Odbioru Warunkowego. Odbiór Warunkowy jest dopuszczalny jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający stwierdzi, że dostrzeżone uchybienia są nieistotne z punktu widzenia poprawności wykonania przedmiotu Umowy i mogą być zrealizowane w terminie późniejszym zgodnie z postanowieniami Warunkowego Protokołu Odbioru (tj. protokołu sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr [...] do umowy z uwagą, że odbiór ma charakter warunkowy).

Zamawiający powinien uregulować także kwestię tzw. **odbioru milczącego**, tj. sytuacji gdy Zamawiający nie dokonuje odbioru w terminie wyznaczonym w umowie, ani też nie zgłasza uwag oraz nie odmawia odebrania konkretnej fazy / etapu lub całego systemu. Strony powinny więc określić konsekwencje tego rodzaju braku działania Zamawiającego i określić procedurę postępowania w takim przypadku. Przykładowy mechanizm w tym zakresie może mieć następujący kształt:

Brak reakcji ze strony Zamawiającego określonej w procedurze odbiorów w terminach dla niego przewidzianych nie oznacza milczącej zgody Zamawiającego na przyjęcie dzieła. W takim przypadku Kierownik Projektu ze strony Wykonawcy jest uprawniony do złożenia wniosku o zwołanie posiedzenia Komitetu Sterującego. Komitet Sterujący zbierze się w ciągu [...] dni od złożenia wniosku. Jeżeli w okresie [...] dni od złożenia wniosku, Komitet Sterujący nie podejmie stosownej uchwały w przedmiocie przyjęcia dzieła, nastąpi rozliczenie wynagrodzenia należnego za daną Fazę / Etap tak jakby odbiór tej Fazy / Etapu został dokonany przez Zamawiającego.

Kluczowe dla realizacji projektu jest przeprowadzenie procedury **odbioru końcowego systemu** informatycznego. Dokonanie odbioru końcowego powinno mieć miejsce w wyznaczonym w umowie terminie (który może być ustalony poprzez wskazanie konkretnej daty lub liczony w miesiącach od dnia podpisania umowy) oraz powinno być uzależnione od pozytywnej weryfikacji funkcjonowania całego systemu podczas tzw. okresu stabilizacji:

Odbiór Końcowy nastąpi w terminie nie później niż [...] miesiące od dnia podpisania Umowy, po dokonaniu odbioru wszystkich Etapów oraz po przeprowadzeniu przez Zamawiającego procesu sprawdzenia obejmującego wszelkie określone w Umowie Testy i próby funkcjonowania Systemu (Okres Stabilizacji). Okres Stabilizacji wynosić będzie nie więcej niż [...] miesiące, licząc od momentu odebrania przez Zamawiającego ostatniego z Etapów przewidzianych w Umowie. Zakończenie Okresu Stabilizacji mieścić będzie się w terminie [...] miesięcy od dnia podpisania Umowy.

C. Kontroler jakości / zewnętrzny audyt

W celu usprawnienia dokonywanej podczas odbiorów kontroli jakości i metod prowadzenia prac w ramach realizacji przedmiotu umowy, Zamawiający może przewidzieć w umowie prawo skorzystania przez Zamawiającego z usług podmiotu trzeciego, tj. kontrolera jakości lub zewnętrznego audytora. Kontroler jakości powinien współpracować z określonymi podmiotami po stronie zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawcy (np. z Kierownikiem Projektu Zamawiającego i Wykonawcy), a także powinien zobowiązać się do zachowania poufności informacji uzyskanych w ramach lub w związku z kontrolą. Podmiot ten, w ramach dokonywanych przez Zamawiającego odbiorów, może odpowiadać za systematyczną weryfikację architektury i funkcjonalności powstającego rozwiązania ze względu na:

- przyjęte w umowie założenia wyjściowe architektury projektu;
- bieżące, uzgodnione przez strony, zmiany uwarunkowań istotnych dla projektu;
- wymagane zgodnie z umową powiązania wdrażanego rozwiązania z innymi systemami;
- przyjęte przez strony normy jakości wynikające z polityki jakości stosowanej w projekcie oraz normy jakości definiowane w umowie przez Zamawiającego.

Strony powinny dążyć do zagwarantowania bezwzględnej bezstronności podmiotu pełniącego funkcję kontrolera / audytora. Wprowadzenie do umowy mechanizmu pozwalającego na dokonanie w tym przedmiocie jednostronnej decyzji przez Zamawiającego może mieć negatywny wpływ na obiektywizm przeprowadzonej kontroli (w szczególności

w przypadku, gdy wybór kontrolera / audytora następuje spośród firm konkurujących z Wykonawcą). Należy zatem rekomendować zastosowanie rozwiązania, zgodnie z którym:

- osoba kontrolera jest znana w chwili wszczęcia postępowania lub
- Wykonawca ma wpływ na wybór podmiotu kontrolującego (np. Zamawiający ma możliwość wyboru spośród kilku kandydatur przedstawionych przez Wykonawcę).

Przykładowa klauzula dotycząca możliwości skorzystania z usług kontrolera jakości może brzmieć:

Zamawiający zastrzega sobie prawo skorzystania w trakcie odbiorów przedmiotu Umowy z usług Kontrolera Jakości celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową (Quality Control) oraz wsparcia członków struktury organizacyjnej ze strony Zamawiającego. W celu wyznaczenia Kontrolera Jakości, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu listę kandydatur, obejmującą co najmniej [...] podmiotów profesjonalnie zajmujących się kontrolą jakości i prawidłowości wdrożeń IT, spośród których Zamawiający wybierze Kontrolera Jakości. Wybór powinien nastąpić w ciągu [...] dni od przekazania Zamawiającemu ww. listy. Zamawiający zobowiąże wskazanego powyżej Kontrolera Jakości do zachowania poufności na zasadach określonych w umowie w odniesieniu do wszystkich informacji, w jakich posiadanie wejdzie on w związku z prowadzonymi przez siebie czynnościami oraz do niewykorzystywania tych informacji w celu innym niż wykonanie na rzecz Zamawiającego analizy produktów przedstawionych do odbioru. Zamawiający odpowiada za działania i zaniechania Kontrolera Jakości jak za własne działania i zaniechania.

Dobłą praktyką w tym zakresie jest, aby kontroler jakości był podmiotem profesjonalnie wykonującym tego rodzaju usługi w branży IT:

Strony zgodnie postanawiają, że Zamawiający wybierze Kontrolera Jakości spośród podmiotów profesjonalnie zajmujących się kontrolą jakości w tego rodzaju projektach.

Istotne jest również zobowiązanie Wykonawcy do współpracy, i określenie zakresu tej współpracy, z kontrolerem jakości:

Kontrolerowi Jakości, posiadającemu pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia odbioru Rezultatów Prac przedstawionych do odbioru oraz udostępnić i zaprezentować te rezultaty wykonanych prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli zgodnie z ustalonymi przez Strony kryteriami i procedurami odbioru oraz podjąć z Kontrolerem Jakości współpracę w innym, niezbędnym zakresie odrębnie uzgodnionym przez Strony.

D. Podwykonawstwo

Wykonawcy umów IT często korzystają z usług podwykonawców podczas realizacji przedmiotu umowy. Uprawnienie takie po stronie Wykonawców wynika z art. 36a ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W przypadku, gdy podwykonawca jest jednocześnie podmiotem, na którego zasoby Wykonawca powołuje się celem wykazania warunków udziału w postępowaniu,



podwykonawcą nie może być podmiot wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 p.z.p. (byłoby to obejście art. 24 p.z.p.).

Zgodnie z art. 36a ust. 2 p.z.p. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawę, przy czym takie zastrzeżenie nie jest skuteczne w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b p.z.p. W celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 p.z.p. Są to jedyne przypadki, w których Zamawiający może żądać od Wykonawcy osobistego (samodzielnego) realizowania umowy, gdyż zasadą prawa zamówień publicznych jest możliwość korzystania przez Wykonawcę ze świadczeń podwykonawców.

Mając na uwadze treść powołanego art. 36a ust. 2 pkt 1 p.z.p. należy stwierdzić, że w ramach zamówień na usługi IT, w tym usługi wdrożeniowe oraz serwisowe, Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do żądania od Wykonawcy realizacji tych usług osobiście **jednak wyłącznie w zakresie, w jakim zastrzeżenie to dotyczyć będzie kluczowych części zamawianej usługi**. Przepisy p.z.p. nie zawierają definicji pojęcia „kluczowych części zamówienia”. Pojęcie to należy rozumieć jako najważniejszą / najbardziej newralgiczną z punktu widzenia Zamawiającego część zamówienia. Ocena, czy dana usługa ma dla Zamawiającego charakter kluczowy powinna opierać się na analizie specyfiki konkretnego zamówienia publicznego oraz okoliczności jego udzielenia. **Za dobrą praktykę należy uznać szczegółowe określenie przez Zamawiającego usług, które mają być świadczone przez Wykonawcę jego własnymi siłami, tj. bez udziału podwykonawcy.** Postanowienie określające obowiązek Wykonawcy realizowania usług IT osobiście może mieć następujące brzmienie:

„W zakresie Usługi Serwisu oraz Usługi Modyfikacji Wykonawca nie jest uprawniony do korzystania ze świadczeń Podwykonawców. Tym samym, Usługi Serwisu oraz Usługi Modyfikacji Wykonawca zobowiązany jest wykonywać osobiście, bez udziału Podwykonawców.”

Do podwykonawstwa w umowach IT zastosowanie znajduje art. 36b ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b p.z.p., w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 p.z.p., Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. **Wykonawca w trakcie wykonywania zamówienia publicznego może więc zmienić podwykonawcę lub zrezygnować z podwykonawcy.** Jednakże, w takim przypadku w celu zapewnienia należytego wykonania części zamówienia powierzonego podwykonawcy, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, w przypadku zmiany albo rezygnacji z tego podwykonawcy, Wykonawca będzie obowiązany przedłożyć Zamawiającemu dowody potwierdzające, że proponowany inny podwykonawca lub



Wykonawca samodzielnie spełnia te warunki w stopniu nie mniejszym niż wymagane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Wykonywanie zadań wynikających z umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przez podmioty nie będące stroną stosunku umownego (podmioty trzecie) wiąże się z pewnymi ryzykami prawnymi po stronie Zamawiającego. Podwykonawcy nie są bowiem wprost związani warunkami umowy. Dlatego istotne jest, aby Wykonawca zobowiązał się w umowie, że zobliguje podwykonawców do przestrzegania zasad, które wynikają z umowy, w zakresie w jakim będą one dotyczyły tych podwykonawców. Wykonawca powinien ponosić również odpowiedzialność za naruszenia, jakich dopuszczają się podwykonawcy w ramach działań związanych z wykonaniem przedmiotu umowy w takim zakresie jak odpowiada za własne działania i zaniechania. Przykładowe klauzule dotyczące tej problematyki mogą brzmieć:

W każdym wypadku korzystania z usług podwykonawcy Wykonawca nałoży na niego obowiązek przestrzegania zasad i reguł określonych w Umowie, w zakresie w jakim odnoszą się one będą do zakresu prac danego podwykonawcy, pozostając jednocześnie podmiotem odpowiedzialnym za działania i zaniechania swoich podwykonawców związane z wykonywaniem przedmiotu Umowy na zasadach określonych poniżej.

Za działania lub zaniechania podwykonawców, o których mowa w punktach poprzedzających, Wykonawca ponosi odpowiedzialność jak za działania lub zaniechania własne.

Na zakończenie wskazać należy, że do umów IT mogą niekiedy znaleźć zastosowanie przepisy art. 131a-131w p.z.p. dotyczące zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, a w tym przewidziane w tych przepisach szczególne regulacje dotyczące podwykonawstwa (art. 131m-131u p.z.p.). Dotyczyć to będzie jednak wyjątkowych sytuacji, w których usługi IT będą:

- bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów lub sprzętem newralgicznym, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów (art. 131a ust. 1 pkt 3 p.z.p.);
- przeznaczone do celów wojskowych (art. 131a ust. 1 pkt 4 p.z.p.);
- miały charakter newralgiczny (art. 131 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 2 pkt 5c p.z.p.).

5. Informacje poufne / tajemnica przedsiębiorstwa

Ponieważ w ramach realizacji projektu może dochodzić do ujawniania i przekazywania sobie wzajemnie przez strony informacji mających poufny charakter, w tym stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest uregulowanie zobowiązań i uprawnień stron w tym zakresie. W praktyce biznesowej strony podpisują często odrębną umowę o zachowaniu poufności (tzw. *non-disclosure agreement*, *NDA*) regulującą obowiązki i uprawnienia stron w zakresie ujawniania informacji poufnych. W przypadku gdy Zamawiający nie przewiduje zawarcia tego rodzaju umowy, postanowienia te powinny znaleźć się w umowie głównej (np. umowie wdrożeniowej). Strony powinny zobowiązać się do zachowania poufności polegającej na tym, iż nie ujawniają żadnej nieuprawnionej osobie trzeciej informacji poufnych drugiej strony.



Ponadto, zobowiązanie powinno także dotyczyć zakazu wykorzystywania informacji poufnych inaczej niż do celów określonych w umowie.

Strony powinny sprecyzować informacje, które mają być zachowane w poufności. Umowa o zachowaniu poufności może bowiem chronić także informacje, które nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (ustawowa definicja przewiduje, że są to m.in. informacje, które mają wartość gospodarczą, nie są ujawnione do wiadomości publicznej i przedsiębiorca przedsięwziął odpowiednie działania w celu zachowania ich poufności). Konieczne jest jednak precyzyjne wskazanie, jakie informacje powinny być objęte umową. Dobrą praktyką w tym zakresie jest oznaczanie informacji, jakie mają być traktowane jako poufne oraz wskazanie w umowie przykładowych rodzajów informacji, które powinny być traktowane jako informacje poufne.

Informacje Poufne to wszelkie informacje dotyczące drugiej Strony, uzyskane od niej w związku z zawarciem i realizacją Umowy, oznaczone jako poufne, niezależnie od sposobu ich wyrażenia (ustne, pisemne, elektroniczne itd.) oraz nośnika, na którym zostały zapisane. Informacjami Poufnymi będą w szczególności informacje i dokumenty przekazywane przez Strony w celu wykonywania Umowy, jak również informacje i dokumenty, które znalazły się w posiadaniu drugiej Strony w związku z zawarciem oraz / lub wykonywaniem niniejszej Umowy. Informacjami Poufnymi są w szczególności: dane finansowe, informacje organizacyjne, informacje dotyczące produktów informatycznych oraz inne informacje o działalności każdej ze Stron, jak też treść Rezultatów Prac powstałych w wyniku realizacji Umowy.

Strony umowy powinny w sposób precyzyjny określić zobowiązania dotyczące zachowania w poufności wskazanych informacji. Należy także uregulować zasady udostępniania danych podmiotom trzecim, w tym podwykonawcom oraz – gdy ma to znaczenie – np. podmiotom z grupy kapitałowej, do której należy Wykonawca. W tym zakresie należy przede wszystkim wskazać formę, w jakiej strona ujawniająca może wyrazić zgodę na przekazanie / ujawnienie informacji podmiotom trzecim, a także zakres i zasady przekazywania informacji. Przykładowe klauzule umowne mogą mieć następujący kształt:

Strony zobowiązane są w szczególności do:

- 1) nieujawniania i nierozpowszechniania Informacji Poufnych drugiej Strony oraz niewykorzystywania tych Informacji Poufnych do celów innych niż realizacja Umowy,*
- 2) przechowywania Informacji Poufnych drugiej Strony w sposób uniemożliwiający dostęp do nich osób nieuprawnionych oraz zabezpieczenia Informacji Poufnych drugiej Strony w taki sposób, w jaki Strona zabezpiecza własne Informacje Poufne.*

Informacje Poufne nie będą przez żadną ze Stron ujawniane, rozpowszechniane i udostępniane w jakikolwiek sposób osobom trzecim, bez wyraźniej pisemnej zgody drugiej Strony. Nie dotyczy to jednakże ujawniania Informacji Poufnych podmiotom współpracującym ze Stroną przy realizacji Umowy – w zakresie niezbędnym do zawarcia i realizacji Umowy, oraz audytorom i doradcom prawnym Stron, o ile zobowiążą się oni do zachowania poufności przekazywanych informacji na warunkach nie gorszych niż wynikające z Umowy.

Strony uprawnione są do przekazywania Informacji Poufnych swoim pracownikom oraz Wykonawca jest



uprawniony do przekazywania Informacji Poufnych podwykonawcom, gdy jest to konieczne do wykonania Umowy. Każda ze Stron ponosi odpowiedzialność za naruszenie zasad poufności przez powyższe podmioty, którym przekazała Informacje Poufne, jak za własne działania bądź zaniechania.

W przypadku korzystania przez Wykonawcę z podwykonawców rekomendowane jest wprowadzenie do umowy dodatkowych wymogów zachowania informacji poufnych Zamawiającego przez podwykonawców oraz zobowiązań Wykonawcy w tym zakresie:

W każdym przypadku, w którym podwykonawca lub osoby, za pomocą których wykonuje on zobowiązania za Wykonawcę mógłby uzyskać dostęp do Informacji Poufnych Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest nałożyć na niego zobowiązanie do zachowania takich informacji w poufności w zakresie nie mniejszym niż wynikający z niniejszej Umowy.

Obowiązek zachowania poufności nie powinien jednak mieć charakteru bezwzględnego. Strony powinny przewidzieć przypadki, gdy ujawnienie informacji nie będzie stanowiło naruszenia umowy, wśród których można wymienić:

Obowiązek zachowania poufności nie dotyczy Informacji Poufnych:

- 1) których ujawnienie jest wymagane przez bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa,*
- 2) których ujawnienie następuje na żądanie podmiotu uprawnionego do kontroli, pod warunkiem, że podmiot ten został poinformowany o poufnym charakterze informacji,*
- 3) które są powszechnie znane,*
- 4) opracowanych niezależnie przez Stronę otrzymującą daną informację,*
- 5) w których posiadanie Strona weszła zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, przed dniem uzyskania takich informacji na podstawie niniejszej Umowy,*
- 6) dotyczących faktu zawarcia Umowy oraz jej postanowień szczególnych, których ujawnienie następuje na żądanie podmiotu prowadzącego audyt lub świadczącego pomoc prawną pod warunkiem, że podmiot ten został poinformowany o poufnym charakterze informacji.*

Konieczność ujawnienia informacji, które strony uznały za poufne, może wynikać z orzeczeń sądów lub organów administracyjnych, lub też z obowiązujących przepisów prawa. W takim przypadku strony powinny jednak przewidzieć dodatkowe wzajemne obowiązki informacyjne:

W wypadku, gdy Strona zostanie zobowiązana nakazem sądu bądź organu administracji publicznej do ujawnienia Informacji Poufnych albo konieczność ich ujawnienia będzie wynikała z przepisów prawa, zobowiązuje się poinformować odbiorcę Informacji Poufnych o ich poufnym charakterze.

Strony powinny przewidzieć, że zobowiązania stron do zachowania informacji w poufności będą obowiązywały także przez pewien czas po ustaniu stosunku umownego:

Zobowiązania Stron wynikające z niniejszego paragrafu wiążą Strony również w przypadku wykonania,



wygaśnięcia lub rozwiązania Umowy, przez okres ... lat od wykonania, wygaśnięcia lub rozwiązania Umowy.

6. Dane osobowe

W ramach realizacji umów IT częstym przypadkiem jest brak odpowiedniego uregulowania zasad, na jakich dochodzi do powierzenia / podpowierzenia przetwarzania danych osobowych przez Zamawiającego. W przypadku, gdy wykonanie przedmiotu umowy wymaga dostępu Wykonawcy oraz / lub jego podwykonawców do danych osobowych w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych, których administratorem (tj. podmiotem, który decyduje o środkach i celach przetwarzania danych) jest Zamawiający, strony zobowiązane są zawrzeć stosowną pisemną umowę regulującą w szczególności cel i zakres przetwarzania powierzonych danych osobowych. Umowa powierzenia może być odrębną umową, lub też umowa IT (np. wdrożeniowa) może zawierać stosowne zapisy w tym zakresie.

Możliwe są dwa przypadki dotyczące konieczności powierzenia przetwarzania danych osobowych:

1. Zamawiający w momencie zawierania umowy wdrożeniowej (lub innej umowy IT) nie wie, czy konieczne będzie w przyszłości powierzenie danych osobowych do przetwarzania. W takim przypadku możliwe jest wprowadzenie do umowy następującego zapisu:

W razie konieczności powierzenia Wykonawcy przetwarzania danych osobowych Strony zobowiązują się do niezwłocznego zawarcia w ramach wynagrodzenia umownego stosownej umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych.

2. Zamawiający już na etapie zawierania kontraktu dotyczącego wdrożenia systemu wie, że dojdzie do przetwarzania danych osobowych Zamawiającego przez Wykonawcę. Strony mogą więc zawrzeć odrębną umowę w tym zakresie lub przewidzieć w umowie IT odpowiednie uregulowania.

W przypadku gdy Zamawiający zdecyduje się na wprowadzenie do umowy IT zapisów dotyczących powierzenia przetwarzania danych osobowych, umowa powinna zawierać co najmniej następujące regulacje:

- **Określenie zakresu danych**, które powierzane są Wykonawcy oraz **wskazanie celów**, dla których Wykonawca uprawniony jest do przetwarzania tych danych:

Zamawiający, dla celów wykonania Umowy przez Wykonawcę, powierza niniejszym przetwarzanie danych osobowych, w stosunku do których jest administratorem, w celu wykonania zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy, w zakresie danych osobowych przetwarzanych z wykorzystaniem Systemu oraz Aplikacji zewnętrznych. Wykonawca może przetwarzać powierzone dane osobowe wyłącznie w zakresie i celu wskazanym powyżej.

- **Zobowiązanie Wykonawcy do przetwarzania danych zgodnie z przepisami obowiązującego prawa oraz postanowieniami umowy.** Strony powinny także



określić szczegółowe obowiązki Wykonawcy związane z przetwarzaniem danych osobowych, w tym m.in. dotyczące warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne Wykonawcy służące do przetwarzania danych osobowych; zobowiązania Wykonawcy związane z koniecznością zabezpieczenia danych przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym itp.:

Prace objęte przedmiotem niniejszej Umowy, wymagające przetwarzania danych osobowych, wykonywane będą zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych oraz z zasadami określonymi w niniejszym paragrafie.

Przed przystąpieniem do przetwarzania danych osobowych przy użyciu systemów informatycznych Wykonawca zobowiązany jest spełnić wymagania określone przez przepisy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych.

Wykonawca zobowiązuje się również:

- 1) zastosować środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych;*
- 2) zabezpieczyć dane przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabraniem przez osobę nieuprawnioną, uszkodzeniem lub zniszczeniem;*
- 3) dopuszczać do przetwarzania danych, w szczególności do obsługi systemu informatycznego przetwarzającego dane osobowe oraz do urządzeń wchodzących w jego skład, wyłącznie osoby przeszkolone z zakresu przepisów o ochronie danych osobowych;*
- 4) zapewnić, aby osoby mające dostęp do danych osobowych, przed przystąpieniem do ich przetwarzania, uzyskały upoważnienie do przetwarzania danych osobowych, wydane przez Zamawiającego;*
- 5) zapewnić, aby osoby mające dostęp do danych osobowych, przed przystąpieniem do ich przetwarzania, podpisały oświadczenie o zapoznaniu się i przestrzeganiu przepisów dotyczących przetwarzania i ochrony danych osobowych oraz zobowiązania do zachowania w tajemnicy danych i sposobów ich zabezpieczenia;*
- 6) zapewnić, aby osoby mające dostęp do danych osobowych zachowały te dane oraz sposoby ich zabezpieczenia w tajemnicy, przy czym obowiązek zachowania tajemnicy obowiązuje również po zakończeniu realizacji niniejszej Umowy oraz ustaniu zatrudnienia danej osoby przez Wykonawcę.*

W przypadku, gdy dane osobowe Zamawiającego będą podczas realizacji umowy przetwarzane także przez podwykonawców, konieczne jest zamieszczenie w umowie klauzuli zawierającej zgodę na tzw. podpowierzenie przez Wykonawcę danych osobowych do przetwarzania. Istotne jest przy tym określenie zakresu i celu podpowierzenia, a także przesądzenie o odpowiedzialności Wykonawcy za działania podwykonawców:

W celu realizacji przedmiotu Umowy Wykonawca może podzlecić wykonanie usług [...] (podmiot), z siedzibą w [...], podpowierając mu do przetwarzania dane osobowe. Podpowierzenie, o którym mowa w zdaniu poprzednim następuje w zakresie określonym w niniejszej Umowie. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za



działania [...], jak za swoje własne działania.

Istotne jest również, aby Zamawiający uwzględniali w należyтым zakresie problematykę związaną z **tajemnicami prawnie chronionymi**, takimi jak np. tajemnica skarbową, tajemnica medyczna, czy tajemnica telekomunikacyjna, w szczególności w zakresie podstaw zwalniających z tajemnicy i możliwości dostępu do niej przez Wykonawcę.



ROZDZIAŁ II. ROZŁOŻENIE RYZYKA ZA WYKONANIE UMOWY IT

1. Wstęp

W niniejszym rozdziale opiszemy przypadki, które niejednokrotnie są niezależne od woli stron, i rekomendujemy ich określenie w celu zminimalizowania ryzyka związanego z wykonaniem umowy dot. systemu IT.

Przy tworzeniu dokumentacji zamówieniowej, w tym w szczególności istotnych postanowień umownych nie można zapomnieć o fakcie, że systemy informatyczne, niezależnie czy dostarczane łącznie ze sprzętem, czy wdrażane samodzielnie, są skomplikowanymi i złożonymi produktami. Podczas wykonywania usług wdrażania systemu informatycznego, w zależności od skomplikowania systemu, mogą wystąpić okoliczności utrudniające lub wstrzymujące prace. Okoliczności takie niekoniecznie muszą wynikać z zaniedbań lub braku profesjonalizmu stron, powodujących odpowiedzialność prawną. Ryzyko to może być związane ze zmianami personelu, zdarzeniami siły wyższej, nieprawidłowej kontroli i zarządzania wykonywania umowy.

W celu minimalizacji skutków takich zdarzeń w toku świadczenia usług przez Wykonawcę, wprowadza się do umów postanowienia regulujące szczegółowo kwestie zmian personelu, współpracy i współdziałania pomiędzy stronami, siły wyższej oraz innych okoliczności niezależnych od stron.

W zakresie personelu, współpracy stron podczas wykonywania umowy oraz kontrolowania jakości wykonywanych usług zastosowanie znajdzie również rozdział i niniejszej analizy.

2. Personel

W interesie zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawcy jest wyznaczenie poszczególnych osób fizycznych, które będą odpowiedzialne za realizację zadań objętych umową. W tym kontekście ważkiego znaczenia nabiera odpowiedzialność Wykonawcy za działania podwykonawców oraz swoich własnych pracowników i współpracowników.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące kwestię rozłożenia ryzyka przy doborze personelu.

Wykonawca oświadcza, iż dysponuje odpowiednim potencjałem osobowym, materiałowym oraz narzędziowym pozwalającym na zrealizowanie całości przedmiotu Umowy, jednakże w przypadku konieczności korzystania ze świadczeń jakichkolwiek podwykonawców, Wykonawca poinformuje Zamawiającego na piśmie o powierzeniu podwykonawcy realizacji części, Etapu, lub Fazy realizacji Umowy. Zamawiający w terminie 7 Dni Roboczych ma prawo wyrażenia sprzeciwu, wraz ze stosownym uzasadnieniem, wobec powierzenia prac podwykonawcy. Zamawiający może wyrazić sprzeciw, o którym mowa powyżej, wyłącznie jeżeli podwykonawca naruszy postanowienia Umowy, lub podwykonawca nie posiada należyście wykwalifikowanego personelu, zgodnie z wymogami wskazanymi w pkt [...] Umowy. Korzystanie ze świadczeń podwykonawców wbrew bez uprzedniego poinformowania Zamawiającego traktowane będzie jako istotne naruszenie warunków Umowy i upoważnia Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do zaprzestania naruszeń, a w dalszej kolejności, wypowiedzenia od Umowy w trybie natychmiastowym.



Zawarcie umowy z podwykonawcą nie stwarza żadnych stosunków zobowiązaniowych pomiędzy Zamawiającym a którymkolwiek z podwykonawców, w szczególności w zakresie odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za usługi wykonane przez podwykonawców.

Za wszelkie działania i zaniechania osób, z których pomocą Wykonawca wykonuje niniejszą Umowę, Wykonawca odpowiada jak za własne działania i zaniechania.

W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji części lub całości Umowy podwykonawcy, za jakiekolwiek zdarzenie spowodowane przez tego podwykonawcę, naruszające lub zagrażające naruszeniu informacji niejawnych odpowiedzialność wobec Zamawiającego ponosi bezpośrednio Wykonawca.

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez podwykonawcę przekazanej mu do wykonania części przedmiotu Umowy upoważnia Zamawiającego do żądania od Wykonawcy odsunięcia podwykonawcy od realizacji przedmiotu Umowy w sposób stały lub czasowy.

Wykonawcy niejednokrotnie zatrudniają personel na podstawie umów innych niż umowa o pracę. Istotne jest wskazanie, iż tak zatrudnione osoby nie będą traktowane jako podwykonawcy, lecz jako personel Wykonawcy.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące kwestię traktowania personelu Wykonawcy.

Na potrzeby Umowy za podwykonawcę nie są uważane osoby fizyczne świadczące usługi dla Wykonawcy na podstawie umów zlecenia lub umów o dzieło, w tym również w ramach prowadzonej osobiście działalności gospodarczej (jednoosobowa działalność gospodarcza, spółka cywilna), o ile osobiście wykonują całość prac na rzecz Wykonawcy. Wykonawca jest uprawniony do udostępnienia powyższym osobom informacji poufnych Zamawiającego na zasadach analogicznych jakie dotyczą udostępnienia tych informacji podwykonawcom.

W przypadku zaawansowanych i długotrwałych wdrożeń niekiedy uzasadnione jest, aby Zamawiający miał prawo żądania odsunięcia członka personelu Wykonawcy, np. w przypadku konfliktów personalnych pomiędzy członkami zespołów.

Niezależnie od powyższych przypadków, może się zdarzyć, że Zamawiający lub Wykonawca zakończy swoją współpracę z daną osobą. Z punktu widzenia obu stron istotne jest, aby zachowano kompetencje w ramach zespołu oraz aby realizacja wdrożenia przebiegała bez zakłóceń, mimo zmian personalnych.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące powyższe kwestie personelu Wykonawcy.

Koordinator ze strony Zamawiającego ma prawo zwrócić się do Wykonawcy z uzasadnionym wnioskiem o odsunięcie konkretnego członka Personelu Wykonawcy od realizacji Umowy w sytuacji, gdy wskazany członek Personelu Wykonawcy narusza zasady określone w Umowie i taki uzasadniony wniosek powinien zostać przez Wykonawcę zrealizowany w terminie najpóźniej 7 Dni Roboczych od dnia jego doręczenia. W przypadku braku w terminie 7 dni akceptacji ze strony Wykonawcy, na wniosek Zamawiającego sprawa zostanie poddana rozstrzygnięciu Komitetu Sterującego.



W przypadku zastępowania członka Personelu Wykonawcy, dla którego w Umowie wskazane zostały określone kompetencje i doświadczenie, Wykonawca zobowiązuje się, na każde żądanie Koordynatora Zamawiającego, okazać dokumenty potwierdzające, iż doświadczenie i kompetencje nowego członka Personelu Wykonawcy, wskazanego przez Wykonawcę, spełniają wymagania określone w Umowie. Dokumenty te zostaną przedstawione przez Wykonawcę w terminie do [...] Dni Roboczych od dnia otrzymania takiego żądania.

Strony dołożą starań by utrzymać niezmiennność składu osobowego Zespołów Projektowych powołanych do realizacji Projektu. Strony będą z odpowiednim wyprzedzeniem informować się o możliwych zmianach w składach Zespołów Projektowych, jednak nie później niż w terminie [...] Dni Roboczych. Zmiana w składzie Zespołu Projektowego Wykonawcy nie będzie wymagała zgody Zamawiającego, o ile osoba mająca wejść w skład Zespołu Projektowego Wykonawcy będzie posiadać wymagane doświadczenie i kwalifikacje przynajmniej takie same, jak określone w SIWZ dla danego stanowiska.

Dla uniknięcia wątpliwości Strony ustalają, że w każdym przypadku dokonania zmiany członka Personelu Wykonawcy w trakcie wykonywania Umowy, koszty ewentualnego przeszkolenia nowego członka Personelu Wykonawcy obciążają wyłącznie Wykonawcę. Zmiana poszczególnych osób wchodzących w skład Personelu Wykonawcy nie będzie powodować zmiany wysokości wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy, ani też nie wpłynie na terminy wykonania poszczególnych prac określonych Harmonogramem.

3. Współpraca pomiędzy stronami umowy

Standardem rynkowym w umowach IT jest wyznaczenie zespołu złożonego z osób fizycznych wskazanych przez strony, nazywanego Komitetem Sterującym o ściśle określonych kompetencjach. Skład oraz uprawnienia Komitetu Sterującego powinny odpowiadać specyfice wdrożenia oraz uwzględniać rolę i pozycję stron.

Komitet Sterujący pełni ponadto funkcję zarządzania ryzykiem i rozwiązywania konfliktów, jako element procedury eskalacyjnej rozwiązywania konfliktów².

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące prace Komitetu Sterującego.

Nie później niż w terminie 3 dni po zawarciu Umowy, każda ze Stron wyznaczy po 3 swoich przedstawicieli będących członkami Komitetu Sterującego, należycie upoważnionych do podejmowania decyzji w ramach realizacji Umowy oraz powoła Zespół Projektowy i prześle te informacje do drugiej Strony, wraz z danymi kontaktowymi oraz informacją o członkach Zespołu Projektowego.

W posiedzeniach Komitetu Sterującego uczestniczyć będą jego członkowie oraz ewentualne inne zaproszone osoby, w szczególności Koordynatorzy Projektu.

² Procedura eskalowania rozwiązywania konfliktów jest alternatywną metodą rozwiązywania sporów w stosunku do postępowań sądowych i administracyjnych. Polega na powierzeniu rozpatrywania sporu pomiędzy stronami przez konkretne podmioty, a w razie ich nie rozwiązania, spór jest poddawany pod rozprawę innego podmiotu. Przykładowo, spór najpierw jest poddawany rozpatrzeniu przez Koordynatora Projektu. W razie nierozwiązania sporu, spór jest eskalowany do rozważenia przez Komitet Sterujący oraz kolejno: zarządy stron, mediatora, arbitra, sąd.



Dokładną datę każdego posiedzenia Komitetu Sterującego, miejsce posiedzenia oraz wstępną agendę określać będzie Strona w informacji przystanej drugiej Stronie w formie pisemnej, e-mailowej lub faksem w terminie przynajmniej 3 Dni Roboczych przed danym posiedzeniem, lub innym odpowiednim terminie, jeżeli druga Strona wyrazi na to zgodę.

Komitet Sterujący będzie podejmować decyzje w następujących sprawach:

- 1) akceptacji odbioru dokumentacji zarządczej określonej w szczególności w OPZ;*
- 2) zatwierdzenia Harmonogramu wykonania prac określonych w Umowie;*
- 3) akceptacji dokonania zmian w realizacji Umowy, które mają istotny wpływ na realizację Zadań, Etapów oraz terminy płatności i wysokość wynagrodzenia Wykonawcy;*
- 4) rozstrzygania istotnych kwestii dotyczących Projektu;*
- 5) zatwierdzania zmian organizacyjnych Projektu oraz zmian dotyczących zakresu Projektu;*
- 6) zatwierdzania Odbiorów poprzedzających dokonanie przez Zamawiającego płatności, tj. dokonania akceptacji Odbioru Wersji Podstawowej oraz Wersji Docelowej Systemu;*
- 7) problemowych i spornych przekazanych Komitetowi Sterującemu przez Koordynatorów Projektu Stron;*
- 8) innych kwestii opisanych Umową.*

Decyzje Komitetu Sterującego będą podejmowane przez Zamawiającego i Wykonawcę przy czym do podjęcia każdej decyzji konieczna jest obecność co najmniej jednego członka Komitetu Sterującego reprezentującego każdą ze Stron. Osobom zaproszonym do udziału w pracach Komitetu Sterującego nie przysługuje prawo głosu przy podejmowaniu decyzji.

Jeśli Komitet Sterujący nie będzie w stanie rozwiązać sporu czy podjąć decyzji w ciągu 7 Dni Roboczych od daty przedstawienia mu danego sporu, Komitet przedstawi dany spór umocowanym do podjęcia stosownych kroków Przedstawicielom Stron. Przedstawiciele Stron będą upoważnieni do prowadzenia mediacji i ostatecznego rozstrzygnięcia sporu.

Poza Komitetem Sterującym, standardem w umowach IT jest wyznaczanie przez strony Koordynatorów Projektów. Uprawnienia Koordynatorów Projektów powinny odpowiadać specyfice wdrożenia oraz uwzględniać rolę i pozycję stron.

W związku z tym, że osoby zajmujące stanowiska Koordynatorów Projektów mogą również podlegać zmianom, uzasadnione może być obowiązkowe powoływanie Koordynatorów Projektu oraz ich zastępców z każdej strony (osoba posiadająca umocowanie strony do rozwiązywania bieżących problemów technicznych oraz do dokonywania odbiorów i podpisywania, protokołów, raportów i zawiadomień określonych w umowie). Pozwoli to na zmniejszenie ryzyka zakłóceń przy zarządzaniu pracami wdrożeniowymi podczas zmiany Koordynatora.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące prace Koordynatorów Projektu.



Bieżące zarządzanie realizacją Umowy odbywać się będzie poprzez wzajemne uzgodnienia Koordynatorów Projektu. Każda ze Stron powoła jednego Koordynatora Projektu i jednego zastępcę Koordynatora Projektu.

Koordynatorzy Projektu realizują operacyjne zarządzanie Projektem i podejmują decyzje dotyczące bieżącej realizacji Umowy, w tym w szczególności są odpowiedzialni i uprawnieni do:

- 1) przedstawienia rekomendacji dla Komitetu Sterującego we wszystkich kwestiach rozstrzyganych decyzjami Komitetu Sterującego;*
- 2) dokonywania Odbiorów;*
- 3) kierowania i koordynacji prac Zespołu Projektowego;*
- 4) monitoringu harmonogramu realizacji Umowy, zakresu, jakości Projektu, identyfikacji ryzyk i problemów Projektu oraz podejmowania odpowiednich działań, gdy jest to wskazane;*
- 5) zapewnienia prawidłowej komunikacji dotyczącej Projektu w ramach struktury Projektu i pomiędzy strukturą Projektu a organizacją Zamawiającego oraz pomiędzy Zamawiającym, Wykonawcą i stronami trzecimi;*
- 6) zarządzania zasobami (ludźmi, sprzętem, infrastrukturą) zaangażowanymi przez Strony w Projekt, w tym określania zasobów wymaganych do realizacji Projektu, definiowania odpowiedzialności i ról poszczególnych członków Personelu w Projekcie w zakresie nie uregulowanym w Umowie;*
- 7) zagwarantowania dostępności zasobów danej Strony, koordynacji wykorzystania zasobów.*

Z racji tego, że zmiana w składzie Komitetu Sterującego lub Koordynatorów Projektów po stronie Zamawiającego może powodować opóźnienia w wykonywaniu wdrożenia, uzasadnione może być ustalenie braku odpowiedzialności Wykonawcy za takie opóźnienie. W takim wypadku należałoby nadać uprawnienie Komitetowi Sterującemu do zmiany terminów wdrożenia poszczególnych etapów systemu.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące zmienność członków Komitetu Sterującego lub Koordynatora Projektu.

W przypadku zmiany członka Komitetu Sterującego lub Koordynatora Projektu, dana Strona powiadomi w formie pisemnej bezzwłocznie, jednak nie później niż w terminie 2 Dni Roboczych od zmiany członka Komitetu Sterującego, drugą Stronę (Koordynatora Projektu). Zmiany, o których mowa powyżej wchodzi w życie z dniem doręczenia Stronie stosownego powiadomienia, przy czym jeżeli takie zmiany powodują opóźnienie w wykonaniu Umowy, wówczas Komitet Sterujący odpowiednio zmieni Harmonogram. Zamawiający nie może sprzeciwić się zmianie członka Komitetu Sterującego, chyba, że nie posiada takich samych lub wyższych kwalifikacji, zgodnie z wymogami wskazanymi w pkt [...] Umowy.

4. Kontrole jakości, audyt usług

Umowy o wdrożenie systemu IT niejednokrotnie zawierają postanowienia dotyczące uprawnienia Zamawiającego do kontroli pracy Wykonawcy przez zewnętrzny podmiot audytorski.



Standardem jest, iż koszty i ryzyko opóźnień związanych z przeprowadzeniem takiego audytu ponosi Zamawiający.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące audyt prac Wykonawcy.

Zamawiający ma prawo korzystania w trakcie procedury odbiorów Etapów, Faz, Usług lub Rezultatów Prac z usług osób, podmiotów trzecich celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie, poprzez członków personelu Zamawiającego lub podmiotów trzecich (dalej też: „Kontrola Jakości”). Koszty i ryzyko związane z powyższymi usługami oraz pracami członków personelu Zamawiającego ponosi Zamawiający. Zamawiający zobowiąże wskazane powyżej osoby do zachowania poufności, na zasadach określonych w Umowie, w odniesieniu do wszystkich informacji, w jakich posiadanie wejdą one w związku z prowadzonymi przez siebie czynnościami, oraz do niewykorzystywania tych informacji w celu innym niż wykonanie na rzecz Zamawiającego analizy produktów przedstawionych do odbioru. Zamawiający odpowiada za działania i zaniechania powyższych osób jak za własne działania i zaniechania. Osobom takim, posiadającym pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia odbioru Etapów, Faz, Usług lub Rezultatów Prac jakie zostały przedstawione do odbioru oraz udostępnić i zaprezentować wykonane Rezultaty Prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli, zgodnie z kryteriami i procedurami odbioru, określonymi w niniejszej Umowie.

Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie odbiorów prowadzonych w ramach Umowy, dotyczących poszczególnych jej Etapów, Faz, Usług lub Rezultatów Prac z wyznaczonego i należycie umocowanego przez siebie podmiotu nadzorującego prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy. Wykonawca ma obowiązek współdziałać z podmiotem wyznaczonym przez Zamawiającego na takich samych zasadach, warunkach i w zakresie, jak wskazany w punkcie [...] powyżej. Zamawiający może w każdym czasie cofnąć takie umocowanie. Wówczas Zamawiający poinformuje niezwłocznie Wykonawcę o cofnięciu takiego umocowania.

W przypadku opóźnienia w realizacji Umowy, w szczególności, gdy opóźnienie w stosunku do terminów określonych w Harmonogramie przekracza 15 dni kalendarzowych Zamawiający może wszcząć procedurę kontroli (samodzielnie lub z wykorzystaniem zewnętrznych konsultantów). Zasady i zakres tej kontroli określone są w niniejszej Umowie w pkt. [...].

Spotyka się również postanowienia umowne ograniczające zakres podmiotowy osób trzecich, którym Zamawiający może powierzyć przeprowadzenie kontroli jakości wykonywania umowy. Takie ograniczenie może być szerokie, np. podmioty wpisane na określone listy lub będące członkami odpowiedniego stowarzyszenia, bądź wąskie, poprzez wskazanie konkretnych podmiotów audytorskich. Takie ograniczenia podyktowane są dbałością o ochronę know-how Wykonawców, z racji tego, że zewnętrzne podmioty powołane do audytu poprawności wykonania umowy mogą prowadzić działalność konkurencyjną do Wykonawcy.

5. Transfer wiedzy, *know-how*

Podczas wykonywania usług utrzymania, serwisowych, konfiguracji sprzętu oraz innych usług wykonywanych zwyczajowo w ramach umów IT, Wykonawca wykorzystuje swój *know-how*. Informacje, które mieszczą się w zakresie pojęciowym *know-how* są:

- niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne,
- istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz
- zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności.

W sytuacji w której Zamawiający zamierza samodzielnie serwisować system IT po zakończeniu wykonywania umowy serwisowej lub zakończeniu gwarancji, powinien on zadbać nie tylko o uzyskanie uprawnienia do korzystania z dokumentacji (przede wszystkim), lecz również umożliwić swojemu personelowi uzyskanie wiedzy o oprogramowaniu i sprzęcie zawartym w systemie. W tym celu można rozpatrzyć wprowadzenie odpowiedniego postanowienia umownego.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące kwestię *know-how* związanego z systemem IT.

1. *W trakcie realizacji Umowy Wykonawca umożliwi Zamawiającemu wykształcenie kompetencji oraz know-how związanych z Przedmiotem Umowy. W tym celu, Wykonawca w szczególności umożliwi wskazanym przez Zamawiającego osobom uczestniczenie w wykonywaniu Umowy na każdym stadium jej realizacji.*
2. *Zamawiający ma prawo do przekazania lub zezwalania podmiotom trzecim na korzystanie z kompetencji oraz know-how nabytych na podstawie pkt. [...] powyżej, w celu wykonywania przez ten podmiot trzeci Usług, przy jednoczesnym związaniu tego podmiotu trzeciego zobowiązaniem do zachowania poufności wynikającym z pkt. [...].*

6. Siła wyższa, zmiana przepisów prawa

Standardem nie tylko w umowach IT, ale wszelkiego obrotu prawnego jest wyłączenie odpowiedzialności stron za zdarzenia siły wyższej (nadzwyczajne i zewnętrzne zdarzenie poza kontrolą którejkolwiek ze stron i któremu żadna ze stron nie mogła zapobiec, a w szczególności akty terroru, wojny, klęski żywiołowe, epidemie, trzęsienia ziemi, powodzie, wybuchy, o ile zdarzenia te będą stanowiły przeszkodę w wykonaniu umowy).

W zakresie zmiany umowy z powodów zaistnienia przypadku siły wyższej, zastosowanie znajdzie również rozdział VI niniejszej analizy.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące odpowiedzialność stron za zdarzenia siły wyższej.

Strony nie ponoszą odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy w związku



z zaistnieniem przypadku Siły Wyższej.

Strony podejmą negocjacje mające na celu ustalenie możliwego do przyjęcia przez Strony rozwiązania służącego realizacji Umowy, mimo zaistnienia przypadku Siły Wyższej.

W przypadku braku przyjęcia rozwiązania w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia negocjacji, o których mowa w ustępie 2, powyżej, każda ze Stron może wypowiedzieć Umowę w razie zaistnienia przypadku Siły Wyższej, którego skutkiem jest niemożność wykonania obowiązków wynikających z Zamówienia przez którąkolwiek ze Stron przez okres ponad 90 dni kalendarzowych. Po upływie tego terminu każda ze Stron może wypowiedzieć (w terminie 120 dni kalendarzowych od powstania Siły Wyższej) Umowę ze skutkiem natychmiastowym, w drodze pisemnego oświadczenia przesłanego drugiej Stronie za potwierdzeniem odbioru. Strona powołująca się na wystąpienie Siły Wyższej niezwłocznie poinformuje, w formie pisemnej drugą Stronę o wystąpieniu takiego zdarzenia.

Chcielibyśmy zaznaczyć, iż wprowadzanie do umowy prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy ze skutkiem wstecznym (*ex tunc*) nie jest rekomendowane z powodu złożoności umów IT. Z reguły wzajemny zwrot świadczeń pomiędzy stronami, gdy świadczone są usługi, np. wdrożenia, utrzymania, serwisu, itp. jest w wysokim stopniu problematyczne.

Niekiedy Zamawiający wymagają, aby Wykonawca dostosowywał wdrażany system IT do zmieniających się w trakcie wdrożenia przepisów prawnych. W szczególności dotyczyć to może Krajowych Ram Interoperacyjności, które wyznaczają minimalne wymagania dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalne wymagania dla systemów teleinformatycznych.

Zamawiający nie powinien nakładać na Wykonawcę obowiązku monitorowania i dostosowania wykonywania umowy do zmieniających się przepisów prawa.

Zmiana prawa, która nie powoduje nadmiernych trudności ani nie uniemożliwia realizacji umowy może powodować potrzebę zmiany umowy, w trybie określonym w art. 144 p.z.p., szerzej opisanym w rozdziale VI niniejszej analizy. Niekiedy zmiana prawa może być na tyle nieznaczna, że wymaga jedynie wprowadzenia drobnych poprawek do systemu, co może być wykonane w ramach dostępnych roboczogodzin lub zmian w toku świadczenia usługi serwisu, utrzymania lub rozwoju.

Natomiast zmiana prawa, która z jakiejś przyczyny nie pozwala na zmianę umowy w trybie art. 144 p.z.p. może być traktowana jako zdarzenie siły wyższej, które z kolei może powodować uprawnienie stron do wypowiedzenia od umowy.



ROZDZIAŁ III. OBSZAR PRAW WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

1. Zagadnienia wstępne

Przedmiotem niniejszego rozdziału jest zaprezentowanie dobrych praktyk dotyczących praw własności intelektualnej w projektach informatycznych. Z tą sferą umów IT związanych jest szczególnie wiele kontrowersji. Wynikają one przede wszystkim z trudności w pogodzeniu rozbieżnych interesów Zamawiających i Wykonawców. o ile bowiem Zamawiającym zależy na pozyskaniu możliwie szerokich uprawnień do przedmiotów praw wyłącznych, w tym przede wszystkim programów komputerowych, o tyle Wykonawcy mają uzasadniony interes w niewyzybywaniu się ich całkowicie ze swojego dorobku, chcąc mieć nadal możliwość oferowania swoich programów innym Zamawiającym.

Konieczność zabezpieczenia interesów Zamawiającego została trafnie zidentyfikowana w Rekomendacjach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes UZP”) dotyczących udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne z 2009 r. (dalej jako „Rekomendacje”). W dokumencie tym negatywnie oceniono udzielanie zamówień w trybach niekonkurencyjnych, w tym zwłaszcza w trybie „z wolnej ręki”, co najczęściej dotyczyło zlecenia prac nad rozbudową systemów informatycznych zamówionych pierwotnie w trybach konkurencyjnych oraz prac utrzymaniowych dotyczących usług, oprogramowania lub sprzętu również nabytych w trybach konkurencyjnych. Zasadniczych przyczyn tego rodzaju nieprawidłowości Prezes UZP upatruje w niewłaściwie skonstruowanych umowach, które m.in.: uniemożliwiają zlecenia prac rozwojowych lub utrzymaniowych w warunkach konkurencyjnych, zbyt wąsko definiują przedmiot zamówienia (pomijając np. usługi towarzyszące wdrożeniu systemu informatycznego), czy też nie zabezpieczają pozyskania przez Zamawiających należytej wiedzy o systemie (w tym np. dotyczącej go dokumentacji).

Zdaniem Prezesa UZP, gwarancją zapewnienia konkurencyjności na gruncie projektów IT, jest zapewnienie sobie przez Zamawiających pozyskiwania pełni uprawnień z tytułu majątkowych praw autorskich do oprogramowania wchodzącego w skład wdrażanego systemu informatycznego tak, aby jego ewentualnego rozwoju i / lub utrzymania mógł dokonywać także podmiot inny, niż pierwotny Wykonawca. Zgodnie z rekomendacją nr R.7.3: „Zaleca się aby SIWZ i umowa z Wykonawcą określały obowiązek:

- *przeniesienia w całości autorskich praw majątkowych do zakupywanego systemu, łącznie z prawem do udzielania zezwoleń na wykonywania zależnego prawa autorskiego. Zamawiający w zależności od swoich potrzeb powinien szczegółowo i jednoznacznie określić pola eksploatacji obejmujące autorskie prawa majątkowe (np. uprawniające Zamawiającego do modyfikacji systemu, jego kodów źródłowych itp.);*
- *przeniesienie praw powinno dotyczyć również kodów źródłowych w stosunku do nowoutworzonego systemu, jego swobodnej modyfikacji. Jednocześnie, Zamawiający powinien zobowiązać Wykonawcę w umowie do wydania kodów źródłowych oraz pełnej dokumentacji technicznej systemu, najlepiej z chwilą odbioru systemu przez Zamawiającego; (...)*
- *w zawieranej umowie powinna być jednocześnie uregulowana kwestia ewentualnego przeniesienia na Zamawiającego praw do licencji lub sublicencji programów*



komputerowych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Zamawianego systemu. Postanowienia przyszłej umowy powinny zawierać takie zapisy, aby warunki udzielanych przez Wykonawcę licencji nie stanowiły bariery do dokonania modyfikacji lub rozbudowy oprogramowania”.

Jak już to zostało stwierdzone powyżej, pozyskiwanie praw w tak szerokim zakresie, jak tego wymagają Rekomendacje, choć zasadniczo korzystne dla Zamawiających, jest jednocześnie trudne do zaakceptowania dla Wykonawców, dla których *de facto* oznacza to swoiste „wywłaszczenie” z rezultatów – często – wieloletniego dorobku. Warto w związku z tym podkreślić, że dla osiągnięcia celów wskazanych przez Prezesa UZP kluczowe jest uzyskanie przez Zamawiającego prawa do modyfikacji oraz wykorzystywania modyfikacji (prawa zależne) wdrażanych programów komputerowych. Prawo to można uzyskać zarówno w ramach konstrukcji przeniesienia autorskich praw majątkowych, jak i uzyskania licencji – zob. pkt 3 poniżej. Z drugiej strony wywłaszczenie jest kosztowne i z punktu widzenia finansów publicznych niekoniecznie uzasadnione, co może w skrajnych przypadkach nawet prowadzić nawet do naruszenia zasady oszczędnego i celowego wydatkowania środków publicznych, wyrażonej w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

2. Prawidłowa identyfikacja przedmiotów praw własności intelektualnej związanych z systemem informatycznym

Jedną z najistotniejszych kwestii przy konstruowaniu umów IT jest właściwe zidentyfikowanie, a następnie zdefiniowanie przedmiotów zamówienia, w stosunku do których pozyskiwane są prawa własności intelektualnej. Standardowo w zamówieniach dotyczących systemów informatycznych wyróżnić można przede wszystkim oprogramowanie oraz dokumentację. W zależności od rodzaju systemu, dodatkowo można również uwzględnić np. elementy graficzne lub muzyczne (np. w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest rozbudowana strona internetowa) lub bazy danych. W przeważającej większości przypadków przedmiot zamówienia będzie można uznać za utwór, który art. 1 ust. 1 pr. aut. definiuje jako „*przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia*”.

Analizując problematykę umów IT nie sposób nie zauważyć, że programy komputerowe stanowią szczególną kategorię utworów. Zgodnie z art. 74 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 2 pkt 1 pr. aut. są one bowiem chronione „jak utwory literackie”, a zatem jako sekwencje znaków i komend zapisanych w języku programowania. Co więcej, programy komputerowe rządzą się szczególnymi prawami (świadczy o tym m.in. poświęcony im autonomiczny Rozdział 7 pr. aut.), a ich ochrona nieco odbiega od ochrony przyznanej innym rodzajom utworów. Jako oprogramowanie chroniony może być zatem wyłącznie kod (źródłowy lub wynikowy) w jakim zapisany jest program komputerowy. Pozostałe elementy wchodzące w skład szeroko rozumianego programu (takie jak np. elementy graficzne, opisy, dokumentacja) chronione są zgodnie z ogólnymi regułami. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 22 grudnia 2010 r. (C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*), zgodnie z którym: „*Graficzny interfejs użytkownika nie stanowi formy wyrażenia programu komputerowego w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 91/250 w sprawie ochrony*



prawnej programów komputerowych i nie może korzystać z ochrony przyznanej w prawie autorskim programom komputerowym na podstawie tej dyrektywy”.

Ogólny podział na oprogramowanie, dokumentację i inne utwory powinien podlegać w prawidłowo skonstruowanej umowie dalszej, bardziej szczegółowej kategoryzacji, w zależności od praw jakie przysługują Wykonawcom i jakie dalej są przekazywane Zamawiającym. **Dobłą praktyką jest wyróżnienie w tym zakresie trzech różnych rodzajów programów komputerowych: oprogramowania dedykowanego, oprogramowania standardowego i oprogramowania narzędziowego** (oczywiście nie należy zbyt dużej uwagi przykładać do samej terminologii, ale do merytorycznych podstaw tej klasyfikacji). Pierwsze z nich (oprogramowanie dedykowane), obejmuje programy komputerowe wcześniej nieistniejące i tworzone przez Wykonawcę specjalnie na potrzeby realizacji zamówienia, a zatem zgodnie z indywidualnymi wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, w tym przede wszystkim w Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ”). W stosunku do tego rodzaju oprogramowania możliwe jest najdalej idące pozyskanie praw własności intelektualnej, gdyż z uwagi na jego kastomizację pod potrzeby danego Zamawiającego, nie nadaje się ono do wielokrotnego zastosowania. Pod pojęciem oprogramowania standardowego rozumie się z kolei najczęściej również oprogramowanie autorstwa Wykonawcy, jednakże takie, które nie ma charakteru jednorazowego (np. tzw. część *corowa* / główna systemu). Ten rodzaj oprogramowania, będący rezultatem wieloletniej pracy oraz znacznych nakładów finansowych, stanowi najpilniej strzeżoną przez Wykonawców własność intelektualną. Stąd też Wykonawcy w sposób uzasadniony niechętnie godzą się na wszelkie próby „wywłaszczenia” lub ujawnienia kodów źródłowych do oprogramowania standardowego. Trzecią kategorią, którą warto wyróżnić, jest oprogramowanie narzędziowe (zwane również oprogramowaniem podmiotów / osób trzecich), a zatem nie pochodzące od Wykonawcy – w stosunku do którego Wykonawca jedynie jest pośrednikiem pomiędzy Zamawiającym a producentem (np. systemy operacyjne, oprogramowanie bazodanowe itp.). Obowiązki Wykonawcy w zakresie tego rodzaju programów komputerowych sprowadzają się zasadniczo wyłącznie do zapewnienia możliwości jego wykorzystania poprzez zobowiązanie, że producent udzieli licencji Zamawiającemu (umowa o spełnienie świadczenia przez osobę третią – art. 391 k.c.).

Do definicji poszczególnych kategorii oprogramowania warto zawsze dopisywać, że obejmuje ona również wszelkie aktualizacje, zmiany i modyfikacje takiego oprogramowania (o czym szczegółowo poniżej). Pozwoli to uniknąć problemów z określeniem komu przysługują prawa autorskie np. do nowej wersji systemu.

Przykładowe definicje wskazanych powyżej trzech kategorii oprogramowania mogą mieć następujące brzmienie:

Oprogramowanie dedykowane – oprogramowanie stworzone przez Wykonawcę specjalnie na potrzeby realizacji niniejszej Umowy, zgodnie z potrzebami Zamawiającego ustalonymi w Analizie i dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji niniejszej Umowy, wraz z wszelkimi aktualizacjami i modyfikacjami.

Oprogramowanie Standardowe – gotowe oprogramowanie aplikacyjne typu [...] nieobejmujące Oprogramowania Dedykowanego, do którego majątkowe prawa autorskie przysługują w całości Wykonawcy, składające się z

pakietu zawierającego moduły funkcjonalne: [...] – powstałe niezależnie oraz bez związku z realizacją niniejszej Umowy, dostosowywane przez Wykonawcę do potrzeb Zamawiającego w związku z realizacją niniejszej Umowy, wraz z wszelkimi aktualizacjami i modyfikacjami.

Oprogramowanie Podmiotów Trzecich – „wszelkie oprogramowanie inne niż Oprogramowanie Dedykowane oraz Oprogramowanie Standardowe, stworzone przez podmioty inne niż Wykonawca lub do którego majątkowe prawa autorskie przysługują podmiotom innym niż Wykonawca, w szczególności będące oprogramowaniem systemowym, w tym oprogramowaniem serwerów aplikacyjnych oraz baz danych, niezbędne do zbudowania, uruchomienia i przetestowania Systemu oraz zapewnienia prawidłowego funkcjonowania środowiska Systemu, które musi być zapewnione przez Wykonawcę w ramach wykonywania Umowy celem prawidłowego działania Systemu, zgodnie z wszelkimi wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Umowie, Analizie oraz w specyfikacji Infrastruktury zawartej w Załączniku nr [...] do Umowy. Oprogramowaniem Podmiotów Trzecich są również wszelkie poprawki, zmiany i modyfikacje Oprogramowania Podmiotów Trzecich niezależnie od tego, kto jest ich autorem” lub „wszelkie oprogramowanie oprócz oprogramowania, w stosunku do którego Wykonawcy przysługują majątkowe prawa autorskie, w tym oprogramowanie systemowe, narzędziowe oraz systemu baz danych wymagane do prawidłowego, tj. zgodnego z parametrami i wymogami wskazanymi w Umowie, funkcjonowania Oprogramowania. Oprogramowaniem Podmiotów Trzecich są również wszelkie poprawki, zmiany i modyfikacje Oprogramowania Podmiotów Trzecich niezależnie od tego, kto jest ich autorem.”

Nie mniej istotnym elementem umowy w projektach IT jest dokumentacja systemu, w skład której wchodzi najczęściej analiza wykonywana przed samym wdrożeniem, specyfikacja infrastruktury, instrukcje (użytkownika i / lub administratora), harmonogramy realizacji prac, plany testów itp. w zakresie transferu praw autorskich do dokumentacji warto zadbać, aby pozyskiwane przez Zamawiającego uprawnienia nie odbiegały od uprawnień dotyczących przedmiotów tychże dokumentacji. W tym kontekście należy zatem zwrócić uwagę, że w odniesieniu do dokumentacji Oprogramowania Standardowego i Oprogramowania Osób Trzecich, a także dokumentacji technicznej sprzętu, nie jest konieczne i zasadne nabywanie przez Zamawiającego majątkowych praw autorskich. Wystarczające jest pozyskanie podstawowych uprawnień licencyjnych pozwalających na korzystanie z tego typu dokumentacji zgodnie z jej przeznaczeniem. Definicja dokumentacji może wyglądać następująco:

Dokumentacja – wszelka dokumentacja dotycząca Systemu, a także powstała w toku dalszej realizacji Umowy, do której dostarczenia zobowiązany jest Wykonawca w ramach realizacji Umowy oraz wszelkie zmiany i modyfikacje takiej dokumentacji, w skład której wchodzi w szczególności: dokumentacja techniczna Oprogramowania, instrukcje stanowiskowe użytkowników, harmonogramy realizacji prac, plany testów uzgodnione przez Strony w Analizie, a także sama Analiza Przedwdrożeńowa” lub „Przygotowana przez Wykonawcę dokumentacja użytkownika Oprogramowania (instrukcja dla użytkownika) oraz dokumentacja techniczna Oprogramowania (instrukcja dla administratora)”.

W podsumowaniu powyższych uwag, należy stwierdzić, że nieprawidłową praktyką jest łączenie wyżej wymienionych przedmiotów praw własności intelektualnej w ramach jednej kategorii utworów oraz wprowadzanie jednej regulacji transferu praw w stosunku do nich. Konstrukcja taka jest chybiona przede wszystkim dlatego, że zakres praw autorskich



w odniesieniu do programów komputerowych jest inny niż w przypadku pozostałych kategorii utworów, a także dlatego, że jak to już wspomniano, także i wewnątrz samej kategorii oprogramowania dają się wydzielić co najmniej trzy dodatkowe podkategorie o różnym statusie prawnym.

3. Modele transferu praw własności intelektualnej (umowy z zakresu prawa autorskiego)

Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych reguluje dwa rodzaje umów: umowy przenoszące majątkowe prawa autorskie i umowy licencyjne. Większość regulacji zawartych w rozdziale ustawy określającym zasady obrotu majątkowymi prawami autorskimi odnosi się w takim samym stopniu do umów przenoszących prawa i umów licencji, w szczególności dotyczy to ochrony Zamawiającego jako słabszej strony stosunku prawnego, obowiązku specyfikacji pól eksploatacji, a także umów o dzieło przyszłe i odpowiedzialności za ewentualne usterki.

Podstawowa różnica pomiędzy umowami przenoszącymi autorskie prawa majątkowe oraz umowami licencyjnymi polega na tym, że w pierwszym przypadku dochodzi do trwałego przeniesienia autorskich praw majątkowych, a w przypadku umów licencyjnych – mamy do czynienia z czasowym uzyskaniem tytułu prawnego przez Licencjobiorcę (Zamawiającego) do korzystania z tych praw.

E. Przeniesienie praw a licencja

Z uwagi na czasowy charakter zezwolenia licencyjnego dopuszczalne jest jego wypowiedzenie na określonych warunkach (zob. uwagi poniżej).

Argumenty te przemawiają za tym, że większość Zamawiających wymaga przeniesienia praw autorskich (zgodnie z Rekomendacjami Prezesa UZP). Możliwość wypowiedzenia umowy przez Licencjodawcę (Wykonawcę) traktowana jest jako istotne ryzyko dla Zamawiającego. Wydaje się jednak, że są to przesadzone obawy. Zgodnie bowiem z art. 59 pr.aut., który skutki wypowiedzenia zrównał ze skutkami odstąpienia, w przypadku wypowiedzenia licencji Wykonawca musiałby bowiem zwrócić wszystkie (np. pobrane opłaty licencyjne). Regulacja ta stanowi więc istotny instrument zabezpieczenia interesów Zamawiającego.

W świetle powyższych uwag, za dobrą praktykę należy uznać ostrożne korzystanie z modelu przeniesienia praw autorskich, który w zasadzie powinien być stosowany wyłącznie w stosunku do oprogramowania dedykowanego. W przypadku, gdy celem Zamawiającego jest zapewnienie sobie możliwości korzystania, w tym rozwoju, z systemu i uniknięcie tzw. sytuacji *vendor-lock-in* wystarczająca będzie umowa licencyjna, pozwalająca na modyfikację oraz wykonywanie praw zależnych. Możliwe jest również zastosowanie rozwiązań pośrednich, np. przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego majątkowych praw autorskich do oprogramowania dedykowanego z jednoczesnym udzieleniem zwrotnej licencji przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, obejmującej przynajmniej takie korzystanie z tego oprogramowania, jakie jest niezbędne do prawidłowego wykonania umowy (co ma istotne znaczenie ze względu na świadczenie np. usług utrzymania i rozwoju) oraz jego sublicencjonowanie na rzecz podwykonawców, a także



dającej Wykonawcy prawo dalszego rozpowszechniania programu (systemu), poprzez jego oferowanie innym Zamawiającym.

F. Obowiązek specyfikacji pól eksploatacji

Konstruując wzór umowy lub IPU (czy to w zakresie przeniesienia majątkowych praw autorskich, czy licencji) konieczne jest zadbanie nie tylko o to, aby zapewnić Zamawiającemu odpowiednie do jego potrzeb uprawnienia, lecz także aby spełnić rygorystyczne i specyficzne dla tej dziedziny prawa, wymogi jakie wprowadza ustawa o prawie autorskim. Podstawowym wymogiem jest obowiązek specyfikacji pól eksploatacji. Zgodnie z art. 41 ust. 2 pr. aut., umowa licencyjna (podobnie jak umowa przeniesienia majątkowych praw autorskich) „*obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione*”. Wymóg ten odgrywa szczególne znaczenie w przypadku umów w przedmiocie zamówienia publicznego, ponieważ zgodnie z art. 139 ust. 2 p.z.p. wszystkie umowy tego rodzaju, a więc również umowy licencyjne, powinny być zawierane w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W praktyce więc, Zamawiający są pozbawieni możliwości dowodzenia nabycia praw do danego pola eksploatacji w inny sposób, niż poprzez przedstawienie pisemnych umów.

Katalog majątkowych praw autorskich do oprogramowania zawiera art. 74 ust. 4 pr. aut., wymieniając:

- wszelkie postacie zwielokrotniania, w tym trwałe lub czasowe zwielokrotnianie programu komputerowego, w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, także w zakresie, w którym dla wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania i przechowywania programu komputerowego niezbędne jest jego zwielokrotnienie;
- wszelkie modyfikacje, w tym tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub jakiegokolwiek inne zmiany w programie komputerowym (uprawnienie to nie jest tożsame z możliwością korzystania z praw zależnych, o czym poniżej w pkt 4);
- wszelkie formy rozpowszechniania, w tym użyczenie lub najem programu komputerowego lub jego kopii.

Podstawowa różnica w stosunku do innych kategorii utworów polega na tym, że w przypadku programów komputerowych prawo do wprowadzania zmian jest prawem majątkowym, a nie osobistym. Ponadto, w sferę praw majątkowych wchodzi każdy rodzaj zwielokrotnienia oprogramowania, a więc także zwielokrotnienia tymczasowe i efemeryczne, które w przypadku pozostałych kategorii utworów nie są objęte monopolem prawnautorskim (wyjątek w tym zakresie wprowadza art. 23¹ pr. aut.). Precyzując uprawnienie do zwielokrotniania systemu informatycznego, poza zwielokrotnianiem koniecznym w procesie jego używania, warto określić także ilość kopii, którą ma prawo samodzielnie sporządzić Zamawiający; zwykle są to kopie produkcyjne, testowe i zapasowe. Należy również pamiętać, że modyfikowanie oprogramowania wymaga najczęściej dostępu do kodu źródłowego, a zatem umowa powinna zobowiązywać Wykonawcę do wydania Zamawiającemu odpowiednio przygotowanego kodu źródłowego oprogramowania dedykowanego. Nie w każdym jednak przypadku dostępu do kodu źródłowego będzie



wymagany, w zależności bowiem od specyfiki rozwiązania informatycznego wystarczające może być uzyskanie informacji na temat interfejsów systemowych (opisu interfejsów).

W odniesieniu do dokumentacji zastosowanie powinny znaleźć te pola eksploatacji, które konieczne są Zamawiającemu do jej wykorzystywania, a zatem przede wszystkim różne rodzaje zwielokrotniania (w tym techniką drukarską, reprograficzną oraz cyfrową) oraz rozpowszechniania (w tym np. rozpowszechniania dokumentacji oprogramowania dedykowanego w ramach przyszłych SIWZ dotyczących rozwoju tego oprogramowania). Jak to wskazano powyżej, pod pojęciem dokumentacji powinno rozumieć się nie tylko instrukcje dołączane do oprogramowania, lecz także dokumentację wytwarzaną przez Wykonawcę w ramach realizacji umowy, np. koncepcję wdrożenia.

G. Moment przejścia praw / udzielenia licencji

Nie mniej istotnym elementem jest prawidłowe określenie momentu przeniesienia praw lub udzielenia licencji. Moment ten będzie wyznaczał okres, od którego Zamawiający uzyskuje prawo do korzystania z systemu. Strony mają swobodę w określeniu chwili przejścia praw. Najczęściej moment ten powiązany jest z odbiorem systemu (lub jego części mającej samodzielne znaczenie) i / lub z momentem zapłaty wynagrodzenia. W związku z tą ostatnią przesłanką warto podkreślić, że prawo autorskie nie rozróżnia produkcyjnej i nieprodukcyjnej eksploatacji programów komputerowych. Zamawiający powinien dysponować tytułem prawnym już na początkowym etapie wdrożenia tj. instalacji „wyjściowej” wersji programu w środowisku rozwojowym. Decydująca jest tu sama okoliczność zwielokrotnienia programu w infrastrukturze Zamawiającego. Powstaje w związku z tym problem ponoszenia kosztów zakupu licencji, mimo że „pełne” (produkcyjne) korzystania z programu ma nastąpić dopiero w przyszłości. Należy w związku z tym podkreślić, że w świetle regulacji prawnoautorskiej strony mogą ustalić, że płatność ta nastąpi np. dopiero po starcie produktywnym wdrażanego systemu. Chwila udzielenia licencji nie musi więc być chwilą zapłaty.

Praktyczne problemy budzić może także określenie momentu udzielenia licencji w przypadku braku regulacji umownej. Art. 64 pr. aut. reguluje tę kwestię wyłącznie w odniesieniu do umów przenoszących prawa autorskie, stanowiąc że: *„Umowa zobowiązująca do przeniesienia autorskich praw majątkowych przenosi na nabywcę, z chwilą przyjęcia utworu, prawo do wyłącznego korzystania z utworu na określonym w umowie polu eksploatacji, chyba że postanowiono w niej inaczej”*.

Wydaje się zatem, że wobec braku odpowiednika art. 64 pr. aut. w regulacji dotyczącej umów licencyjnych, stosując wykładnię *a maiori ad minus* można przyjąć, że także i w przypadku licencji decydujące znaczenie ma chwila przyjęcia jakościowego utworu (skoro jest ona właściwa dla umów o silniejszym skutku, jakimi są umowy przeniesienia majątkowych praw autorskich, to tym bardziej powinna znaleźć zastosowanie do umów o słabszym skutku – licencji).

H. Czas trwania umowy

W każdej umowie z zakresu praw autorskich warto także w sposób wyraźny uregulować czas przez jaki obowiązuje przeniesienie majątkowych praw autorskich lub upoważnienie licencyjne do korzystania z utworu. Jeżeli bowiem strony nie zdecydują się w ogóle



uregulować kwestii czasu obowiązywania licencji, licencja wygaśnie po upływie 5 lat (art. 66 pr. aut.).

W obydwu przypadkach (przeniesienia praw i licencji) możliwe jest zawarcie umowy na czas oznaczony lub nieoznaczony. Upływ czasu na jaki zawarto umowę przeniesienia majątkowych praw autorskich skutkuje automatycznym powrotem tych praw do Wykonawcy (bez konieczności zawierania kolejnej umowy). W zakresie umów licencyjnych ustawa daje szerszy wachlarz możliwości.

Zgodnie z art. 68 ust. 1 pr. aut., jeżeli umowa nie stanowi inaczej, a licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego. Z postanowienia tego wynika, że strony zawierając umowę wyraźnie określoną jako zawartą na czas nieoznaczony mogą określić terminy jej wypowiedzenia, a jeśli tego nie uczynią, to wchodzi w grę termin ustawowy.

Art. 68 ust. 2 pr. aut. stanowi z kolei, że licencję udzieloną na czas dłuższy niż pięć lat uważa się, po upływie tego terminu, za udzieloną na czas nieoznaczony. Oznacza to, że wypowiedzeniu podlega również umowa licencyjna zawarta na czas oznaczony, dłuższy niż 5 pięć lat. Z literalnego brzmienia powyższej regulacji wynika zatem, że umowa zawarta przez strony na lat 10 i tak podlegałaby wypowiedzeniu po upływie lat 5-ciu. Warto w tym miejscu raz jeszcze jednak przypomnieć, że w przypadku skorzystania z prawa wypowiedzenia, Licencjodawca (Wykonawca) musiałby zwrócić wszystkie uzyskane opłaty.

Oprócz czasu, w umowie warto także wskazać zasięg terytorialny, którego dotyczy przeniesienie praw lub licencji. Milczenie umowy licencyjnej w tym zakresie będzie oznaczało, że umowa obowiązuje na terytorium państwa, w którym Licencjobiorca (Zamawiający) ma swoją siedzibę (art. 66 ust. 1 pr. aut.).

Przeniesienie majątkowych praw autorskich może przybrać następującą postać:

Przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Dedykowanego Rezultatu Prac nastąpi z chwilą podpisania przez Strony Protokołu Odbioru obejmującego dany Dedykowany Rezultat Prac, oraz obejmować będzie następujące pola eksploatacji:

a) W zakresie Dedykowanych Rezultatów Prac będących programami komputerowymi, tj. Oprogramowania Dedykowanego, przeniesienie autorskich praw majątkowych obejmuje następujące pola eksploatacji:

- 1) utrwalanie, a także trwałe lub czasowe zwielokrotnianie programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie,*
- 2) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym,*
- 3) rozpowszechnianie, wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem programu komputerowego lub jego kopii,*
- 4) inne niż wymienione w pkt 3) rozpowszechnianie programu komputerowego, w szczególności publiczne udostępnianie programu komputerowego w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu*

i w czasie przez siebie wybranym;

b) W zakresie Dedykowanych Rezultatów Prac niebędących programami komputerowymi przeniesienie autorskich praw majątkowych obejmuje następujące pola eksploatacji:

- 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania utworu - wytwarzanie każdą techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową,*
- 2) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian,*
- 3) w zakresie obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono - wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy,*
- 4) w zakresie rozpowszechniania utworu w sposób inny niż określony w pkt 3 - publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym.*

Udzielenie Wykonawcy zwrotnej licencji przez Zamawiającego w przypadku przeniesienia majątkowych praw autorskich można uregulować np. w następujący sposób:

Z chwilą podpisania przez Strony Protokołu Odbioru obejmującego dany Dedykowany Rezultat Prac Zamawiający udziela Wykonawcy na czas realizacji Umowy nieodpłatnej licencji w zakresie korzystania z Oprogramowania Dedykowanego jedynie w zakresie i celu niezbędnym dla świadczenia przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego Usług wskazanych w Umowie, obejmującej następujące pola eksploatacji:

- 1) utrwalanie, a także trwałe lub czasowe zwielokrotnienie programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie,*
- 2) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym.*

Licencja tymczasowa może przybrać następującą postać:

Na potrzeby odbioru Dedykowanych Rezultatów Prac, Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji tymczasowej na ich wykorzystywanie w zakresie niezbędnym do dokonania przez Zamawiającego ich odbioru, w szczególności przeprowadzenia niezbędnych testów. Licencja tymczasowa udzielana jest z chwilą przekazania Dedykowanych Rezultatów Prac do odbioru i wygasa z chwilą podpisania przez Strony odpowiedniego Protokołu Odbioru.

Przykładowe postanowienia umowy licencyjnej mogą wyglądać w następujący sposób:

Wykonawca w ramach realizacji niniejszej Umowy z chwilą Odbioru Oprogramowania udzieli Zamawiającemu licencji w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § [...] Umowy na korzystanie z Oprogramowania oraz związanej z nim dokumentacji, w zakresie i na zasadach opisanych poniżej.

Licencja, o której mowa w ust. [...] powyżej udzielana jest na następujących polach eksploatacji:

- 1) trwałe lub czasowe zwielokrotnienie, w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, w szczególności dla celów związanych z realizacją zadań statutowych Zamawiającego;*



2) udostępnianie Oprogramowania pracownikom i kontrahentom będącym odrębnymi podmiotami działającym na zlecenie Zamawiającego;

3) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w Oprogramowaniu, które są konieczne do jego wykorzystania zgodnie z przeznaczeniem.

Licencja udzielona przez Wykonawcę na korzystanie z Oprogramowania upoważnia Zamawiającego do korzystania z tego Oprogramowania w celu przetwarzania danych na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej, na jednej instalacji, przez tylu użytkowników jednocześnie, o ilu stanowią limity ich maksymalnej liczby wskazanej w ust. [...] powyżej.

W ramach udzielonej licencji na korzystanie z Oprogramowania Zamawiający upoważniony jest do sporządzania trzech dodatkowych kopii tego Oprogramowania dla celów związanych z jego użytkowaniem, z tym zastrzeżeniem, że jednocześnie używanie instancji produkcyjnej tego Oprogramowania oraz jego kopii dla celów produkcyjnych jest niedozwolone.

Licencja zostaje udzielona bez ograniczeń terytorialnych, na czas określony 25 lat z możliwością jej rozwiązania za 5-letnim okresem wypowiedzenia złożonego po upływie 5 lat od daty udzielania licencji.

Wykonawca zobowiązuje się, że nie wypowie umowy licencyjnej, chyba że Zamawiający naruszy postanowienia licencji. Zamawiający zobowiązuje się, że nie wypowie umowy licencyjnej, chyba że Wykonawca naruszy postanowienia licencji.

W terminie 14 dni od daty udzielenia licencji na korzystanie z Oprogramowania Wykonawca prześle Zamawiającemu certyfikat licencyjny wraz z nośnikiem, na którym utrwalone będzie Oprogramowanie oraz dokumentacja użytkowa tego Oprogramowania.

Licencja, o której mowa powyżej obejmuje wszelkie dostarczane Zamawiającemu nowe wersje i aktualizacje Oprogramowania. Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie z tytułu udzielenia licencji na nowe wersje i aktualizacje.

W przypadku, gdy Wykonawca pośredniczy w pozyskiwaniu przez Zamawiającego licencji od podmiotów trzecich (co dotyczy najczęściej oprogramowania narzędziowego), Wykonawca nie występuje w roli licencjodawcy, a jedynie zobowiązuje się do zapewnienia Zamawiającemu udzielenia określonej ilości licencji określonej treści (model *resellera*).
Przykładowo:

W przypadku dostarczenia przez Wykonawcę, w ramach realizacji Umowy, Rezultatów Prac stworzonych przez osoby trzecie lub co do których majątkowe prawa autorskie przysługują osobom trzecim, Wykonawca zobowiązuje się udzielić licencji lub zapewnić udzielenie licencji do takiego Rezultatu Prac przez podmiot do tego uprawniony. Powyższa licencja będzie udzielona na standardowych warunkach producenta takich Rezultatów Prac, jednakże muszą one zapewniać Zamawiającemu co najmniej prawo do korzystania z takich Rezultatów Prac w zakresie niezbędnym do realizacji niniejszej Umowy.

Wykonawca zobowiązuje się, że z chwilą dostarczenia Rezultatu Prac poinformuje Zamawiającego, czy dany Rezultat Prac objęty jest prawami autorskimi podmiotów trzecich oraz niezwłocznie przedstawi Zamawiającemu nazwę i siedzibę podmiotu jaki będzie udzielał licencji na dany Rezultat Prac oraz prześle Zamawiającemu warunki licencyjne korzystania z takich Rezultatów Prac.



W przypadku licencji na korzystanie z Rezultatów Prac osób trzecich, Wykonawca zobowiązuje się, że Zamawiający nie utraci – z przyczyn niezależnych od Zamawiającego – praw niezbędnych do korzystania z takich Rezultatów Prac przez okres obowiązywania umowy licencyjnej, a w wypadku gdyby takie zdarzenie miało miejsce Wykonawca w ramach otrzymanego z tytułu niniejszej Umowy wynagrodzenia dostarczy i wdroży zamienne Rezultatu Prac.

4. Modyfikowanie oprogramowania

Modyfikowanie oprogramowania może przybrać postać prostej naprawy błędów, a może również prowadzić do stworzenia przeróbek na tyle twórczych, że będą one nowymi programami komputerowymi, tzw. opracowaniami. Opracowanie jest zatem odrębną kategorią utworu, który sam w sobie spełnia cechy twórczości i który zarazem, poprzez przejęcie treści i formy, umożliwia „zapoznanie się” z utworem pierwotnym. W precyzyjnym zdefiniowaniu pojęcia „opracowania pomocne” przez ustawę są wymienione jego przykłady: tłumaczenie, przeróbka, adaptacja (art. 2 ust. 1 pr. aut.). Wyjątkowość opracowań polega na tym, że nie są to utwory samoistne, gdyż prawo autorskie zabrania korzystania (lub rozporządzania) z samodzielnie stworzonego przez siebie opracowania cudzego utworu (pierwotnego), bez uzyskania stosownej zgody twórcy tego utworu (art. 2 ust. 2 pr. aut.). Co do zasady, ustawa nie wymaga zezwolenia na samo stworzenie opracowania, lecz wyłącznie na wykonywanie praw (autorskich) do tego opracowania. Wyjątkiem są tu jednak programy komputerowe, gdyż w ich przypadku – jak to zaznaczono powyżej – zezwolenia podmiotu uprawnionego z tytułu majątkowych praw autorskich wymaga wprowadzanie jakiegokolwiek zmiany do programu (art. 74 ust. 4 pkt 2 pr. aut.) a zatem także sporządzenie opracowania.

Oczywiście granica, od której „zaczyna” się opracowanie jest trudna do określenia w sposób abstrakcyjny, zwłaszcza w przypadku utworów takich jak programy komputerowe. Nie każda bowiem zmiana kodu programu z mocy samego prawa skutkować będzie wykreowaniem nowego utworu – opracowania. Stworzenie utworu zależnego wiąże się bowiem z koniecznością dokonania zmian tak znacznych, że w efekcie powstaje nowy utwór, a zatem program komputerowy inny, niż program pierwotny. Podkreśla się, że co do zasady przejęcie elementów twórczych, np. w celu stworzenia nowej wersji programu, uzupełnienia go o dodatkowe funkcjonalności, adaptowania do warunków innego systemu lub przetłumaczenia na inny język programowania, zasadniczo prowadzić będzie do powstania opracowania. Skutku takiego nie wywoła wprowadzenie prostych, nietwórczych zmian, takich jak uporządkowanie kodu (np. usunięcie zbędnych fragmentów), aktualizacja baz danych, wprowadzenie zmian nie dotyczących kodu programu (np. grafiki) itp. lub przejęcie z pierwotnego oprogramowania wyłącznie fragmentów, które ze względu na szablonowość, powtarzalność, standardowość i brak oryginalności, nie będą wykazywały przesłanek twórczości. Nie sposób podać choćby przybliżonej wielkości takich fragmentów – nie tyle liczy się tu jednak wielkość, ile brak spełnienia przez nie przesłanek twórczości z art. 1 ust. 1 pr. aut.

Zamawiający powinien zatem każdorazowo zapewnić sobie nie tylko możliwość modyfikacji i tworzenia opracowań programów komputerowych składających się na wdrażany system, lecz także wykonywania zależnych praw autorskich, np. zwielokrotniania stworzonych przez siebie opracowań w związku z ich wykorzystywaniem. Co istotne, wyłączne prawo



zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego pozostaje przy twórcy, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych, chyba że w umowie wyraźnie postanowiono inaczej (art. 46 pr. aut.). Prawidłowa konstrukcja takiego zezwolenia powinna odwoływać się do pól eksploatacji na oprogramowanie oryginalne i może mieć następującą postać:

Ponadto, z chwilą odbioru Rezultatu Prac / Oprogramowania Dedykowanego, Wykonawca każdorazowo przenosi na Zamawiającego za wynagrodzeniem określonym w § [...] Umowy, na czas nieoznaczony i na terytorium całego świata, prawo zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich poprzez rozporządzanie i korzystanie z opracowań przekazywanego Rezultatu Prac na wszystkich polach eksploatacji wymienionych powyżej.

Oprócz zabezpieczenia prawnej strony modyfikowania oprogramowania konieczne jest również zabezpieczenie tego uprawnienia od strony faktycznej. Zamawiający powinien zatem pozyskać nie tylko własność wszelkich nośników, na których przekazywane jest oprogramowanie lub dokumentacja (oczywiście w tych przypadkach, w których w ogóle nośniki będą wykorzystywane), jak również dostęp do kodów źródłowych (oprogramowania dedykowanego) i ich dokumentacji (opisu umożliwiającego wprowadzanie zmian). Przykładowo:

Wykonawca przekaze Zamawiającemu dokumentację dotyczącą Oprogramowania Dedykowanego, jak również przekaze kody źródłowe do tego oprogramowania z momentem powiadomienia Zamawiającego o gotowości do odbioru oraz każdorazowo po dokonaniu przez Wykonawcę, w ramach realizacji Umowy, modyfikacji Dokumentacji i kodów źródłowych – w terminie do 15 dni od dokonania takiej modyfikacji. Przekazanie przez Wykonawcę dokumentacji oraz kodów źródłowych, o których mowa powyżej, jest warunkiem podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru, w tym Protokołu Odbioru Końcowego.

Z chwilą dokonania przez Zamawiającego odbioru poszczególnych Produktów dostarczonych i wykonanych w ramach realizacji Umowy, Zamawiający nabywa własność nośników, na których je przekazano.

5. Wolne i otwarte oprogramowanie

Alternatywą dla klasycznego oprogramowania jest oprogramowanie zaliczane do tzw. wolnego (*free software*) lub otwartego (*open source*) oprogramowania. Tego typu programy komputerowe są o tyle atrakcyjne dla Wykonawców, że ich wykorzystywanie, a najczęściej także modyfikowanie, odbywa się bez konieczności zapłaty wynagrodzenia na rzecz twórcy. Z drugiej strony należy mieć świadomość, że posługiwanie się tego typu oprogramowaniem wiąże się z istotnymi konsekwencjami, w tym m.in. wyklucza możliwość przeniesienia praw na Zamawiającego, a także może narzucać konieczność zastosowania określonych warunków licencyjnych.

Nawiązując do terminologii polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 74 ust. 4 pr. aut.) stwierdzić można, że wolne oprogramowanie lub oprogramowanie *open source* to takie oprogramowanie, które udostępniane jest wraz z kodem źródłowym na licencji zezwalającej licencjobiorcy:



- a) trwałe lub czasowe zwielokrotnianie, w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, także w zakresie wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania i przechowywania programu;
- b) tłumaczenie, przystosowywanie, zmianę układu lub dokonywanie jakichkolwiek innych zmian w programie;
- c) rozpowszechnianie programu lub jego kopii.

Licencje zawierają dodatkowo zezwolenie na wykonywanie praw zależnych do stworzonych przez licencjobiorcę opracowań (przeróbek) programu, która w pewnych przypadkach przybiera postać tzw. klauzuli *copyleft* zezwalającej, ale i jednocześnie obligującej licencjobiorcę do rozpowszechniania stworzonych przez siebie modyfikacji licencjonowanego oprogramowania wyjściowego, wyłącznie na takiej samej licencji, na której udostępniono ten program (lub ewentualnie na licencji gwarantującej ten sam poziom swobody korzystania z oprogramowania). Najbardziej znanymi i najpowszechniej występującymi są licencje GNU General Public License, GNU Lesser General Public License oraz licencje BSD (Berkeley Software Distribution License).

W praktyce oznacza to, że jeżeli Wykonawca posługuje się oprogramowaniem udostępnianym na wolnej licencji, to stworzone przez niego przeróbki (opracowania) takiego oprogramowania mogą być udostępnione Zamawiającemu także wyłącznie na takiej licencji. Ten sam mechanizm znajdzie zastosowanie w odniesieniu do modyfikacji wykonanych samodzielnie przez Zamawiającego. W związku z tym, aby uniknąć efektu „infekowania” oprogramowania klauzulą *copyleft* konieczne jest dokonanie ścisłego podziału poszczególnych elementów (modułów) systemu i ich oddzielne licencjonowanie. Inną możliwością jest zobligowanie Wykonawców do stosowania wyłącznie takich programów komputerowych, które udostępniane są na licencjach nie zawierających klauzuli *copyleft* lub ograniczających jej zastosowanie, jak np. licencja GNU LGPL.

6. Oprogramowanie jako usługa

Aktualnie coraz większą popularność zyskuje model udostępniania oprogramowania bez jednoczesnego udostępniania jego kopii (*Software as a Service, SaaS*). Jest to między innymi jeden z modeli świadczenia usług w ramach chmury obliczeniowej. Należy w związku z tym podkreślić, że z uwagi na brak elementu zwielokrotnienia programu w zasobach użytkownika przyjmuje się, że mamy tu do czynienia z usługą zapewnienia dostępu do programu, nie jest więc – co do zasady - konieczne udzielenie licencji. Wyjątkiem będą przypadki w których korzystanie z programów wymaga zainstalowania wtyczek (*plug-in*), łączenia różnych rodzajów oprogramowania na platformach typu *IaaS (Infrastructure as a Service)* lub korzystania z niektórych rodzajów interfejsów.

7. Depozyt kodu źródłowego

Instytucja depozytu kodu źródłowego powinna znaleźć zastosowanie w tych sytuacjach, w których Zamawiający nie uzyskuje od razu prawa do modyfikacji programu komputerowego, ale jedynie prawo takie ma zagwarantowane w przyszłości, w przypadku spełnienia określonych w umowie warunków.



Decydując się na takie rozwiązanie strony powinny określić depozytariusza, któremu zostanie złożony kod źródłowy (najczęściej jest to podmiot zaufania publicznego, np. bank, notariusz lub wyspecjalizowana firma), formę w jakiej kod źródłowy zostanie zdeponowany (wydruk, nośnik elektroniczny) oraz warunki jego wydania Zamawiającemu. Depozyt kodu źródłowego może zostać uregulowany w następujący sposób:

W celu zabezpieczenia możliwości nieprzerwanego korzystania z Systemu przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do zdeponowania kodu źródłowego Oprogramowania Dedykowanego u niezależnego od Stron depozytariusza, wybranego przez Strony, nie później niż w ciągu 7 dni od dnia zawarcia niniejszej Umowy.

Kod źródłowy Oprogramowania Dedykowanego zostanie przekazany do depozytu nie później niż w terminie 5 dni od dnia doręczenia Wykonawcy oświadczenia Zamawiającego ze wskazaniem Depozytariusza.

Koszt depozytu ponosi Zamawiający.

Wykonawca upoważnia Zamawiającego do pobrania kodu źródłowego Oprogramowania Dedykowanego od Depozytariusza i do korzystania z niego na potrzeby własne związane z usuwaniem błędów oraz wykonywaniem modyfikacji Oprogramowania oraz udziela Zamawiającemu prawa wykonywania autorskiego prawa zależnego, w przypadku, gdy nastąpi:

- 1) prawomocne ogłoszenie upadłości Wykonawcy;*
- 2) otwarcie procesu likwidacji Wykonawcy;*
- 3) faktyczne zaprzestanie prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę w zakresie działalności objętej niniejszą Umową.*

Zmiana Depozytariusza kodu źródłowego możliwa jest wyłącznie z ważnych powodów oraz wymaga zgody drugiej Strony wyrażonej na piśmie pod rygorem nieważności.

8. Własność intelektualna a serwis i gwarancja

W trakcie świadczenia usług serwisu lub gwarancji nierzadko dochodzi do wytworzenia poprawek, aktualizacji, upgradów i innych modyfikacji na tyle samodzielnych i zindywidualizowanych, że z punktu widzenia prawa autorskiego będą utworami odrębnymi od samego systemu. Ze względu na to, że proces rozwoju i ulepszania systemu jest konieczny, w każdej prawidłowo skonstruowanej umowie IT powinny znaleźć się zapisy regulujące przejście praw / udzielenie licencji do tego typu przyszłych utworów. Najczęściej klauzule dotyczące aktualizacji tworzone są poprzez proste odwołanie do bazowej regulacji umowy w zakresie praw autorskich, np.:

Licencja, o której mowa w § [...] powyżej obejmuje wszelkie nowe wersje i aktualizacje Oprogramowania, które zostaną dostarczone Zamawiającemu w ramach usług serwisu i gwarancji. Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie z tytułu udzielenia licencji na wskazane powyżej nowe wersje i aktualizacje.

Warto także pamiętać, że jeżeli Wykonawca nie będzie samodzielnie wprowadzał zmian serwisowych do własnego oprogramowania dostarczonego i / lub wykonanego w związku z realizacją umowy na rzecz Zamawiającego, to – z jednej strony – na wprowadzenie takich zmian konieczne będzie uzyskanie zezwolenia podmiotu majątkowych praw autorskich (Wykonawcy lub Zamawiającego), z drugiej zaś – jeżeli zmiany takie mają być objęte licencją



Wykonawcy, której ten udziela Zamawiającemu, konieczne jest uprzednie pozyskanie stosownych praw od autora zmian przez Wykonawcę tak, aby ten ostatni mógł skutecznie wywiązać się ze swoich obowiązków. Tym samym, Wykonawca powinien co najmniej uzyskać licencję z możliwością sublicencjonowania zmian i modyfikacji wprowadzanych przez podmioty trzecie (podwykonawców).

W przypadku aktualizacji i zmian oprogramowania, w stosunku do którego Wykonawcy nie przysługują majątkowe prawa autorskie (np. Oprogramowania Podmiotów Trzecich), rola Wykonawcy najczęściej sprowadza się wyłącznie do pośredniczenia w ich dostarczeniu. Status prawnoautorski tego typu aktualizacji i zmian warto zatem określić analogicznie do statusu oprogramowania, którego dotyczą, np. obejmując definicją Oprogramowania Podmiotów Trzecich także i wszelkie modyfikacje tego oprogramowania (zob. uwagi do podrozdziału 2 powyżej). Nie będzie wówczas wątpliwości, że aktualizacje i zmiany są objęte tą samą licencją, którą objęte jest modyfikowane Oprogramowania Podmiotów Trzecich.

W bardziej rozbudowanych umowach wprowadza się sformalizowane procedury Zamawiania i odbierania modyfikacji. W takich przypadkach do pozyskania praw autorskich dochodzi najczęściej w analogiczny sposób, jak to ma miejsce w przypadku samego systemu, tj. w momencie dokonania odbioru modyfikacji lub zapłaty wynagrodzenia za jej wykonanie.

W kontekście wskazanego powyżej zagadnienia należy także zwrócić uwagę na fakt, iż świadczenie usług serwisu i gwarancji w odniesieniu do oprogramowania, a także sprzętu (w zakresie oprogramowania wbudowanego – *firmware*) niejednokrotnie wymaga posiadania przez Wykonawcę dostępu do materiałów producenta tego oprogramowania oraz uzyskania przez Wykonawcę stosownych praw do udostępnianych przez producenta poprawek i nowych wersji. Zamawiający powinien zatem na etapie konstruowania umowy przewidzieć dla Wykonawcy obowiązki związane z wykupieniem stosownego wsparcia producenta w zakresie oferowanego przez Wykonawcę rozwiązania, tak by wykonywanie świadczeń w ramach serwisu i gwarancji było w praktyce możliwe.



ROZDZIAŁ IV. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA NIEWYKONANIE LUB NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY IT

1. Wstęp

W niniejszym rozdziale zostanie przedstawiona problematyka odpowiedzialności stron za wykonanie umowy, w szczególności w kontekście ograniczania tej odpowiedzialności. Wskazane zostaną również przykładowe postanowienia umowne regulujące tę materię.

Klauzule dotyczące odpowiedzialności, w szczególności kar umownych, są podstawowymi kwestiami, które, obok ceny i przedmiotu umowy, pozwalają potencjalnym oferentom dokonać oceny ekonomicznej zamówienia, a w konsekwencji służyć podjęciu decyzji, czy ubiegać się o jego udzielenie. To z kolei oznacza, iż przy konstruowaniu postanowień umownych regulujących odpowiedzialność stron potrzebna jest rozważa i umiejętność wyważenia interesu obu stron, zarówno Zamawiającego jak i Wykonawcy.

Uzyskanie szeregu ofert od różnych potencjalnych Wykonawców jest uzależnione między innymi od odpowiedniego rozłożenia odpowiedzialności stron. Brak znajomości standardów panujących w branży IT może skutkować tym, że podmiot, który ma możliwość złożenia konkurencyjnej cenowo oferty, nie uczyni tego np. ze względu na postanowienia umowne zakładające nieograniczoną odpowiedzialność Wykonawcy.

Wielu przedsiębiorców informatycznych, zwłaszcza będących częścią międzynarodowych korporacji, stosuje wewnętrzne procedury zawierania umów spójne ze standardami rynkowymi. Zgodnie z tymi procedurami zarząd zazwyczaj może podjąć decyzję o uczestniczeniu w przetargu tylko jeżeli odpowiedzialność Wykonawców będzie podlegała stosownym ograniczeniom. Tym samym istnieje wysokie ryzyko, iż jeżeli istotne postanowienia umowne będą zawierały postanowienia umowne zakładające nieograniczoną odpowiedzialność Wykonawców, wielu z nich, w tym wiodący na rynku i dostarczający najwyższej jakości usługi, nie złoży oferty.

Dodatkowo należy także zwrócić uwagę na fakt, że zastosowanie przez Zamawiającego reguł wprowadzających nieograniczoną odpowiedzialność Wykonawców, bez wątpienia niepotrzebnie przełoży się także na znaczny wzrost kosztów danego projektu. Spowodowane jest to tym, że Wykonawcy, którzy w danym przypadku zdecydują się na złożenie oferty w postępowaniu, niewspółmiernie zwiększą cenę swojej oferty w celu pokrycia wszystkich swoich potencjalnych ryzyk.

Między innymi ze względu na powyższe, w interesie Zamawiającego powinno być umowne ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

2. Granica odpowiedzialności umownej

Standardem w umowach dotyczących systemów informatycznych jest ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej stron do określonej wysokości, określanej kwotowo lub do wartości umowy. Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące tę kwestię

Wykonawca ponosi odpowiedzialność, za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy w szczególności poprzez możliwość Zamawiającego naliczenia kar umownych lub dochodzenia odszkodowania, na zasadach ogólnych, do wysokości należnego [...] % Wynagrodzenia.

Naliczenie kar umownych nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych, na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym, do wysokości Wynagrodzenia. Zasada powyższa dotyczy wszystkich kar umownych zastrzeżonych w Umowie na rzecz Zamawiającego.

3. Odpowiedzialność za utracone korzyści

Ponadto, standardowo w umowach IT, odpowiedzialność stron jest ograniczana do szkody rzeczywistej. Jest to podyktowane potrzebą wyeliminowania sytuacji, w której strona będzie odpowiadała za trudne do skwantyfikowania utracone korzyści drugiej strony. Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące tę kwestię.

Żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za utracone korzyści, które druga Strona mogłaby osiągnąć, gdyby szkoda nie nastąpiła.

4. Wina Wykonawcy

Nie należy zapominać, iż odpowiedzialność kontraktowa stron umowy, zgodnie z zasadami prawa cywilnego opiera się zasadniczo na winie:

- umyślnej (sprawca uświadamiając sobie, że nie wykonuje lub wykonuje umowę nienależycie, albo, że jego zachowanie może tym skutkować, chce aby taki skutek nastąpił) albo
- nieumyślnej (sprawca nie mając zamiaru niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w profesjonalnym obrocie w branży informatycznej nie wykonuje lub wykonuje umowę nienależycie).

Tak określoną odpowiedzialność można jednak modyfikować, w szczególności uzależniając odpowiedzialność strony wyłącznie od winy umyślnej (art. 472 k.c.).

Ponadto, zgodnie z prawem nic nie stoi na przeszkodzie, aby strona ponosiła odpowiedzialność za niewykonanie i nienależyte wykonanie umowy niezależnie od winy (np. w przypadku opóźnień / zwłoki, o czym więcej poniżej). Zamawiający powinien ocenić czy odpowiedzialność wykonawcy należy ustalić jako zależną lub niezależną od winy Wykonawcy. Standardem na rynku jest określanie odpowiedzialności Wykonawcy jako zależną od jego winy. Natomiast w niektórych krytycznych przypadkach, może być uzasadnione ustalenie odpowiedzialności Wykonawcy niezależnie od jego winy. Takie rozszerzenie odpowiedzialności Wykonawcy jest odstępstwem od ogólnych reguł prawa cywilnego i jego wprowadzenie do IPU należy dokładnie rozważyć, gdyż może ono powodować nie tylko zwiększenie ceny oferty Wykonawców, lecz może również spowodować, iż potencjalne oferty Wykonawców w ogóle nie zostaną złożone.



Wydaje się zasadne, iż jeżeli Zamawiający na etapie projektowania IPU zamierza określić odpowiedzialność Wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy niezależnie od jego winy, to wydaje się zasadne, by jego odpowiedzialność ograniczyć w stosunku do okoliczności zależnych od Zamawiającego (np. gdy Zamawiający nie współpracuje z Wykonawcą, co powoduje opóźnienia, lub gdy utrata danych wynika z wykonania kopii zapasowej przez Zamawiającego).

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące tę kwestię – przykład 1 – określający odpowiedzialność Wykonawcy na zasadzie winy.

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy następuje na skutek okoliczności za które nie odpowiada Wykonawca.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne – przykład 2 – określający odpowiedzialność Wykonawcy niezależnie od winy.

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, niezależnie od stopnia zawinienia Wykonawcy w następujących przypadkach: [...]

5. Możliwość i obowiązek uczestniczenia Wykonawcy w postępowaniu dotyczącym naruszenia praw osób trzecich

Na gruncie postępowania zamówieniowego, racjonalnym oczekiwaniem Wykonawców jest umożliwienie im obrony przed nieuzasadnionymi zarzutami naruszenia praw osób trzecich. Z kolei w interesie Zamawiającego jest określenie, iż Wykonawca będzie zobowiązany wspomóc Zamawiającego w ewentualnym postępowaniu sądowym, które może zostać wytoczone przeciwko Zamawiającemu z tytułu np. naruszenia autorskich praw majątkowych

W informatyce funkcjonalność oprogramowania może być rezultatem różnego sposobu wyrażenia kodu źródłowego. W związku z tym, może mieć miejsce sytuacja, w której jeden program komputerowy będzie osiągał takie same cele i wykonywał takie same zadania co inny program, jednak bez naruszania praw osób trzecich. W związku z tym, producentowi tego drugiego programu może się wydawać, iż naruszono jego prawa wyłączne, gdy w istocie prawa te nie zostały naruszone.

Przekładając powyższy przykład na postanowienia umowne, poniżej przedstawiamy przykład postanowień regulujących te kwestie.

Wykonawca zapewnia, że korzystanie przez Zamawiającego z Systemu, w tym Oprogramowania i innych wyników prac Wykonawcy, oraz wytworzonych przez niego Produktów, w tym Elementów Autorskich i Dokumentacji oraz z innych dóbr niematerialnych wskazanych w niniejszej Umowie, o ile będzie dokonywane zgodnie z postanowieniami Umowy, odpowiednimi warunkami licencyjnymi i dokumentacją techniczną Produktów:

- 1) nie będzie naruszało przepisów prawa na dzień zawarcia umowy w oraz praw osób trzecich*



w szczególności w zakresie praw autorskich, praw własności przemysłowej, prawem chronionych dóbr osobistych lub majątkowych, praw z rejestracji wzorów przemysłowych oraz praw ochronnych na znaki towarowe lub innych praw osób trzecich,

- 2) nie spowoduje naruszenia praw, warunków licencji, warunków gwarancji lub serwisu oprogramowania wchodzących w zakres Infrastruktury Zamawiającego, w szczególności oprogramowania systemowego, standardowego i użytkowego eksploatowanego przez Zamawiającego na dzień zawarcia Umowy lub nabytego podczas realizacji Umowy, jeżeli Wykonawca miał wiedzę lub Zamawiający poinformował go o powyższych warunkach lub miejscu ich udostępnienia na etapie składania oferty, bądź wykonywania analizy przedwdrożeniowej.

Jeżeli Zamawiający poinformuje Wykonawcę o jakichkolwiek roszczeniach osób trzecich zgłaszanych wobec Zamawiającego odnośnie przedmiotu Umowy, w związku z nieprawdziwością oświadczenia Wykonawcy, o którym mowa w pkt. 1 powyżej, Wykonawca podejmie działania mające na celu zażegnanie sporu i poniesie w związku z tym wszelkie koszty, w tym koszty zastępstwa procesowego, od chwili zgłoszenia roszczenia oraz całkowite koszty odszkodowań w razie ich prawomocnego zasądzenia. W szczególności w razie wytoczenia przeciwko Zamawiającemu powództwa z tytułu naruszenia praw osób trzecich, Wykonawca wstąpi do postępowania w charakterze strony pozwanej, a w razie braku takiej możliwości wystąpi z interwencją uboczną po stronie Zamawiającego. Strony nie będą podejmowały jakichkolwiek działań, które zmierzałyby do zawarcia ugody, lub mogłyby stanowić uznanie roszczeń osoby trzeciej, bez uprzednich uzgodnień z drugą Stroną. Wykonanie powyższych zobowiązań uzależnione jest od: a) w niezwłocznego powiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o zgłoszonych roszczeniach, nie później jednak niż 2 Dni Robocze od dnia w którym Zamawiający uzyskał informacje o roszczeniach w w w o ; b) udzielenia Wykonawcy przez Zamawiającego informacji potrzebnych do skutecznej obrony przed zgłoszonym roszczeniem oraz współdziałania przez Zamawiającego z Wykonawcom w zakresie potrzebnym do obrony przed zgłoszonym roszczeniem.

Jeśli uzasadnione roszczenie osoby trzeciej związane z wadą prawną Produktu lub jego części lub Oprogramowania zostanie zgłoszone (lub informacje o naruszeniu uzasadniać będą potrzebę podjęcia niezbędnych działań jeszcze przed podniesieniem roszczenia), Wykonawca jest uprawniony do niezwłocznego zmodyfikowania dotychczas przekazanych Zamawiającemu Rezultatów Prac, Produktów, Oprogramowania lub wymiany ich przy zachowaniu przynajmniej równoważnej jakości i zawartości oraz funkcjonalności, co elementy oryginalne, w sposób pozwalający na jego dalsze wykorzystywanie bez naruszenia praw osób trzecich lub uzyska dla Zamawiającego, na swój koszt, autorskie prawa majątkowe lub licencję na część dotkniętą naruszeniem. W tej sytuacji Wykonawca upoważni również Zamawiającego do korzystania z tak zmodyfikowanych lub wymienionych Rezultatów Prac zgodnie z zasadami opisanymi Umową i Załącznikami i w ramach Wynagrodzenia.

Jeśli żadna z opcji wymienionych w pkt. [...], powyżej nie będzie możliwa do realizacji w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, Zamawiający będzie mógł wypowiedzieć Umowę zgodnie z pkt. [...] Umowy. W takim przypadku Wykonawca, w pokryje koszty poniesione przez Zamawiającego w związku z ewentualnym naruszeniem praw osób trzecich, tj. koszty procesu, koszty zastępstwa procesowego oraz koszty zasądzonych odszkodowań, bez uszczerbku dla obowiązku zapłaty kar umownych, o których mowa w pkt [...] niniejszej Umowy. Wykonawca zwróci ponadto Zamawiającemu wszelkie kwoty uzyskane od Zamawiającego tytułem wynagrodzenia za Produkt naruszający prawa autorskie lub inne prawa osób trzecich, jednakże, w przypadku wypowiedzenia przez



Zamawiającego Umowy i niemożności korzystania z pozostałych dostarczonych przez Wykonawcę Produktów w rezultacie wskazanej w niniejszym pkt. [...] wady prawnej określonego Produktu, Zamawiający będzie mógł żądać zwrotu całości Wynagrodzenia zapłaconego Wykonawcy do dnia rozwiązania Umowy. W odniesieniu do Oprogramowania Standardowego oraz Oprogramowania Osób Trzecich oraz związanej z nim dokumentacji oraz innych produktów osób trzecich, w miejsce powyższych postanowień stosuje się określone w warunkach licencyjnych zasady postępowania w odniesieniu do roszczeń osób trzecich.

6. Kary umowne

W przypadku, gdy Zamawiający przewiduje w umowie obowiązek zapłaty kar umownych, wówczas zalecane jest również określenie w tym dokumencie sposobu ich naliczania i płatności.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące tę kwestię oraz inne standardowe klauzule dotyczące kar umownych.

Kary umowne płatne będą w terminie 14 dni kalendarzowych od daty otrzymania przez Wykonawcę wezwania do zapłaty.

Zapłata kar umownych wynikających z faktu opóźnienia w realizacji Umowy nie zwalnia Wykonawcy od wykonania przedmiotu Umowy.

Kary umowne są niezależne i należą się w pełnej wysokości, nawet w przypadku, gdy z powodu jednego zdarzenia, z różnych tytułów, naliczona jest więcej niż jedna kara.

Rozwiązanie, wygaśnięcie, wypowiedzenie lub odstąpienie od Umowy przez którąkolwiek ze Stron, nie powoduje utraty prawa Zamawiającego do kar umownych należnych na podstawie Umowy.

A. Rozgraniczenie przesłanek nakładania kar umownych

Kary umowne powinny być należne jedynie wtedy, gdy wypełniają hipotezę ściśle określonego postanowienia umownego. Nie jest rekomendowane blankietowe określenie przesłanek, na podstawie których ma być nałożona kara umowna, np. w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W szczególności uzasadnione jest podział przesłanek do naliczania kar umownych ze względu na rodzaj usług, które mają być świadczone w ramach umowy, np. na usługi wdrożenia, utrzymania, rozwoju, itp.

Nie można również zapomnieć, iż opóźnienie, czy zwłoka w wykonaniu umowy zawiera się w zakresie pojęcia nienależytego wykonania umowy. W związku z tym opóźnienie lub zwłoka powinna być oddzielną przesłanką do naliczenia kar umownych od innych przypadków nienależytego wykonania umowy.

Standardem w umowach IT powinno być określanie odpowiedzialności Wykonawcy za zwłokę. Niemniej jednak istotne znaczenie w tym kontekście ma treść pkt. 4 niniejszego rozdziału.

Precyzyjne określenie podstaw do naliczania kar umownych pozwoli na uniknięcie problemów i zarzutów nieuzasadnionego dochodzenia kar umownych od Wykonawcy.



Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące podstawy do naliczania kar umownych dla usługi utrzymania – z tytułu zwłoki (zawinionego opóźnienia). Rekomendowane jest dostosowanie poniższych postanowień do charakteru oraz celu konkretnej umowy oraz systemu. Nie należy zapominać, iż wysokość kar umownych wpływa znacząco na cenę lub wynagrodzenie zawarte w ofertach potencjalnych Wykonawców.

Zamawiający ma prawo dochodzenia kar umownych w zakresie Usług Utrzymania:

- a. *za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy nie przekazanie miesięcznego raportu z realizacji Usług Utrzymania w terminie określonym w Umowie, w wysokości [...] % miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy takiej zwłoki;*
- b. *za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy niedotrzymanie przez Wykonawcę określonego w Umowie Czasu Reakcji na zgłoszenia Incydentów od użytkowników, w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każdą rozpoczętą godzinę takiego przekroczenia Czasu Reakcji;*
- c. *za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy niedotrzymanie przez Wykonawcę określonego w Umowie Czasu Naprawy:*
 - i. *w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każdą rozpoczętą godzinę takiego przekroczenia Czasu Naprawy, dla Incydentu o priorytecie krytycznym;*
 - ii. *w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy takiego przekroczenia Czasu Naprawy, dla Incydentu o priorytecie pilnym;*
 - iii. *w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy takiego przekroczenia Czasu Naprawy, dla Incydentu o priorytecie standardowym;*
- d. *za każde, wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wystąpienie więcej niż 10 Incydentów w danym okresie rozliczeniowym z przekroczeniem Czasu Naprawy powyżej:*
 - 1. *5 dni kalendarzowych dla Incydentów standardowych, lub*
 - 2. *3 dni kalendarzowe dla Incydentów pilnych, lub*
 - 3. *12 godzin dla Incydentów krytycznych**w stosunku do dopuszczalnych terminów Czasu Naprawy w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...] Umowy.*
- e. *za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy niedotrzymanie przez Wykonawcę czasu obsługi problemu w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...] Umowy, za każdy taki rozpoczęty, przekroczony tydzień czasu obsługi problemu o priorytecie krytycznym, pilnym lub standardowym;*
- f. *za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy wystąpienie więcej niż 5 problemów o priorytecie krytycznym z niedotrzymanym Czasem Naprawy w danym okresie rozliczeniowym świadczenia Usług Utrzymania w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia*

- Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każdy problem o prioryecie krytycznym, z niedotrzymanym Czasem Naprawy, powyżej piątego;*
- g. za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy zwłoka w zakresie określonych w Umowie aktualizacji Oprogramowania Osób Trzecich, w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każde rozpoczęte 7 dni kalendarzowych takiego opóźnienia w stosunku do terminu wskazanego w Procedurze Aktualizacji Oprogramowania Osób Trzecich zgodnie z Ofertą. Określone powyżej opóźnienie w spełnieniu powyższego świadczenia powyżej 90 dni kalendarzowych może być podstawą do wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego;*
 - h. za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy przekroczenie limitu godzinowego łącznego czasu niedostępności Systemu, związanego z awariami uniemożliwiającymi pracę wszystkich użytkowników powyżej 6 godzin w danym miesiącu, w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każdą kolejną godzinę takiego przekroczenia niedostępności Systemu. Określone powyżej opóźnienie w spełnieniu tego świadczenia powyżej 24 godzin może być podstawą do wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego;*
 - i. za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy przekroczenie maksymalnego czasu trwania złożonych operacji synchronicznych w części centralnej Systemu, liczonego dla poszczególnych usług Systemu zdefiniowanych w Katalogu Usług w okresie miesiąca z [...] transakcji, o każdą sekundę powyżej dopuszczalnych [...], w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każde takie przekroczenie dopuszczalnego czasu operacji. Brak poprawy powyższego wymogu przez 30 dni kalendarzowych może być podstawą do wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego;*
 - j. za wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy przekroczenie maksymalnego czasu trwania pojedynczych operacji synchronicznych w części centralnej Systemu, dotyczących pojedynczych obiektów, liczonego dla poszczególnych usług Systemu zdefiniowanych w Katalogu Usług w okresie miesiąca z [...] transakcji, o każdą sekundę powyżej dopuszczalnych [...], w wysokości [...] miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Utrzymania, określonego w pkt. [...], za każde takie przekroczenie dopuszczalnego czasu operacji.*

B. Możliwość wypowiedzenia umowy w wypadku naliczenia dużej ilości kar umownych

Standardem rynkowym branży IT jest ustalenie limitu kar umownych. Jest to z reguły sprzężone z uprawnieniem Zamawiającego do wypowiedzenia umowy w razie naliczenia kar umownych, które w sumie będą stanowiły określony procent wartości całej umowy.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące tę kwestię.

Jeżeli w ramach Umowy kary umowne naliczone zgodnie z niniejszą Umową osiągną kwotę limitu kar równą [...] % Wynagrodzenia, wówczas Zamawiający będzie mógł w trybie natychmiastowym wypowiedzieć niniejszą Umowę.

C. Wina Wykonawcy w opóźnieniach / zwłoce



Naturalnym oczekiwaniem Zamawiającego jest to, że Wykonawca wykona daną usługę w odpowiednim czasie, bez względu na okoliczności.

Wykonawca natomiast będzie się starał uzależnić swoją odpowiedzialność od wykazania winy Wykonawcy w opóźnieniu.

Zawinione opóźnienie określa się mianem zwłoki.

Jak już wskazaliśmy w pkt. 4 niniejszego rozdziału, Zamawiający powinien ocenić czy odpowiedzialność Wykonawcy należy ustalić jako zależną lub niezależną od winy Wykonawcy. Standardem na rynku jest określanie odpowiedzialności Wykonawcy jako zależną od jego winy.

Natomiast w niektórych krytycznych przypadkach, może być uzasadnione ustalenie odpowiedzialności Wykonawcy niezależnie od jego winy. Takie rozszerzenie odpowiedzialności Wykonawcy jest odstępstwem od ogólnych reguł prawa cywilnego i jego wprowadzenie do IPU należy dokładnie rozważyć, gdyż może ono powodować nie tylko zwiększenie ceny oferty Wykonawców, lecz może również spowodować, iż potencjalne oferty Wykonawcy w ogóle nie złożą oferty. W w

W niektórych przypadkach uzasadnione będzie określenie kar umownych za opóźnienie, np. w przypadku niewykonania w odpowiednim czasie usług utrzymania. Jest to uzasadnione tym, że zdarzenia powodujące potrzebę wykonania usług utrzymaniowych nie są zależne od którejkolwiek ze stron. Ponadto, Zamawiający nie musi być profesjonalistą w branży IT i Wykonawca powinien dokonać napraw systemu, nawet jeżeli za opóźnieniem w naprawie awarii stoją działania lub zaniechania Zamawiającego. Zatem, fakt, że Wykonawca bez swojej winy nie zareagował w odpowiednim czasie lub nie zastosował właściwych narzędzi do naprawy nie powinien, w takim przypadku, wpływać na jego odpowiedzialność.

Wina Wykonawcy w nieodpowiednim czasie reakcji lub nie zastosowaniu właściwych narzędzi do naprawy błędów i awarii nie powinna uzależniać odpowiedzialności Wykonawcy.

Natomiast w przypadkach wykonywania usług wdrożeniowych uzasadnione jest, aby Zamawiający miał możliwość naliczenia kar umownych jedynie, gdy następuje zwłoka Wykonawcy. Jest to powodowane tym, że na etapie wdrożenia systemu, Wykonawca i Zamawiający muszą współpracować w celu prawidłowego wykonania wdrożenia systemu a niejednokrotnie opóźnienie wynika z błędów w materiałach źródłowych dostarczonych od Zamawiającego, lub też nienależytej współpracy na etapie tworzenia koncepcji wdrożenia.

Alternatywnie, można rozpatrzyć wyłączenie podstawy do naliczania kary umownej, gdy opóźnienie ma miejsce na skutek okoliczności za które nie odpowiada Wykonawca.

D. Odniesienie poziomu kar umownych do rzeczywistych szkód

Poziom kar umownych nie może być dowolny. Kwoty te muszą być osadzone w rzeczywistości, którą są potencjalne szkody Zamawiającego.



Należy pamiętać o tym, że względu na zasady prawa cywilnego, zgodnie z którymi kara umowna nie może być rażąco wygórowana. W takim przypadku, Wykonawca może zażądać zmniejszenia kary umownej.

Z powyższych względów, oraz z uwagi na pozostałe przysługujące Zamawiającym mechanizmy zabezpieczenia np. w postaci zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gwarancji i rękojmi za dopuszczalną praktykę należy uznać określenie w umowie kwotowego lub procentowego poziomu kar umownych z poszczególnych tytułów.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące tę kwestię.

Łączna wysokość wszystkich kar umownych naliczonych w związku ze świadczeniami wskazanymi w pkt [...] nie przekroczy [...] wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu tych świadczeń.

7. Odstąpienie ze skutkiem wstecznym

Niewątpliwie szkodliwą praktyką dla obu stron jest wprowadzanie postanowień umożliwiających odstąpienie przez Zamawiającego od umowy ze skutkiem na przeszłość (*ex tunc*). Oznacza to, że strony wzajemnie zwracają sobie świadczenia, tj. Zamawiający zwraca Wykonawcy system IT, zaś Wykonawca zwraca Zamawiającemu wynagrodzenie.

Praktycznie rzecz ujmując, dokonanie zwrotu już wykonanych świadczeń polegającego na usługach wdrożenia, utrzymania, rozwoju itp. jest niemożliwe. Stąd też, rekomendujemy, aby w istotnych postanowieniach umów określać jedynie uprawnienie Zamawiającego do wypowiedzenia umowy, mające skutek na przyszłość.



ROZDZIAŁ V. GWARANCJA JAKOŚCI

1. Zagadnienia wstępne

W niniejszym rozdziale zostały przedstawione i omówione najistotniejsze aspekty gwarancji jakości na system informatyczny oraz dobre praktyki z tym związane. Przedmiotowy rozdział przedstawia również przykładowe postanowienia umów dotyczących gwarancji jakości.

W myśl zasad ogólnych, Wykonawca jest odpowiedzialny za należyte wykonanie umowy zawartej z Zamawiającym i ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (art. 471 k.c.). Na etapie realizacji umowy Zamawiający dysponuje również szeregiem innych narzędzi prawnych dyscyplinujących Wykonawcę do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy oraz sankcjonujących nienależyte wykonanie umowy z jego strony (szczegółowe omówienie tych zagadnień zawiera rozdział IV niniejszej analizy).

Często zdarza się jednak, że po odebraniu przez Zamawiającego systemu informatycznego / sprzętu i po protokolarnym potwierdzeniu jego zgodności z umową, system ten lub sprzęt przestaje funkcjonować prawidłowo (tj. ujawniają się w nim różnorakie wady i nieprawidłowości). Jednym z mechanizmów zabezpieczających Zamawiającego przed skutkami ujawnienia się wad i nieprawidłowości systemu informatycznego (lub sprzętu) w trakcie jego eksploatacji jest gwarancja jakości, w ramach której Wykonawca zobowiązany jest usuwać (naprawiać) wady przedmiotu umowy (lub też zapewnić usuwanie tych wad przez inny podmiot, np. producenta oprogramowania lub sprzętu), które ujawniły się w okresie wskazanym w umowie.

Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady utworu (np. systemu informatycznego) mają ograniczony charakter i wygasają w momencie przyjęcia utworu, tj. zazwyczaj w momencie jego odbioru przez Zamawiającego (por. art. 55 ust. 3 pr. aut.). Ograniczenie to nie dotyczy co do zasady sprzętu, w przypadku którego rękojnia wygasa zgodnie z zasadami ogólnymi przewidzianymi w kodeksie cywilnym (chyba, że umowa stanowi inaczej). Choć brak jest przeszkód prawnych, aby uprawnienia z tytułu rękojmi rozszerzyć - zarówno co do zakresu, jak i czasu obowiązywania - to jednak w praktyce najczęściej stosowanym rozwiązaniem, mającym na celu uchronienie Zamawiającego przed skutkami ujawnienia się wad systemu informatycznego po jego formalnym odbiorze (w toku jego eksploatacji), jest wprowadzanie do umów postanowień o gwarancji jakości.

2. Gwarancja jakości a serwis

Gwarancję jakości na system informatyczny należy odróżnić od usług serwisowych.

Przede wszystkim, usługi serwisowe są odrębnie płatne, natomiast wynagrodzenie za gwarancję jakości zawiera się najczęściej w cenie systemu informatycznego, dostarczanego lub wdrażanego przez Wykonawcę. Jednakże, tym co w największym stopniu odróżnia serwis od gwarancji jakości jest zakres świadczeń, do których wykonania zobowiązany jest Wykonawca w ramach tych dwóch rodzajów usług.

Gwarancja jakości obejmuje bowiem wąski zakres świadczeń dotyczących systemu, które ograniczają się zazwyczaj do naprawy wad systemu informatycznego powstałych z przyczyn tkwiących z systemie. Serwis może natomiast obejmować szeroki zakres usług



informatycznych dotyczących systemu, począwszy od usuwania wad (powstałych z jakiegokolwiek przyczyny, także z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego), do prowadzenia prac informatycznych na systemie mających na celu dostosowanie go do przepisów prawa (powiązanych np. z rozwojem) lub polegających na dodawaniu do niego nowych funkcjonalności lub modułów (typowy rozwój systemu). Serwis systemu informatycznego może obejmować także administrowanie (konserwację) systemu informatycznego, a także udzielanie Zamawiającemu konsultacji związanych z bieżącą obsługą i funkcjonowaniem systemu informatycznego (usługa help desk).

Gwarancję jakości od serwisu odróżnia także rodzaj wad podlegających naprawie. Serwis może bowiem obejmować również naprawę komponentów systemu informatycznego stworzonych przez podmiot inny niż Wykonawca systemu informatycznego. Usuwanie wad systemu informatycznego w ramach gwarancji w praktyce obejmuje wyłącznie te elementy systemu informatycznego, które istniały w momencie jego odbioru, bez elementów nowych, dodanych po odbiorze systemu przez Zamawiającego lub podmiot trzeci, działający na zlecenie Zamawiającego. Co więcej w odniesieniu do elementów systemu takich jak Oprogramowanie Osób Trzech udzielenie osobnej gwarancji przez Wykonawcę może nie być praktycznie możliwe z uwagi na ograniczenia wynikające z prawa autorskiego a dotyczące modyfikacji tego oprogramowania.

W przypadku, gdy umowa wdrożeniowa zawiera postanowienia dotyczące serwisu oraz gwarancji jakości, celowe jest wyraźne rozgraniczenie w umowie tych dwóch rodzajów usług. Pozwoli to na uniknięcie wątpliwości oraz nieporozumień pomiędzy stronami, jakie świadczenia Wykonawca zobowiązany jest wykonać odpłatnie w ramach serwisu, a jakie nieodpłatnie oraz w ramach gwarancji. W tym zakresie istnieje kilka możliwości. Przykładowo, możliwym rozwiązaniem jest przyjęcie, że:

- naprawa wad systemu odbywa się w ramach nieodpłatnej gwarancji, natomiast serwis obejmuje inne usługi informatyczne, takie jak help desk, dostarczanie i instalowanie aktualizacji, dostosowywanie systemu do zmian przepisów prawa itp.;
- serwis oraz gwarancja obejmują naprawę wad różnych komponentów systemu;
- gwarancja jakości obejmuje naprawę wszystkich wad, poza wadami, spowodowanymi przez Zamawiającego, natomiast serwis obejmuje naprawę wyłącznie wad, które powstały z powodu działań Zamawiającego (np. z powodu nieprawidłowego użytkowania systemu przez pracowników Zamawiającego);
- gwarancja jakości oraz serwis obejmują naprawę wszystkich wad w systemie, niezależnie od przyczyny ich powstania, przy czym czas reakcji oraz czas naprawy przewidziane w ramach serwisu są krótsze (tj. bardziej korzystne dla Zamawiającego) niż w przypadku gwarancji jakości;
- okres obowiązywania gwarancji jakości rozpoczyna się z momentem zakończenia świadczenia usług serwisowych albo odwrotnie - gwarancja jakości poprzedza rozpoczęcie świadczenia usług serwisowych (rozwiązanie możliwe do stosowania w przypadku, gdy wdrożenie oraz usługi serwisowe systemu wykonywane są przez jednego Wykonawcę, w ramach jednej umowy).

Wyraźne rozróżnienie w umowie usług serwisu oraz gwarancji ma także znaczenie z punktu widzenia czytelności umowy. Za dobrą praktykę należy uznać konsekwentne rozgraniczanie usług serwisu i gwarancji, jeżeli stanowią one przedmiot tej samej umowy. Z kolei naprzemienne posługiwanie się w umowie pojęciem „serwis” i „gwarancja” w odniesieniu do tej samej usługi może powodować powstanie wątpliwości i niejasności interpretacyjnych w umowie i z tego względu praktykę tego typu należy ocenić jako nieprawidłową.

3. Usuwanie wad systemu informatycznego w ramach gwarancji jakości

W praktyce zdarza się często, że w umowach dotyczących wdrożenia systemu informatycznego postanowienia dotyczące usuwania wad w ramach gwarancji jakości formułowane są bardzo lakoniczne, bez określenia zasad oraz trybu ich naprawy. Wielokroć Zamawiający poprzestają na wskazaniu, że „Wykonawca w ramach gwarancji jakości zobowiązany jest usuwać wady w systemie / w terminie [...] godzin”. Określenie w ten sposób zobowiązań Wykonawcy w ramach gwarancji jakości może powodować liczne wątpliwości i niejasności dotyczącego tego, w jaki sposób Wykonawca ma realizować swoje zobowiązania w tym zakresie.

W związku z powyższym, za dobrą praktykę należy uznać wprowadzanie do umów postanowień określających sposób świadczenia przez Wykonawcę usług w ramach gwarancji jakości, a w szczególności postanowień określających:

- czas reakcji, tj. czas w którym Wykonawca powinien przystąpić do naprawy wady;
- czas diagnozy, tj. czas, które upłynął od chwili potwierdzenia przez Wykonawcę przyjęcia Incydentu do momentu przekazania Zamawiającemu prawidłowej Diagnozy tj. wskazania przyczyny wady;
- czas naprawy, tj. czas w którym Wykonawca powinien naprawić wadę;
- sposób zgłaszania wad przez Zamawiającego.

Dobłą praktyką jest definiowanie czasów reakcji oraz naprawy.

Przykładowe klauzule umowne regulujące tryb zgłaszania oraz usuwania wad w ramach gwarancji jakości są następujące:

Czas Reakcji - Czas liczony od momentu prawidłowego przekazania Zgłoszenia o Wadzie do momentu podjęcia przez Wykonawcę działań zmierzających do ustalenia przyczyn i usunięcia Wady.

Czas Naprawy - Czas liczony od momentu prawidłowego przekazania Zgłoszenia o Wadzie do momentu Naprawy; do Czasu Naprawy wliczany jest Czas Reakcji.

W okresie gwarancji Wykonawca zobowiązuje się do usuwania Wad w Systemie zgodnie z Czasami Reakcji i Czasami Naprawy dla poszczególnych kategorii Wad, wskazanych w ust. [...] poniżej.

Zamawiający zgłasza wszelkie Wady Systemu telefonicznie na numer [...], faxem na numer [...] lub na adres e-mail [...]. Zgłoszenia mogą być dokonywane wyłącznie przez pracowników Zamawiającego wyznaczonych do składania zgłoszeń, zgodnie z załącznikiem nr [...] do Umowy.

w zgłoszeniu Zamawiający zobowiązany jest wskazać w szczególności: funkcjonalność, której dotyczy Wada, opis czynności, który doprowadził do ujawnienia Wady oraz określoną zgodnie z Umową kategorię Wady.



Zgłoszenie otrzymuje automatyczny numer, datę oraz czas rejestracji.

Czas Reakcji wynosi:

- a) [...] godzin – w przypadku Błędu Krytycznego;
- b) [...] godzin – w przypadku Błędu.

i liczony jest od potwierdzenia przyjęcie zgłoszenia przez Wykonawcę.

Czas Naprawy wynosi:

- c) [...] godzin – w przypadku Błędu Krytycznego;
- d) [...] godzin – w przypadku Błędu.

i liczony jest od potwierdzenia przyjęcie zgłoszenia przez Wykonawcę.

Po otrzymaniu Zgłoszenia Wady Wykonawca potwierdzi istnienie i kategorię Wady (Błąd Krytyczny, Błąd, błąd użytkownika lub brak błędu) i przystąpi do Naprawy Wady. Wykonawca Naprawia Wadę:

- a) w Czasie Naprawy nie dłuższym niż [...] godzin – w przypadku Błędu Krytycznego;
- b) w Czasie Naprawy nie dłuższym niż [...] Dni Roboczych – w przypadku Błędu.

Przyjmowanie Zgłoszeń Wad oraz Naprawa Wad odbywa się w godzinach od [...] do [...] dni od poniedziałku do piątku.

Wskazane powyżej Czasy Naprawy nie dotyczą Oprogramowania Osób Trzecich, które będzie naprawiane zgodnie z czasami naprawy określonymi przez jego producenta.

Dla potrzeb realizacji gwarancji jakości warto rozważyć również zautomatyzowanie procesu zgłaszania wad, poprzez wprowadzenie do umowy postanowień nakładających na Wykonawcę obowiązek udostępnienia Zamawiającemu portalu internetowego (serwisowego) służącego do alternatywnego, w stosunku do innych metod przewidzianych w umowie, zgłaszania wad oraz obsługi tych zgłoszeń przez Wykonawcę. Postanowienia umowne regulujące tę kwestię mogą mieć następujące brzmienie:

Wykonawca udostępni Zamawiającemu portal serwisowy, służący do dokonywania zgłoszeń Wad oraz do rejestrowania oraz obsługi tych zgłoszeń przez Wykonawcę.

Wykonawca zobowiązany jest zapewnić, aby portal serwisowy funkcjonował w sposób ciągły, przez całą dobę, przez wszystkie dni w roku (tj. w systemie pracy 24h/7/365).

Określając zobowiązania Wykonawcy do usuwania wad w ramach gwarancji jakości zasadne jest w szczególności dokładne oraz przemyślane zdefiniowane przez Zamawiającego wady oraz jej ewentualnych rodzajów (kategorii). To właśnie definicja wady oraz jej kategorii wyznaczać będzie w rzeczywistości zakres zobowiązań Wykonawcy w ramach gwarancji. Formułując definicję wad celowe jest wskazanie, czy jako wadę traktowana jest każda niesprawność w działaniu systemu, czy też jedynie określony typ jego niesprawności (np. brak działania lub nieprawidłowe działanie określonych funkcji systemu). Przy określaniu kategorii wad warto natomiast kierować się stopniem uciążliwości wady dla Zamawiającego

(przykładowo, usterka / błąd jako wada o najmniejszym stopniu uciążliwości dla Zamawiającego, natomiast Błąd Krytyczny / awaria jako wada mająca najbardziej dotkliwe konsekwencje dla Zamawiającego). Prawidłowe zdefiniowanie wady powinno nastąpić z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego, specyfiki systemu oraz działalności Zamawiającego, a także pozostałych postanowień umowy. Przykładowe definicje wady są następujące:

Przykład nr 1 (definicje szerokie):

Wada - każda niesprawność w działaniu Systemu. Wady mogą mieć charakter Błędu krytycznego oraz Błędu Niekrytycznego.

Błąd Niekrytyczny – Wada powodująca zakłócenie pracy Systemu, nie powodując skutków opisanych dla Błędu Krytycznego.

Błąd Krytyczny – Wada powodująca całkowite zatrzymanie lub poważne zakłócenie pracy Systemu, uniemożliwiająca normalne korzystanie z podstawowych funkcji Systemu.

Przykład nr 2 (definicje wąskie):

Wada - niesprawność w działaniu Systemu, wynikająca z niezgodności Systemu z Dokumentacją, za którą odpowiada Wykonawca; Wady mogą mieć charakter Błędu Krytycznego oraz Błędu Niekrytycznego.

Błąd Krytyczny - Wada powodujący całkowite zatrzymanie pracy Systemu, za którą odpowiada Wykonawca.

Błąd Niekrytyczny – Wada inna niż Błąd Krytyczny.

W przypadku przyjęcia w umowie odmiennych czasów reakcji oraz czasów naprawy, w zależności od kategorii wady, pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą często pojawiają się spory odnośnie określenia kategorii wady. Zamawiającemu najczęściej zależy, aby kategoria wady została określona w sposób gwarantujący jak najszybszą naprawę wady. Wykonawcy często kwestionują nadaną przez Zamawiającego kategorię wady, aby zyskać więcej czasu na realizację swoich zobowiązań w ramach gwarancji jakości. W związku z tym, celowe jest określenie w umowie zasad rozstrzygania sporów pomiędzy stronami w omawianym zakresie. Możliwe są następujące rozwiązania:

Przykład nr 1:

W przypadku, gdy Zgłoszenie zostanie uznane przez Wykonawcę za niezasadne lub w przypadku uznania, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy określił kategorię Wady, Wykonawca zobowiązany jest do poinformowania Zamawiającego o wyniku analizy zgłoszenia, przy czym ostateczna decyzja co do kwalifikacji określonej Wady należy do Zamawiającego.

Przykład nr 2:

W przypadku, gdy Zgłoszenie zostanie uznane przez Wykonawcę za niezasadne lub w przypadku uznania, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy określił kategorię Wady, Wykonawca zobowiązany jest do poinformowania Zamawiającego o wyniku analizy zgłoszenia. Ostateczna decyzja co do kwalifikacji określonej



Wady zostanie podjęta przez Komitet Sterujący, w głosowaniu przeprowadzonym według zasad określonych w [...] Umowy.

Z punktu widzenia Zamawiającego zasadne jest rozważenie nałożenia na Wykonawcę obowiązku sporządzania dla Zamawiającego raportów przedstawiających historię zgłoszeń wad systemu informatycznego (w tym informacji o treści zgłoszeń oraz kategoriach zgłoszonych wad). Posiadanie przez Zamawiającego takiego zestawienia pozwoli mu w większym stopniu na uzyskanie niezależności od dotychczasowego Wykonawcy systemu informatycznego oraz może ułatwić nowemu Wykonawcy lepsze oraz szybsze poznanie specyfiki systemu informatycznego posiadanego przez Zamawiającego oraz właściwe przygotowanie się do świadczenia usług serwisowych. Przykładowe postanowienie regulujące tę kwestię może mieć brzmienie:

Na żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest sporządzić raport, który będzie określał ilość Wad zgłoszonych w ostatnim miesiącu wraz z opisem ich kategorii. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia takiego raportu w terminie 7 dni od dnia doręczenia Wykonawcy stosownego żądania.

4. Podmiot świadczący gwarancję

W praktyce Zamawiający formułując postanowienia dotyczące gwarancji jakości wskazują jako podmiot zobowiązany do wykonania świadczeń gwarancyjnych Wykonawcę, z którym mają zawartą umowę. Takie formułowanie postanowień umownych w zakresie gwarancji jakości nie jest jednak w pełni prawidłowe, gdyż w wielu przypadkach Wykonawca realizując przedmiot umowy dostarcza Zamawiającemu oprogramowanie standardowe, którego producentem jest podmiot inny niż Wykonawca. W takich przypadkach oprogramowanie standardowe często jest objęte gwarancją jakości producenta i to on, lub wskazany przez niego podmiot (np. autoryzowany dystrybutor), wykonuje świadczenia objęte gwarancją jakości. Dlatego też, postanowienia umowne dotyczące gwarancji jakości, zgodnie z którymi „Wykonawca zobowiązany jest udzielić gwarancji jakości” nie są adekwatne do sytuacji, w której oprogramowanie standardowe jest objęte gwarancją jakości producenta, a jednocześnie Wykonawca dostarczający takie oprogramowanie nie posiada uprawnień prawno-autorskich oraz faktycznej możliwości (z uwagi na brak kodów źródłowych), aby oprogramowanie standardowe modyfikować, w celu naprawy występujących w nich wad.

Mając na uwadze powyższe, przy formułowaniu postanowień umownych dotyczących gwarancji jakości celowe wydaje się wskazanie, że Wykonawca zobowiązany jest udzielić gwarancji jakości na system informatyczny bądź też zapewnić jej udzielenie Zamawiającemu. Przykładowe postanowienia umowy w tym zakresie są następujące:

W ramach niniejszej Umowy Wykonawca zobowiązany jest (...) udzielić Zamawiającemu bądź też zapewnić udzielenie Zamawiającemu gwarancji jakości na System na zasadach szczegółowo opisanych w (...) Umowy.

Gwarancja na Oprogramowanie Osób Trzecich zostanie udzielona w zakresie i na zasadach stosowanych przez producenta tego oprogramowania.

Zamawiający często również nakładają na Wykonawcę obowiązek zapewnienia, iż gwarancja jakości zostanie udzielona przez producenta systemu informatycznego lub

podmiot autoryzowany przez producenta. Wymóg tego rodzaju należy uznać za niedopuszczalny z punktu widzenia przepisów prawa zamówień publicznych, gdyż ogranicza on konkurencję (por. uchwałę KIO z 1.04.2010 r., KIO/KD 22/10). Sam bowiem fakt, iż podmiot jest producentem oprogramowania lub jego autoryzowanym dystrybutorem nie przesądza o jakości świadczonej usługi oraz kompetencjach usługodawcy. Zamawiający dysponują również szeregiem narzędzi, aby zabezpieczyć się przed sytuacją, w której przedmiot umowy (w tym gwarancja jakości) realizowany jest przez osoby nieposiadające wystarczającego doświadczenia i umiejętności. Zamawiający w tym zakresie może w szczególności określić w umowie wymogi dotyczące kwalifikacji osób wykonujących przedmiot umowy. Tematyka ta została omówiona w rozdziale II niniejszej analizy.

5. Czas trwania gwarancji

Umowa powinna określać okres obowiązywania gwarancji jakości, a także moment od którego liczony jest ten okres. Moment rozpoczęcia okresu gwarancji jakości powinien być precyzyjnie określony. W praktyce najczęściej przyjmuje się, że okres obowiązywania gwarancji jakości rozpoczyna się z momentem odbioru końcowego systemu informatycznego, bądź też jeśli system jest złożony z odrębnych modułów, to wówczas gwarancja w odniesieniu do każdego z modułów może rozpoczynać się w chwili jego odbioru bez zastrzeżeń. Jeżeli gwarancja jakości dotyczy modyfikacji / zmian / uaktualnień systemu wykonanych przez Wykonawcę w ramach usług serwisowych, bieg okresu obowiązywania gwarancji jakości na takie modyfikacje / zmiany / uaktualnienia systemu może rozpoczynać się zarówno z momentem ich odbioru przez Zamawiającego, jak również z momentem ich przekazania Zamawiającemu przez Wykonawcę.

Przykład nr 1:

Wykonawca udziela lub zapewnia udzielnie Zamawiającemu gwarancji jakości, o której mowa w ustępie powyżej, na okres [...] lat liczonych od daty podpisania protokołu odbioru końcowego Systemu.

Przykład nr 2:

Wykonawca udziela lub zapewnia udzielenie Zamawiającemu gwarancji jakości w zakresie wytworzonych przez siebie modyfikacji Systemu, o której mowa w ustępie powyżej, na okres [...] lat liczonych od daty przekazania Zamawiającemu modyfikacji lub uaktualnień Systemu wykonanych w ramach Serwisu.

Przy określaniu czasu trwania gwarancji jakości warto uwzględnić istniejące w tym zakresie praktyki i standardy rynkowe. Tym samym, przed określeniem w SIWZ wymaganego czasu obowiązywania gwarancji jakości zasadne jest przeprowadzenie rozeznania rynku odnośnie czasu trwania gwarancji jakości dla produktów rodzajowo podobnych do produktów będących przedmiotem zamówienia. Takie rozeznanie rynku pozwoli Zamawiającemu na określenie wymagań dotyczących gwarancji jakości, które będą spełniać jego oczekiwania, a jednocześnie nie będą zbyt restrykcyjne oraz nie będą odbiegać od ustalonych praktyk rynkowych w tym zakresie.

W powyższym kontekście warto również zwrócić uwagę na automatyczne odnawianie się okresu gwarancji, w przypadku, w którym w ramach gwarancji nastąpiła wymiana sprzętu / oprogramowania na nowy. Zgodnie z ogólnymi regułami, jeżeli w wykonaniu swoich



obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej (art. 581 § 1 k.c., który znajduje odpowiednie zastosowanie także w przypadku utworów). W innych wypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy / utworu objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać (art. 581 § 2 k.c.).

6. Utrata gwarancji przez Zamawiającego

Zamawiający, aby uniezależnić się od Wykonawcy systemu informatycznego i móc samodzielnie system ten modyfikować oraz rozwijać, zapewniają sobie prawa do modyfikacji systemu informatycznego oraz wykonywania praw zależnych (w tym zakresie por. rozdział III niniejszej analizy). W przypadku zapewnienia sobie przez Zamawiającego ww. uprawnień oraz samodzielnego wprowadzania przez Zamawiającego zmian do systemu pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą często pojawiają się spory, odnośnie tego czy wprowadzenie przez Zamawiającego (lub podmiot trzeci, działający na zlecenie Zamawiającego) modyfikacji do systemu informatycznego powoduje automatycznie utratę gwarancji jakości na system informatyczny. W rekomendacjach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących udzielania zamówień na systemy informatyczne (rekomendacje dostępne na stronie uzp.gov.pl oraz parp.gov.pl) zostało wskazane, że Zamawiający chcąc uzyskać prawo do swobodnej rozbudowy i modyfikacji systemu informatycznego powinien przede wszystkim w umowie o zamówienie publiczne zawrzeć postanowienia dotyczące gwarancji jakości, które przewidują, iż wprowadzanie do systemu zmian przez Zamawiającego nie powinno powodować ograniczenia lub utraty uprawnień z tytułu gwarancji jakości (s. 6 rekomendacji). Taki wymóg ze strony Zamawiającego często uznawany jest przez Wykonawców za zbyt restrykcyjny oraz powodujący rozszerzenie ich odpowiedzialności na te elementy systemu informatycznego, które nie zostały przez nich stworzone, co w rzeczywistości powoduje nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, na które Wykonawca nie ma wpływu.

W związku z powyższym, celowe i zasadne jest wprowadzanie do umów postanowień kompromisowych, gwarantujących Zamawiającemu utrzymanie gwarancji jakości w przypadku wprowadzania przez niego zmian do systemu informatycznego, nie powodujących jednakże po stronie Wykonawców wątpliwości, czy w takim przypadku będą oni zobowiązani do naprawy wad systemu, które wystąpiły w wyniku lub w związku ze zmianami wprowadzonymi przez Zamawiającego lub osoby trzecie nieautoryzowane przez Wykonawcę. Brzmienie postanowienia, które reguluje powyższą kwestię w sposób kompromisowy może być następujące:

Dokonywanie przez Zamawiającego samodzielnych działań dotyczących Systemu, a także ingerencji lub zmian w Systemie, w szczególności poprzez nieautoryzowane przez Wykonawcę modyfikowanie Systemu, nie wpływa na zakres uprawnień Zamawiającego wynikających z gwarancji jakości w odniesieniu do elementów Systemu, które zostały dostarczone oraz wdrożone przez Wykonawcę, w szczególności takie działania Zamawiającego nie powodują wygaśnięcia uprawnień z tytułu gwarancji jakości. Wykonawca w ramach gwarancji jakości nie odpowiada jednak za jakiegokolwiek Wady Systemu lub jego elementów, dostarczonych oraz wdrożonych przez

Wykonawcę, które wystąpiły w wyniku lub w związku ze zmianami wprowadzonymi przez Zamawiającego lub osoby trzecie nieautoryzowane przez Wykonawcę.

7. Odpowiedzialność

Pomimo tego, iż gwarancja jakości udzielana jest w cenie dostarczenia lub wdrożenia systemu informatycznego, obowiązki Wykonawcy w ramach gwarancji jakości stanowią część umowy zawartej z Zamawiającym, która powinna zostać należycie wykonana przez Wykonawcę. W związku z tym celowe i zasadne jest określenie przez Zamawiającego zasad odpowiedzialności Wykonawcy za nienależyte wykonanie zobowiązań w ramach gwarancji jakości oraz wprowadzenie do umowy postanowień dyscyplinujących Wykonawcę do wykonania tych świadczeń w sposób zgodny z umową. Typowym środkiem dyscyplinującym Wykonawcę do prawidłowego wykonania umowy są kary umowne. W przypadku gwarancji jakości, dobrą praktyką jest zastrzeganie kar umownych za niedotrzymanie czasów naprawy. Często punktem spornym pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą jest to, czy kara umowna za niedotrzymanie czasów reakcji oraz czasów naprawy powinna dotyczyć opóźnienia w naprawie wady (niezawinione niedotrzymanie przez Wykonawcę czasu naprawy) czy też zwłoki w naprawie wady (zawinione niedotrzymanie przez Wykonawcę czasu naprawy). Oba rozwiązania w tym zakresie są dopuszczalne i mieszczą się w granicy swobody umów. Nadmienić należy, że naliczanie kar umownych za opóźnienie, choć nie narusza zasad zamówień publicznych, to jednak – z uwagi na nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności za niezawinione niedotrzymanie terminów realizacji umowy – może niekiedy wpływać na wysokość ceny złożonych ofert.

Postanowienia umów w tym zakresie mogą mieć następujące brzmienie:

Przykład nr 1:

Zamawiający ma prawo dochodzenia następujących kar umownych za opóźnienia w usuwaniu Wad, tj. niedotrzymanie SLA dla Czasu Naprawy obowiązującego zgodnie z postanowieniami § [...] Umowy (usuwanie Wad w ramach gwarancji jakości):

- 1) w wysokości [...] zł za każdą rozpoczętą godzinę takiego opóźnienia w dotrzymaniu Czasu Naprawy - w przypadku Wad zaklasyfikowanych jako Błąd,*
- 2) w wysokości [...] zł za każdą rozpoczętą godzinę takiego opóźnienia w dotrzymaniu Czasu Naprawy - w przypadku Wad zaklasyfikowanych jako Błąd Krytyczny.*

Przykład nr 2:

Zamawiający ma prawo dochodzenia następujących kar umownych za zwłokę w usuwaniu Wad – tj. niedotrzymanie SLA dla Czasu Naprawy obowiązującego zgodnie z postanowieniami § [...] Umowy (usuwanie Wad w ramach gwarancji jakości):

- 1) w wysokości [...] zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w dotrzymaniu Czasu Naprawy - w przypadku Wad zaklasyfikowanych jako Błąd,*
- 2) w wysokości [...] zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w dotrzymaniu Czasu Naprawy - w przypadku Wad zaklasyfikowanych jako Błąd Krytyczny.*



Warto również w umowie rozważyć zastrzeżenie postanowień dotyczących odpowiedzialności Wykonawcy za utratę danych podczas naprawy wad w ramach gwarancji jakości. W tym zakresie Zamawiający mogą w szczególności zastrzec w umowie postanowienie zgodnie z którym:

Wykonawca zobowiązuje się do naprawy Wad w sposób ograniczający ryzyko utraty jakichkolwiek danych. W przypadku, gdy naprawa Wad wiąże się z ryzykiem utraty lub uszkodzenia danych, Wykonawca zobowiązany jest poinformować o tym Zamawiającego przed przystąpieniem do naprawy Wady.

8. Gwarancja jakości a prawa autorskie

Realizacja zobowiązań objętych gwarancją jakości wymaga prowadzenia przez Wykonawcę (lub inny podmiot) prac informatycznych na systemie informatycznym. Prace te w przypadku naprawy wad prowadzą często do modyfikacji systemu informatycznego (tj. jego kodu źródłowego) oraz powstania utworu zależnego, stanowiącego opracowanie istniejącego kodu źródłowego. W związku z powyższym, formułując postanowienia umowy w zakresie gwarancji jakości celowe jest określenie uprawnień Zamawiającego do utworów powstałych w wyniku realizacji świadczeń w ramach gwarancji jakości. Jako przykład postanowienia regulującego tę kwestię wskazać można:

Jeżeli w trakcie realizacji zobowiązań w ramach gwarancji jakości dojdzie do wprowadzenia zmian w Systemie, Wykonawca z chwilą dokonania takich modyfikacji udzieli lub zapewni udzielenie Zamawiającemu licencji na korzystanie z powstałych ten sposób modyfikacji Systemu na zasadach określonych w § [...] Umowy.

9. Gwarancja na sprzęt

Odmiernym zagadnieniem jest gwarancja udzielana na sprzęt dostarczany wraz z systemem informatycznym. Odpowiedzialność za wady sprzętu powinna zostać w sposób wyczerpujący uregulowana w umowie, tym bardziej że kodeks cywilny pozostawia tu stronom stosunkowo szeroki zakres swobody, włączając w to np. rozszerzenie lub nawet całkowite wyłącznie rękojmi za wady. W przypadku, gdy umowa nie ureguje odpowiedzialności za wady, Zamawiający będzie miał prawo skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi oraz – jeżeli Wykonawca dostarczył Zamawiającemu dokument gwarancji jakości – dodatkowo także z gwarancji. Co do zasady uprawnienia z tytułu rękojmi wygasają po upływie roku od dnia wydania rzeczy kupującemu, jednakże przy sprzedaży między osobami prowadzącymi działalność gospodarczą utrata uprawnień z tytułu rękojmi następuje, jeżeli kupujący nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o dostrzeżonej wadzie, a w wypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później - jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej wykryciu. Dobrą praktyką jest zatem wprowadzenie w umowach IT zapisów zapewniających Zamawiającemu określony czas na przetestowanie sprzętu, a Wykonawcy poświadczenie, że sprzęt został przez Zamawiającego przyjęty bez zastrzeżeń (np. poprzez podpisanie stosownego protokołu odbioru).

Niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi, Zamawiający może dochodzić swoich praw także w oparciu o gwarancję jakości. W odróżnieniu od rękojmi, gwarancja jest jednak uprawnieniem dodatkowym, które wymaga dostarczenia Zamawiającemu dokumentu gwarancji. Ponadto, gwarancji dochodzi się bezpośrednio od gwaranta (najczęściej



producenta sprzętu), a nie od sprzedawcy jak to ma miejsce w przypadku rękojmi. Dokument gwarancji powinien określać zobowiązania gwaranta, okres trwania gwarancji oraz moment, od którego gwarancja rozpoczyna swój bieg. Podobnie jak w przypadku gwarancji dotyczącej samego systemu informatycznego, także i w zakresie sprzętu, formułując wymagania SIWZ, warto odwołać się do standardów rynkowych. Dodatkowo, uwzględniając specyfikę projektów IT, warto także w obowiązkach gwaranta przewidzieć zabezpieczenie niezakłóconego korzystania z systemu przez czas realizacji gwarancji, np. poprzez możliwość stworzenia kopii zapasowej oraz skorzystania z tymczasowego, zastępczego sprzętu.



ROZDZIAŁ VI. OBSZAR ZMIANY UMOWY

1. Zagadnienia wstępne

W niniejszym rozdziale przedstawione zostaną kwestie związane z obszarem zmiany umowy IT, zawartej w drodze zamówienia publicznego. Wskazane zostaną również przykładowe postanowienia, umożliwiające dokonanie zmian w zawartej już umowie.

Cechą charakterystyczną projektów z zakresu IT jest to, że Wykonawca jest zobowiązany do wykonania szeregu różnorodnych działań. Często, w toku wykonywania umowy, konieczne może okazać się dokonanie odpowiednich zmian w treści umowy, uwzględniających zmieniające się wymogi techniczne wynikające ze złożoności wdrożenia.

Niejednokrotnie Zamawiający nie przewidują na etapie sporządzania istotnych postanowień umownych możliwości dokonywania zmian w treści zamówienia publicznego i nie wprowadzają odpowiednich postanowień do IPU. Tymczasem w toku wykonywania umowy może okazać się, że okoliczności dotyczące Zamawiającego lub okoliczności zewnętrzne wymuszają dokonanie takich zmian.

W wielu przypadkach istnieje ryzyko, że doprecyzowanie zakresu prac niezbędnych dla ukończenia projektu możliwe będzie dopiero po zawarciu umowy. Taka sytuacja może wynikać na przykład z konieczności dobrego poznania systemu przez Wykonawcę przed sfinalizowaniem określenia zakresu niezbędnych prac nieraz również sam Zamawiający w toku trwania umowy chce dokonać pewnych modyfikacji, uwzględniających np. zmianę przepisów prawnych lub potrzeb Zamawiającego. Tego typu sytuacje mogą stanowić podstawę zmiany umowy IT z Wykonawcą. Jednocześnie, należy mieć na uwadze, że możliwość zmiany umowy nie powinna wynikać z zaniechań Zamawiającego w zakresie sporządzenia prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

W przypadku zamówień publicznych dokonywanie zmian umowy już po jej zawarciu jest bardziej skomplikowane niż w przypadku umów zawieranych wyłącznie w oparciu o przepisy prawa cywilnego. Natomiast pozbawienie Zamawiającego i Wykonawcy możliwości zmiany treści umowy może prowadzić do nieosiągnięcia głównego celu postępowania zamówieniowego w postaci w pełni sprawnego i prawidłowo funkcjonującego systemu IT.

Art. 144 ust. 1 p.z.p. zakazuje dokonywania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba, że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W przypadku naruszenia tego przepisu, zmiana umowy podlega unieważnieniu (art. 144 ust. 2 p.z.p.).

Niejednokrotnie Zamawiający interpretują wzmiankowany przepis nadmiernie zawężająco i nie dopuszczają do jakichkolwiek zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty. Tymczasem przepis art. 144 ust. 1 p.z.p. nie wprowadza zakazu zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty. **Wprowadzanie w treści umowy zmian nieistotnych jest**



dozwolone. Dozwolone jest również wprowadzenie istotnych zmian, choć jest to obwarowane szczególnymi warunkami, omówionymi w pkt. 2, poniżej.

Przepisy p.z.p. nie precyzują, jakie zmiany postanowień należy uznać za istotne, a jakie za nieistotne. Pewne wskazówki w tym zakresie daje orzecznictwo, cyt.:

- Ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.
- Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.
- Podobnie, zmiana pierwotnego zamówienia może zostać uznana za istotną, jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane.
- Zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną również wówczas, gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Należy wskazać, że przedstawione zasady, dotyczące zmiany umowy ulegną zmianie, w szczególności ze względu na nowowprowadzoną Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Zawiera ona szczegółowe postanowienia dotyczące zasad dokonywania zmiany umowy. Termin implementacji postanowień Dyrektywy do polskiego porządku prawnego upływa w dniu 18 kwietnia 2016 r..

Zmiany należy uznać za nieistotne wtedy, kiedy wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania³.

W związku z tym, w celu weryfikacji czy zmiana jest istotna czy nieistotna, można rozpatrzeć porównanie oferty Wykonawcy (w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany) z innymi ofertami, które zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli tak wprowadzona zmiana nie wpłynęłaby na ocenę ofert, zmianę można uznać za nieistotną. Zmianą nieistotną jest np. zmiana zakresu prac zleconych podwykonawcy, jeżeli Wykonawca

³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 4 lipca 2013 r. I ACa 306/13, por. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. C-454/06; Wyrok ETS w sprawie C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund) i in.



samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu i w odniesieniu do tej części nie została wyłączona dopuszczalność zlecenia prac podwykonawcom.

Korzystanie z możliwości dokonywania zmian nieistotnych może służyć spowodowaniu, że współpraca stron w toku wykonywania umowy będzie elastyczna, co w rezultacie pozwoli na szybkie i sprawne wdrożenie projektu.

2. Możliwość dokonywania istotnych zmian w umowie

Wspomniany art. 144 ust. 1 p.z.p. dopuszcza możliwość dokonywania istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty **jedynie pod warunkiem uprzedniego przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenie warunków takiej zmiany.**

Rekomendowane jest zatem wprowadzanie do SIWZ (którego częścią jest IPU) lub ogłoszenia o zamówieniu odpowiednich postanowień dotyczących możliwości dokonania istotnych zmian w umowie.

Jak wskazuje art. 144 p.z.p., konieczne jest przy tym określenie warunków zmiany umowy. Prawo nie określa zakresu szczegółowości opisu warunków zmiany umowy. Warunki zmiany umowy nie mogą być jednak konstruowane w sposób niedookreślony. Konieczne jest uprzednie rozważenie przez Zamawiającego, jakiego rodzaju elementy specyfikacji lub umowy mogą ulec zmianie.

Jak już wspomniano, umowa powinna enumeratywnie określać przesłanki, w których dopuszczalne jest wprowadzenie zmiany umowy. Standardowo określaną przyczyną zmiany umowy jest wystąpienie siły wyższej, które wpływa na sposób wykonania umowy (np. w przypadku pożaru, powodzi, wojny, katastrofy, etc.). Zwykle umowy przewidują również możliwość dokonania zmiany w umowie w przypadku zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację umowy. Wprowadzenie takiego postanowienia zabezpiecza obie strony i umożliwia negocjacje zmiany postanowień w razie, gdyby w efekcie zmian legislacyjnych wykonywanie umowy okazałoby się znacznie utrudnione lub też początkowo planowany efekt prac straciłby dla Zamawiającego znaczenie.

Ponadto, zgodnie z art. 142 ust. 5 p.z.p. umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
 - 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.



Z racji tego, że dokumenty przetargowe takie jak SIWZ, IPU, czy specyfikacje składają się łącznie z dziesiątek, a niekiedy setek stron, istnieje prawdopodobieństwo, że po zakończeniu postępowania przetargowego pozostaną w treści tej dokumentacji pomyłki, lub błędne odniesienia. Warto na taką okoliczność zawrzeć postanowienie odnośnie możliwości dokonania zmian, w trybie art. 144 ust. 1 p.z.p.

Przykładowe klauzule umowne regulujące, określające dopuszczalny zakres wprowadzania zmian w umowie są następujące:

Zmiana Umowy może nastąpić w przypadku zaistnienia następujących okoliczności:

- 1) *Sily Wyższej, uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu Zamówienia w terminach określonych w [...] Umowy,*
- 2) *zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Usługi,*
- 3) *powstania rozbieżności lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w Umowie, których nie będzie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie Umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej postanowień przez Strony.*

3. Prawo opcji

Jednym ze sposobów rozszerzenia możliwości dokonywania zmian zakresu wykonywanej umowy jest wprowadzenie do treści oferty prawa Zamawiającego do skorzystania z tzw. prawa opcji. Prawo nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Prawo zamówień publicznych w art. 34 ust. 5 zawiera jedynie postanowienie, wedle którego jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.

Instytucja prawa opcji polega na określeniu minimalnego poziomu zamówienia, który na pewno zostanie zrealizowany oraz określeniu pewnego dodatkowego zakresu, który może zostać zrealizowany po wystąpieniu określonych w umowie okoliczności. Zamawiający z prawa opcji może, ale nie musi skorzystać. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zatem zmiany umowy ani zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest wykonaniem już zawartej umowy. Wprowadzenie prawa opcji może być zatem bardzo korzystne dla Zamawiającego, umożliwia mu bowiem na uelastycznienie zamówienia, przy jednoczesnym wyłączeniu ryzyka związanego z zastosowaniem art. 144 ust. 1 p.z.p.

W przypadku umieszczenia prawa opcji w umowie, zarówno zakres zamówienia objętego opcją, jak i okoliczności, w których może dojść do skorzystania z prawa opcji, powinny zostać precyzyjnie opisane. Z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia, czasokres oraz sposób świadczenia, aby umożliwić wykonawcom w sposób prawidłowy i porównywalny sporządzenie oferty. Niezbędne jest jednoznaczne rozdzielenie, zarówno w istotnych postanowieniach umownych jak i w opisie przedmiotu zamówienia, zakresu prac podstawowych od zakresu prac objętych prawem opcji. Przy tym, zarówno część



podstawowa jak i opcjonalna wchodzą w zakres tego samego przedmiotu zamówienia o łącznie ustalonej wartości szacunkowej.

Co istotne, przewidzenie i realizacja prawa opcji nie może prowadzić do ominięcia przepisów p.z.p. Zamawiający nie może w ramach prawa opcji umieścić w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo w postanowieniach umowy zasady, która umożliwiłaby realizację przyszłych ewentualnych zamówień w zakresie wykraczającym poza przedmiot i wartość zamówienia udzielanego w konkretnym postępowaniu.

Skorzystanie z prawa opcji stanowi wyłącznie uprawnienie Zamawiającego - nie jest on zobligowany do skorzystania z prawa opcji. Skorzystanie z prawa opcji następuje w drodze oświadczenia woli złożonego Wykonawcy.

Jako przykładowe klauzule umowne regulujące prawo opcji można wskazać następujące:

Przykład nr 1:

W ramach prawa opcji, Zamawiający przewiduje powierzenie Wykonawcy świadczenia dodatkowych usług, w postaci: [...]

Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji w terminie [...].

Usługi [...] powinny zostać wykonane po zakończeniu ostatniego Etapu Umowy.

Do usług wskazanych w pkt. 1, stosuje się odpowiednio postanowienia Umowy.

Przykład nr 2:

W ramach prawa opcji, Zamawiający przewiduje zlecenie Wykonawcy dostawy dodatkowych 20 licencji na Oprogramowanie.

Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji w terminie [...].



ROZDZIAŁ VII. OBSZAR SERWISU IT

1. Zagadnienia wstępne

Niniejszy rozdział przedstawia najważniejsze zagadnienia dotyczące usług serwisu systemu informatycznego („serwisu IT”), a także dobre praktyki związane z formułowaniem postanowień umownych w tym zakresie.

Zamawiający zawiera umowy na świadczenie usług serwisu IT, aby zapewnić sobie profesjonalną opiekę nad systemem informatycznym, który wdraża lub już eksploatuje. Powierzenie Wykonawcy świadczenia usług serwisowych spowodowane jest najczęściej tym, że Zamawiający nie posiada personelu, który mógłby na bieżąco i nieprzerwanie sprawować opiekę serwisową nad posiadany przez niego systemem informatycznym. Potrzeby Zamawiającego w tym zakresie stale rosną z uwagi na coraz to bardziej posuniętą informatyzację działalności Zamawiającego (systemy służące do wykonywania przez Zamawiającego zadań publicznych; systemy służące do obsługi wewnętrznych procesów Zamawiającego (systemy kadrowe, księgowe itp.)). Obecnie więc, duża część zadań publicznych wykonywana jest za pomocą systemów informatycznych. Powoduje to, że sprawny i aktualny system jest dla Zamawiających często podstawowym, a niekiedy jedynym narzędziem realizacji przez nich zadań nałożonych przez ustawodawcę. Obowiązek zapewnienia ciągłości realizacji zadań publicznych przez Zamawiających powoduje natomiast, że Zamawiający są zobowiązani także do ciągłego utrzymywania sprawnego, aktualnego i zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa systemu, przy pomocy którego działania te są realizowane. Dlatego też, z punktu widzenia Zamawiającego przy powierzaniu opieki serwisowej systemu informatycznego zewnętrznemu usługodawcy ważne jest, aby umowa zawarta z tym podmiotem w największym stopniu zapewniała realizację potrzeb Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie generowała wątpliwości i niejasności na etapie realizacji umowy, mogących powodować spory i nieporozumienia z Wykonawcą.

2. Przedmiot i zasady realizacji umowy serwisu IT

Pojęcie „serwis systemu informatycznego” jest bardzo pojemne i może obejmować różnego rodzaju usługi informatyczne związane z eksploatacją systemu informatycznego. W praktyce, umowy serwisu IT najczęściej obejmują takie świadczenia jak:

świadczenia mające charakter podstawowy:

- i. naprawa zdefiniowanych w umowie wad systemu informatycznego,
- ii. utrzymywanie dostępności (niezawodności działania) systemu na określonym poziomie (SLA),

świadczenia mające charakter dodatkowy:

- iii. aktualizowanie systemu oraz dostosowywanie systemu do zmieniających się przepisów prawa lub regulacji wewnętrznych Zamawiającego (tzw. „mały rozwój”),
- iv. bieżące zarządzanie (administrowanie) systemem oraz konsultacje dotyczące bieżącego korzystania z systemu informatycznego przez Zamawiającego (usługa help desk),



świadczenia o charakterze specjalnym:

- v. autoryzacja zmian systemu wprowadzonych przez Zamawiającego lub podmiot trzeci w celu objęcia tych zmian serwisem.

Usługi serwisowe należy odróżnić od gwarancji jakości. Różnice pomiędzy serwisem a gwarancją jakości, a także dobre praktyki związane z rozgraniczaniem tych usług przez Zamawiającego zostały przedstawione w rozdziale V niniejszej analizy.

A. Naprawa zdefiniowanych w umowie wad systemu informatycznego

Dobre praktyki dotyczące postanowień umownych w zakresie naprawy zdefiniowanych w umowie wad systemu informatycznego zostały omówione w rozdziale dotyczącym gwarancji jakości (rozdział V niniejszej analizy) i mają zastosowanie również do umów serwisowych.

Warto w tym miejscu jedynie zasygnalizować zagadnienie zastosowania obejścia wady. Obejście zasadniczo nie stanowi usunięcia wady, lecz zminimalizowanie jej uciążliwości oraz doprowadzenie systemu do prawidłowego działania bez usuwania wady. Przykładowo, obejściem wady polegającej na braku możliwości zalogowania się przez użytkownika do systemu ze stacji roboczej użytkownika jest logowanie użytkowników przez administratora systemu z panelu administratora. Wada systemu w postaci braku działania panelu logowania do systemu na stacjach roboczych użytkownika w tym przypadku nie została usunięta, ale zastosowanie tymczasowego obejścia pozwala użytkownikom systemu na zalogowanie się do niego do czasu usunięcia wady.

Aby uelastyczyć umowę, Zamawiający powinni rozważać dopuszczenie zastosowania tymczasowego obejścia do wszystkich lub niektórych kategorii wad przewidzianych w umowie, przy czym zastosowanie obejścia nie powinno co do zasady zwalniać Wykonawcy od naprawy wady. Wyjątek od tej zasady może dotyczyć oprogramowania podmiotu trzeciego, w stosunku do którego Zamawiający oraz Wykonawca nie posiadają uprawnień do modyfikacji jego kodu źródłowego (w tym naprawy wad poprzez zmianę kodu źródłowego). W takim przypadku skuteczne zastosowanie przez Wykonawcę obejścia wady (np. poprzez zmianę konfiguracji lub parametrów oprogramowania, bez ingerencji w jego kod źródłowy) może stanowić jedyne możliwe narzędzie usunięcia skutków wady oprogramowania podmiotu trzeciego. W tych sytuacjach Zamawiający nie powinien oczekiwać od Wykonawcy naprawy wady. Zamawiający, powierzając Wykonawcy opiekę serwisową nad systemem zawierającym elementy podmiotów trzecich, w stosunku do których Zamawiający nie posiada prawa do modyfikacji i możliwości powierzania ich swoim usługodawcom powinien rozważyć wyłączenie takich elementów systemu z usługi serwisu. W stosunku do programów tego typu niekiedy nawet zastosowanie przez Wykonawcę obejścia może być niewykonalne. W stosunku do takich elementów systemu Zamawiający może natomiast rozważyć nałożenie na Wykonawcę, w ramach obowiązku administrowania systemem, obowiązku kontaktowania się z serwisem producenta w celu usunięcia wady w takim oprogramowaniu, a także nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapewnienia, że producent takiego oprogramowania będzie usuwał jego wady w ramach gwarancji jakości lub świadczeń serwisowych wykupionych przez Wykonawcę.

Postanowienia umowy regulujące zastosowanie obejścia mogą mieć następujące brzmienie:

Czas Obejścia: Czas liczony od momentu prawidłowego przekazania zgłoszenia o Wadzie do momentu zastosowania Obejścia; do Czasu Obejścia wliczany jest Czas Reakcji.

Obejście: Przywrócenie funkcjonowania Systemu poprzez zminimalizowanie uciążliwości Wady i doprowadzenie Systemu do działania zgodnego z wymaganiami wynikającymi z Umowy bez usuwania przyczyny wystąpienia Wady; Obejście nie stanowi Naprawy, jednak pozwala korzystać nieprzerwanie z wszystkich funkcjonalności Systemu.

Jeżeli Naprawa Wady nie jest możliwa w Czasie Naprawy dla danej kategorii Wady, Strony dopuszczają możliwość zastosowania Obejścia, przy czym zastosowanie Obejścia nie wyłącza zobowiązania Wykonawcy do Naprawy Wady.

B. Utrzymywanie dostępności systemu IT na określonym poziomie (SLA)

Umowa serwisowa może przewidywać obowiązek Wykonawcy zapewniania dostępności (niezawodności działania) systemu informatycznego na określonym poziomie. Dostępność systemu informatycznego oznacza czas jego bezawaryjnego działania w określonej jednostce czasu. Postanowienia umowy w tym zakresie mogą mieć następujące brzmienie:

- 1. Wykonawca zapewnia utrzymanie dostępności Systemu w sposób ciągły, 24 godziny na dobę, przez wszystkie dni w roku na w poziomie [...].*
- 2. Poziom dostępności Systemu, o którym mowa w ust. 1 powyżej obliczany jest w stosunku miesięcznym, w każdym miesiącu obowiązywania niniejszej Umowy.*
- 3. Przez dostępność Systemu Strony rozumieją funkcjonowanie Systemu bez Wad.*
- 4. Dla potrzeb obliczania czasu dostępności Systemu Strony uznają, że niedostępnością Systemu nie jest czas planowanych przerw działania Systemu dokonywanych w celu konserwacji, naprawy lub rozwoju Systemu, o ile zostaną one przeprowadzone w związku z realizacją niniejszej Umowy lub w porozumieniu z Zamawiającym.*
- 5. W przypadku, gdy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy dojdzie do niedotrzymania przez Wykonawcę poziomu dostępności Systemu, określonego w ust. 1 powyżej, Zamawiający uprawniony jest do naliczenia kary umownej w wysokości [...] % miesięcznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu usług serwisowych, o którym mowa w [...] Umowy, za każdą godzinę zwłoki w zakresie dopuszczalnego poziomu niedostępności Systemu w danym miesiącu.*

C. Aktualizacja systemu oraz dostosowywanie systemu do zmieniających się przepisów prawa lub regulacji wewnętrznych Zamawiającego (tzw. „mały rozwój”)

Aktualizacja systemu (aktualizacja) jest to proces polegający na uaktualnieniu oprogramowania systemu informatycznego w jego głównej wersji, służący zazwyczaj usunięciu nieprawidłowości pracy systemu, dodaniu do niego nowych funkcjonalności lub uwzględnieniu zmian w przepisach prawa. Aktualizację standardowo dostarcza producent systemu informatycznego (może to być Wykonawca w części, w której Wykonawca jest



producentem oprogramowania). Proces aktualizacji dotyczy zazwyczaj oprogramowania standardowego składającego się na system informatyczny Zamawiającego. W praktyce, aktualizację niekiedy nazywa się łatanami (*patch*).

Formułując postanowienia umowy dotyczące aktualizacji Zamawiający powinien skonkretyzować jakie są jego oczekiwania wobec Wykonawcy. Zakres obowiązków Wykonawcy w ramach usługi aktualizacji może być bowiem różny i obejmować przykładowo samą instalację aktualizacji lub samo informowanie Zamawiającego o aktualizacjach oprogramowania. Usługa aktualizacji może również obejmować dostarczanie przez Wykonawcę wszystkich aktualizacji oprogramowania wraz z zapewnieniem licencji na korzystanie z nich, jeżeli taka odrębna licencja będzie niezbędna. Zakres obowiązków Wykonawcy w tym zakresie wpływać będzie, co oczywiste, na cenę oferty. Postanowienia umowy dotyczące aktualizacji powinny zakładać i dopuszczać sytuację, gdy Wykonawca sam nie będzie uaktualniał systemu informatycznego z uwagi na to, że nie jest producentem oprogramowania, które jest objęte usługami serwisowymi. Dlatego też, jeżeli Zamawiający chce zapewnić sobie aktualizacje producenta oprogramowania, to postanowienia umowy w tym zakresie nie powinny przewidywać obowiązku „dokonywania aktualizacji systemu informatycznego” ale „dostarczania i instalowania aktualizacji”.

Przy określaniu postanowień umowy nakładających na Wykonawcę obowiązek dostarczania i instalowania aktualizacji systemu IT celowe jest wyraźne wskazanie w umowie, czy Wykonawca ma obowiązek instalować aktualizację niezwłocznie po jej udostępnieniu przez producenta, czy też instalacja aktualizacji powinna odbywać się w porozumieniu z Zamawiającym i po wcześniejszym przetestowaniu wpływu aktualizacji na funkcjonowanie i bezpieczeństwo systemu informatycznego Zamawiającego.

W kontekście usług aktualizacji warto wskazać, że dobrą praktyką jest definiowanie przez Zamawiającego pojęcia aktualizacji. Aktualizacja może być bowiem rozumiana wąsko i obejmować wyłącznie aktualizacje dostarczone przez producenta oprogramowania albo też szeroko i obejmować, przykładowo, także proces dostosowywania systemu do zmieniających się przepisów prawa lub wewnętrznych regulacji Zamawiającego, określonych np. w regulaminach lub zarządzeniach (tzw. mały rozwój). W przypadku, gdy usługa aktualizacji obejmuje dostosowanie systemu do zmieniających się przepisów prawa lub regulacji Zamawiającego, prace te powinny być dodatkowo płatne na zasadach określonych w punkcie 6 niniejszego rozdziału, zaś dobrą praktyką jest przyjęcie w umowie, że to Zamawiający informuje Wykonawcę o przepisach prawa oraz zmianach w wewnętrznych regulacjach Zamawiającego, do których system informatyczny ma być dostosowany. Dzięki temu usługa serwisu będzie bardziej dopasowana do potrzeb Zamawiającego, gdyż to on posiada najlepszą wiedzę, jakie przepisy prawa mają wpływ na funkcjonowanie jego systemu informatycznego oraz realizowane za jego pomocą zadania publiczne. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku bieżącego monitorowania zmian w przepisach prawa jest więc często oczekiwaniem nadmiernym i nieadekwatnym do potrzeb Zamawiającego, a powodującym zwiększenie ceny oferty. Usługę małego rozwoju, kwalifikowaną w praktyce do usług serwisowych, należy odróżnić od usługi rozwoju, polegającej na rozbudowywaniu systemu informatycznego o nowe moduły, zgodnie z zamówieniem Zamawiającego.

Niekiedy zdarza się, że Zamawiający w istotnych postanowieniach umowy zamiast pojęciem aktualizacji posługują się pojęciem modernizacji / udoskonalenia systemu informatycznego. Pojęcia te nie są jednak pojęciami branży IT i w związku z tym nie zawsze możliwe będzie przyjęcie, że są one równoznaczne z pojęciem aktualizacji systemu. Posługiwanie się przez Zamawiającego terminologią, która nie jest zwyczajowo używana na rynku IT należy uznać za nieprawidłową praktykę, mogącą powodować wątpliwości oraz niejasności odnośnie zakresu obowiązków Wykonawcy oraz spory pomiędzy stronami.

Przykładowe postanowienia umowy dotyczące usług aktualizacji są następujące:

Przykład nr 1 (definicje):

Łata: Dostarczane standardowo przez producenta oprogramowania składającego się na System (w tym również przez Wykonawcę w części, w jakiej Wykonawca jest producentem oprogramowania składającego się na System) uaktualnienie Systemu w ramach jego wersji głównej, służące do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości pracy Systemu, dodania do Systemu nowych funkcjonalności lub zastąpienia istniejącej wersji Systemu nowszą wersją.

Przykład nr 2 (zakres oraz zasady realizacji usługi aktualizacji):

w ramach Serwisu Wykonawca zobowiązany jest [...]:

- 1) dostarczać oraz instalować Łaty,*
- 2) aktualizować System do mających wpływ na pracę Systemu powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wewnętrznych regulacji Zamawiającego w ramach dodatkowego wynagrodzenia rozliczanego na podstawie przepracowanej przez Wykonawcę liczby roboczodni.*

Wykonawca zobowiązany jest do wprowadzenia zmian w Systemie, jeśli konieczność takich zmian wynika ze zmian w powszechnie obowiązujących przepisach prawa lub też ze zmian wewnętrznych regulacji Zamawiającego, o których został poinformowany przez Zamawiającego.

Zamawiający będzie informował Wykonawcę o zmianach, o których mowa w ust. 2 powyżej, z wyprzedzeniem, co najmniej [...] dni przed ich wejściem w życie. W takim przypadku, Wykonawca zobowiązany jest do wdrażania w Systemie tych zmian w terminach wejścia w życie przepisów prawa lub regulacji Zamawiającego.

Wykonawca zobowiązany jest do informowania Zamawiającego o każdej Łacie, która została opracowana przez Wykonawcę lub podmiot trzeci, będący jej producentem. Wykonawca zobowiązany jest również informować Zamawiającego o skutkach zainstalowania Łat w Systemie, a w szczególności ich wpływie na sposób jego funkcjonowania oraz sposób korzystania z Systemu.

Zamawiający jest wyłącznie uprawnionym do podjęcia decyzji odnośnie zainstalowania Łat w Systemie.

Instalacja Łat będzie dokonywana w terminach każdorazowo uzgadnianych przez Koordynatorów Stron. Instalacja taka będzie dokonywana najpierw w środowisku testowym Systemu. Po zainstalowaniu Łaty do systemu testowego Zamawiający przeprowadza testy Systemu weryfikujące poprawność pracy Systemu w środowisku testowym po zainstalowaniu Łaty i dopiero w przypadku stwierdzenia poprawności działania Systemu Łata instalowana jest w Systemie.

Po zakończeniu instalacji aktualizacji / Łaty, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu instrukcję obsługi Systemu lub aktualizację obecnej instrukcji wraz z uaktualnioną Dokumentacją dotyczącą Systemu.

D. Bieżące zarządzanie (administrowanie) systemem IT oraz konsultacje dotyczące bieżącego korzystania z systemu informatycznego przez Zamawiającego (usługa help desk)

Administrowanie systemem IT jest pojęciem szerokim i obejmuje przykładowo prace takie jak nadzorowanie i monitorowanie pracy powierzonych systemów, zarządzanie kontami i uprawnieniami użytkowników, konfigurowanie systemu, dbanie o bezpieczeństwo systemu i przetwarzanych za jego pomocą danych, współpraca z zewnętrznymi specjalistami, zarządzanie siecią Zamawiającego, a także sprawowanie opieki nad infrastrukturą sprzętową, w tym serwerami oraz stacjami roboczymi. Z uwagi na to, że pojęcie administrowania jest bardzo pojemne i może być rozumiane w różny sposób, Zamawiający powinien w umowie dokładnie określić, jakie prace informatyczne wchodzi w zakres administrowania systemem oraz jakie są jego oczekiwania w tym zakresie. Dobrą praktyką jest, aby umowa przewidywała zamknięty katalog obowiązków Wykonawcy w ramach „administrowania” systemem. Przykładowo, postanowienie regulujące usługę bieżącego administrowania systemem informatycznym może mieć następujące brzmienie:

Administrowanie: usługi świadczone przez Wykonawcę w ramach Serwisu polegające na bieżącym monitorowaniu działania Systemu, w szczególności pod kątem występowania Wad, zarządzaniu kontami Użytkowników, konfigurowaniu Systemu oraz zarządzania siecią Zamawiającego, a także dbaniu o bezpieczeństwo Systemu. Szczegółowy zakres obowiązków Wykonawcy w zakresie Administrowania Systemem określa załącznik nr [...] do Umowy.

W ramach Serwisu Wykonawca zobowiązany jest do: [...] Administrowania Systemem, w zakresie i na zasadach szczegółowo określonych w załączniku nr [...] do Umowy.

W ramach usług serwisowych Zamawiający może również oczekiwać od Wykonawcy bieżących konsultacji dotyczących obsługi systemu, tj. odpowiedzi na różne pytania i wątpliwości Zamawiającego (jego pracowników) związanych z korzystaniem z systemu. Również w tym zakresie Zamawiający powinien dookreślić swoje oczekiwania wobec Wykonawcy. Postanowienie regulujące zasady świadczenia usługi help desk może mieć następujące brzmienie:

W ramach Serwisu Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia na rzecz Zamawiającego usługi help desk, która obejmuje przyjmowanie przez Wykonawcę zgłoszeń oraz pytań dotyczących funkcjonowania i korzystania z Systemu.

Pytania dotyczące funkcjonowania oraz korzystania z Systemu mogą być składane przez upoważnionych pracowników Zamawiającego za pośrednictwem wiadomości e-mail / telefonu / faxu / na numery oraz adresy wskazane w [...] Umowy.

Wykonawca zobowiązany jest do udzielania odpowiedzi na zgłoszenie lub pytanie zadane przez osoby wskazane przez Zamawiającego na bieżąco, nie później niż w ciągu 1 Dnia Roboczego.

E. Autoryzacja zmian Systemu

Umowy serwisu IT zawierane są zazwyczaj na okres co najmniej kilkunastu miesięcy, a niekiedy nawet na kilka lat. W związku z tym, możliwe jest, że w okresie serwisu system



będzie modyfikowany lub rozbudowywany przez Zamawiającego lub wskazany przez niego podmiot trzeci (jeżeli Zamawiający posiada uprawnienia prawnoautorskie umożliwiające mu modyfikowanie systemu; por. rozdział III niniejszej analizy). Zamawiający, mając zawartą umowę serwisową często oczekuje, że Wykonawca obejmie serwisem nowe elementy systemu, które powstaną w okresie obowiązywania umowy serwisowej.

Wykonawcy często nie chcą serwisować programów komputerowych wytworzonych przez Zamawiającego w trakcie obowiązywania umowy serwisowej, gdyż oprogramowania tego nie znają i nie wiedzą jaka jest jego awaryjność. Kompromisowym rozwiązaniem w tym zakresie jest przyjęcie w umowie, że w ramach serwisu Zamawiający może zlecić Wykonawcy wykonanie (odpłatnej) usługi autoryzacji zmian systemu, które zostały wprowadzone przez Zamawiającego lub podmiot trzeci, w celu objęcia tych zmian serwisem. W takim przypadku, po dokonanej autoryzacji Wykonawca, w przypadku pozytywnego wyniku autoryzacji, obejmie zmiany systemu usługami serwisowymi na takich samych zasadach jak pozostałe elementy systemu. Umowa może również przewidywać odmienne SLA dla autoryzowanych zmian systemu.

Co istotne, objęcie zmian systemu usługami serwisowymi może dotyczyć jedynie takich elementów systemu, co do których Zamawiający jest uprawniony, aby je powierzać podmiotowi trzeciemu (Wykonawcy) w celu świadczenia usług serwisowych, a także w stosunku do których Zamawiający będzie w stanie zapewnić Wykonawcy techniczną możliwość ich serwisowania.

Wprowadzając do umowy mechanizm autoryzacji zmian, Zamawiający powinni pamiętać, że objęcie usługami serwisowymi nowych elementów systemu, tj. elementów systemu nieistniejących w momencie zawarcia umowy, może w konkretnym przypadku zostać uznane za istotną zmianę umowy (art. 144 p.z.p.) i dlatego też taki przypadek zmiany umowy powinien zostać w niej przewidziany.

Postanowienia umowy dotyczące autoryzacji zmian systemu mogą mieć następujące brzmienie:

W ramach Serwisu Wykonawca zobowiązany jest do: [...] dokonywania autoryzacji zmian / modyfikacji wprowadzonych do Systemu przez Zamawiającego lub podmiot działający na jego zlecenie w okresie obowiązywania Umowy. Dokonanie autoryzacji skutkuje objęciem zmiany / modyfikacji Serwisem świadczonym przez Wykonawcę, na zasadach o których mowa w [...] Umowy.

Do przeprowadzenia autoryzacji konieczne jest przekazanie Wykonawcy Dokumentacji oraz Kodów Źródłowych zmian / modyfikacji Systemu, o których mowa powyżej.

W celu dokonania autoryzacji zmiany Systemu, Zamawiający zapewni Wykonawcy możliwość przetestowania takiej zmiany według scenariuszy testowych opracowanych przez Wykonawcę.

W przypadku, gdy zmiana Systemu została stworzona przez podmiot trzeci, działający na zlecenie Zamawiającego, Zamawiający w miarę swoich możliwości dopuści Wykonawcę do uczestnictwa w odbiorze tej zmiany przez Zamawiającego od podmiotu trzeciego, jeżeli będzie to niezbędne do dokonania autoryzacji zmiany przez Wykonawcę.



Warunkiem świadczenia przez Wykonawcę usług Serwisu w odniesieniu do zmiany / modyfikacji przyjętej w drodze autoryzacji jest zapewnienie Wykonawcy przez Zamawiającego licencji niewyłącznej na korzystanie z danej modyfikacji / zmiany i dotyczących jej dokumentów w zakresie potrzebnym do wykonywania usług Serwisu, w szczególności na polach eksploatacji wskazanych w art. 50 i art. 74 ust. 4 prawa autorskiego, udzielenie Wykonawcy prawa do sublicencjonowania wskazanych wcześniej utworów na rzecz podwykonawców, oraz zapewnienie wymaganej przez Wykonawcę współpracy podmiotu, który wytworzył daną zmianę / modyfikację. Powyższa licencja musi obejmować także prawo Wykonawcy do wykonywania, korzystania oraz rozpowszechniania utworów zależnych. Licencja, o której mowa powyżej, upoważniać będzie Wykonawcę do korzystania z ww. zmiany / modyfikacji Systemu wyłącznie dla potrzeb dokonania autoryzacji oraz świadczenia usług Serwisu zgodnie z niniejszą Umową.

3. Czas trwania usług serwisowych

Umowa powinna określać okres obowiązywania usług serwisowych, a także moment, w którym Wykonawca powinien rozpocząć świadczenie usług serwisowych.

Zgodnie z art. 142 p.z.p. umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, powinna zostać zawarta na czas oznaczony, maksymalnie na okres 4 lat. Okres ten może być dłuższy, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi Zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. W przypadku zamówień przekraczających tzw. próg unijny i wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem są świadczenia okresowe i ciągłe na okres dłuższy niż cztery lata, Zamawiającego obciąża obowiązek powiadomienia o tym fakcie Prezesa UZP.

W przypadku umów, których przedmiotem jest jednocześnie wdrożenie systemu informatycznego oraz serwis, wskazany w art. 142 ust. 1 p.z.p. maksymalny okres obowiązywania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dotyczyć będzie łącznie wdrożenia oraz serwisu (a także okresu gwarancji jakości, jeżeli jej udzielenie jest objęte przedmiotem zamówienia).

Momentem rozpoczęcia świadczenia usług serwisowych może być dzień zawarcia umowy lub data odbioru końcowego systemu informatycznego (tak w przypadku umów, których przedmiotem jest jednocześnie wdrożenie systemu informatycznego oraz serwis). W przypadku, gdy wdrożenie systemu informatycznego odbywa się etapowo, poprzez stworzenie w pierwszej kolejności testowej wersji systemu informatycznego, a następnie wersji produkcyjnej, objęcie systemu informatycznego serwisem następuje zazwyczaj po wdrożeniu i po odbiorze wersji produkcyjnej systemu. Z kolei, jeżeli system informatyczny wdrażany jest modułowo i poszczególne moduły mogą funkcjonować i zostać uruchomione produkcyjnie jeszcze przed wdrożeniem pozostałych modułów, to w takim przypadku serwis może objąć pojedyncze, już wdrożone do pracy moduły systemu informatycznego. Moment rozpoczęcia świadczenia usług serwisowych w takim przypadku może zostać określony jako data odbioru końcowego pierwszego, samodzielnego modułu systemu informatycznego. Innymi słowy - serwis systemu informatycznego powinien dotyczyć gotowego,

przetestowanego i odebranego przez Zamawiającego produktu, natomiast czy to będzie cały system informatyczny, czy też jego wydzielona część zależy od decyzji Zamawiającego.

Niekiedy przyjmuje się, że rozpoczęcie świadczenia usług serwisowych następuje w określonym terminie od dnia zawarcia umowy (np. w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy). Określenie w ten sposób momentu rozpoczęcia świadczenia usług serwisowych może być celowe, a nawet konieczne, gdy przetarg dotyczy wyłonienia nowego Wykonawcy systemu informatycznego, a więc w przypadku, gdy system ten był już objęty serwisem przez zewnętrznego usługodawcę. W tej sytuacji, wskazany w umowie okres przejściowy ma zapewnić „nowemu” Wykonawcy czas na poznanie systemu, jego infrastruktury oraz dokumentacji. Wspomniany okres przejściowy może mieć więc na celu wyrównanie szans w przetargu nowych Wykonawców, z Wykonawcą poprzednio świadczącym na rzecz Zamawiającego usługi serwisowe. Tym samym, w konkretnym przypadku brak wprowadzenia do umowy takiego okresu przejściowego może stanowić podstawę stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.), z uwagi na to, że warunki przetargu preferują dotychczasowego Wykonawcę.

Przykład nr 1:

Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia na rzecz Zamawiającego Usług Serwisu przez okres [...] miesięcy od dnia podpisania niniejszej Umowy.

Przykład nr 2:

Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia na rzecz Zamawiającego Usług Serwisu przez okres [...] miesięcy od dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego Systemu.

Przykład nr 3:

Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia na rzecz Zamawiającego Usług Serwisu przez okres [...] miesięcy od daty zakończenia okresu przejściowego, o którym mowa w [...] Umowy.

4. Miejsce świadczenia usług serwisowych

Zamawiający określając miejsce świadczenia usług serwisowych najczęściej wskazują swoją siedzibę. Obecnie jednak znaczna część usług informatycznych może być świadczona zdalnie, poprzez dostęp do sieci VPN Zamawiającego, dostęp zdalny do stacji roboczych Zamawiającego lub telefonicznie / e-mailowo (tak zwłaszcza w przypadku usługi help desk). Dobrą praktyką jest dopuszczenie w umowie możliwości wykonywania przez Wykonawcę usług serwisowych zdalnie, jeżeli nie wpływa to na jakość lub terminowość świadczonej usługi. Umożliwienie Wykonawcy wykonywania usług w sposób zdalny, poza siedzibą Zamawiającego, może obniżyć koszty realizacji zamówienia i wpłynąć tym samym na cenę oferty.

Postanowienia umowy regulujące miejsce świadczenia usług serwisowych mogą zostać sformułowane w następujący sposób:

1. Z zastrzeżeniem ust. 2 poniżej miejscem świadczenia Usług Serwisowych jest siedziba Zamawiającego lub lokalizacja Wykonawcy.

2. Wykonawca może świadczyć Usługi Serwisowe za pośrednictwem zdalnego dostępu oraz za pośrednictwem uzgodnionych środków komunikacji na odległość, w szczególności za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, środków komunikacji elektronicznej lub poprzez zdalny dostęp do sieci VPN Zamawiającego, pod warunkiem, że nie wpłynie to niekorzystnie na prawidłowość i terminowość świadczenia tych usług na rzecz Zamawiającego. Zasady i tryb udzielania zdalnego dostępu do zasobów informacyjnych Zamawiającego są określone w Załączniku nr [...] do Umowy.

5. Odpowiedzialność

Dobre praktyki dotyczące nakładania kar umownych za niedotrzymanie czasu reakcji oraz czasu naprawy zostały omówione w rozdziale dotyczącym gwarancji jakości (rozdział V niniejszej analizy) i mają zastosowanie również do umów serwisowych. W przypadku dopuszczenia przez Zamawiającego zastosowania obejścia, umowa może również przewidywać karę umowną za niedotrzymanie czasu obejścia.

Odpowiedzialność Wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy serwisowej może zostać ograniczona do wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia tych usług. Przykładowe postanowienie o ograniczeniu odpowiedzialności Wykonawcy w tym zakresie może mieć następujące brzmienie:

Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług Serwisu ograniczona jest do kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy za te usługi, o którym mowa w [...] Umowy, przy czym ograniczenie to nie dotyczy szkód spowodowanych przez Wykonawcę umyślnie lub innych przypadków, gdy wprowadzenie takiego ograniczenia nie jest dopuszczalne w oparciu o bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa.

6. Modele płatności wynagrodzenia za świadczenie usług serwisowych

Umowa serwisowa powinna przewidywać wysokość oraz zasady płatności wynagrodzenia za świadczone usługi. W tym zakresie możliwe jest przyjęcie:

- wynagrodzenia ryczałtowego (np. miesięczny abonament o stałej wysokości, obejmujący wszystkie usługi świadczone na podstawie umowy);
- wynagrodzenia mieszanego, w przypadku którego wynagrodzenie za niektóre usługi świadczone w ramach serwisu ma charakter stały (ryczałtowy), a za niektóre kosztorysowy, którego wysokość ustalana jest na podstawie iloczynu liczby wykorzystanych przez Zamawiającego roboczogodzin / osobodni usług oraz ustalonej w umowie stawki za jedną roboczogodzinę / jeden osobodzień.

W umowach o udzielenie zamówienia publicznego nie jest natomiast dopuszczalne – poza umową ramową i umową z wolnej ręki, zawieraną po negocjacjach z Wykonawcą – określenie jedynie maksymalnego limitu zobowiązań Zamawiającego (tj. maksymalnego wynagrodzenia należnego Wykonawcy), bez wskazania części zamówienia, która zostanie zrealizowana, to jest za którą Wykonawca z pewnością otrzyma wynagrodzenie (por. opinię Prezesa UZP dot. prawa opcji w prawie zamówień publicznych i przywołane w niej orzecznictwo KIO; opinia ta dostępna jest na stronie <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:2132>, data dostępu 19.09.2014 r.).



W umowie o udzielenie zamówienia publicznego zasadniczo wykluczyć należy przyjęcie modelu, który zakłada brak przyznania Wykonawcy stałej (pewnej) części wynagrodzenia za realizację zamówienia, a więc modelu, zgodnie z którym wynagrodzenie ustalane jest wyłącznie na podstawie liczby wykorzystanych przez Zamawiającego jednostek usług (roboczogodzin / osobodni). Zamawiający, określając w ten sposób przedmiot zamówienia oraz zasady płatności naraża się na zarzut naruszenia zasad prawa zamówień (art. 29 ust. 1 p.z.p.), co może być podstawą odwołania od treści SIWZ (art. 180 i n. p.z.p.). W związku z powyższym, w umowie serwisowej zalecany jest model płatności zakładający stałe, miesięczne wynagrodzenie należne Wykonawcy za wszystkie usługi świadczone w ramach serwisu lub model mieszany, przewidujący stały miesięczny abonament za część usług świadczonych w ramach serwisu (np. usuwanie wad, help desk i aktualizowanie systemu) i rozliczanie pozostałych usług (np. usługi w ramach małego rozwoju, usługa autoryzacji) w ramach ustalonego w umowie limitu budżetowego, obejmującego określoną liczbę roboczogodzin do wykorzystania przez Zamawiającego. W przypadku przyjęcia modelu mieszanego, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia powinien określić maksymalną liczbę roboczogodzin do wykorzystania przez niego na określone usługi w okresie obowiązywania umowy. Zamawiający, zakładając, że nie wykorzysta wszystkich roboczogodzin przewidzianych w umowie powinien wskazać to w umowie i przewidzieć prawo do wypowiedzenia przez niego umowy w zakresie niewykorzystanych roboczogodzin.

Przykładowe postanowienia dotyczące płatności wynagrodzenia za usługi serwisowe są następujące:

Przykład nr 1:

Z tytułu realizacji Usług Serwisowych Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Wykonawcy, przez cały okres obowiązywania Umowy, miesięcznego, ryczałtowego wynagrodzenia w wysokości [...] zł netto (słownie [...] złotych).

Przykład nr 2:

- 1. Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Wykonawcy, przez cały okres obowiązywania Umowy, miesięcznego, ryczałtowego wynagrodzenia w wysokości [...] zł netto (słownie [...] złotych) za świadczenie Usług, o których mowa w [...] Umowy.*
- 2. Usługi, o których mowa w [...] Umowy, płatne są na podstawie wyceny dokonanej zgodnie z [...] Umowy, według stawki godzinowej wynoszącej [...] zł netto (słownie [...] złotych).*
- 3. Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy z tytułu świadczenia Usług, o których mowa w ust. 2 w danym miesiącu kalendarzowym stanowi iloczyn liczby roboczogodzin, wskazanej w zaakceptowanym przez Zamawiającego zamówieniu na te usługi oraz stawki za 1 roboczogodzinę, o której mowa w ust. 2 powyżej.*

Przykład nr 3:

W przypadku niewykorzystania przez Zamawiającego w okresie obowiązywania Umowy limitu roboczogodzin, o którym mowa w [...] Umowy, Zamawiający uprawniony jest do końca obowiązywania Umowy do wypowiedzenia Umowy w zakresie niewykorzystanych roboczogodzin.



7. Rozwiązanie umowy serwisowej

Zgodnie z art. 139 ust. 1 p.z.p. do umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego stosuje się przepisy k.c., chyba że przepisy ustawy stanowią inaczej.

Przepisy p.z.p. nie wyłączają możliwości korzystania przez Zamawiającego lub Wykonawcę z prawa do wypowiedzenia umowy o świadczenie usług na podstawie przepisów k.c. Prawo zamówień publicznych nie wyłącza również możliwości wprowadzania do umów o udzielenie zamówienia publicznego postanowień o wypowiedzeniu umowy, które modyfikują przepisy k.c. regulujące przesłanki wypowiedzenia umowy na wypadek jej nienależytego Wykonania (por. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r. KIO/UZP 1876/09; KIO/UZP 1881/09; KIO/UZP 1883/0 oraz wyrok KIO z dnia 28 listopada 2008 r., KIO/UZP 1325/08).

Do umowy o świadczenie usług serwisowych zastosowanie znajdują przepisy k.c. o zleceniu, tj. art. 734 i nast. k.c. (art. 750 k.c.). Oznacza to, że każda ze stron, tj. Wykonawca oraz Zamawiający, może w przypadku braku odmiennych postanowień umowy wypowiedzieć umowę serwisową w każdym czasie na podstawie art. 746 k.c., zgodnie z którym:

„§ 1. Dający zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Powinien jednak zwrócić przyjmującemu zlecenie wydatki, które ten poczynił w celu należytego wykonania zlecenia; w razie odpłatnego zlecenia obowiązany jest uiszczyć przyjmującemu zlecenie część wynagrodzenia odpowiadającą jego dotychczasowym czynnościom, a jeżeli wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, powinien także naprawić szkodę.

§ 2. Przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Jednakże gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, przyjmujący zlecenie jest odpowiedzialny za szkodę.

§ 3. Nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów.”

Art. 746 k.c. znajduje zastosowanie także do umów zawartych na czas oznaczony.

W umowie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi serwisowe możliwe jest jednak zmodyfikowanie tego przepisu, w szczególności poprzez wyłączenie możliwości wypowiedzenia umowy o świadczenie usług poza przypadkami, gdy powodem wypowiedzenia są ważne powody (uprawnienia do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów nie można się zrzec). Z kolei, pojęcie „ważne powody” może zostać doprecyzowane w umowie o świadczenie usług serwisowych. Zamawiający nie ma obowiązku przewidywania w umowie podstaw rozwiązania umowy przez Wykonawcę (por. wyrok KIO z 11 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 779/08).

Wypowiedzenie umowy serwisowej ma skutek na przyszłość (ex nunc) i nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia za usługi wykonane przed dniem rozwiązania umowy na skutek wypowiedzenia jej przez Zamawiającego.

Postanowienia umowy dotyczące wypowiedzenia umowy serwisowej mogą mieć następujące brzmienie:

Poza przypadkami, o których mowa w ust. 1 i 2 poniżej, żadnej ze Stron nie przysługuje prawo do wypowiedzenia niniejszej Umowy przed upływem okresu jej obowiązywania.

1. Zamawiający upoważniony jest do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym z ważnych powodów, przez które Strony rozumieją w szczególności:

- 1) zwłokę Wykonawcy w Naprawie / Obejściu Wady w Systemie przekraczającej trzykrotność określonego w Umowie Czasu Naprawy / Obejścia;
- 2) Naprawy / Obejścia Wady w sposób niezgodny z postanowieniami Umowy, powodujący utratę danych Zamawiającego lub poważne ryzyko utraty takich danych.

2. Wykonawca uprawniony jest do wypowiedzenia niniejszej Umowy ze skutkiem natychmiastowym wyłącznie w przypadku zwłoki Zamawiającego w płatności Wykonawcy miesięcznego wynagrodzenia, o którym mowa [...] Umowy, wynoszącej co najmniej 30 dni.

W przypadku umów mieszanych, których przedmiotem jest wdrożenie oraz serwis, formułując postanowienia umowy dotyczące rozwiązania umowy, konieczne jest odróżnienie podstaw odstąpienia od umowy w części obejmującej wdrożenie (skutek *ex tunc*) oraz podstaw wypowiedzenia umowy, w części obejmującej serwis (skutek *ex nunc*). Odstąpienie od umowy mieszanej, której przedmiotem jest wdrożenie i serwis, możliwe będzie jedynie do czasu zakończenia wdrożenia (odbioru końcowego systemu).

Formułując postanowienia umowy dotyczące jej rozwiązania warto określić obowiązki obu stron związane z zakończeniem realizacji umowy, a w szczególności obowiązki obu stron związane z ochroną informacji poufnych oraz obowiązywaniem gwarancji jakości po wygaśnięciu umowy. Kwestie te mogą być uregulowane postanowieniami o poniższym brzmieniu:

Strony zgodnie postanawiają, że wypowiedzenie Umowy nie powoduje wygaśnięcia:

- 1) zobowiązań Wykonawcy, w zakresie gwarancji jakości;
- 2) zobowiązań Stron wynikających z postanowień dotyczących informacji poufnych [...] Umowy).

8. Serwis a prawa autorskie i niezależność Zamawiającego

Tak jak w przypadku gwarancji jakości (por. rozdział V analizy) świadczenie usług serwisowych może prowadzić do modyfikacji systemu informatycznego (tj. jego kodu źródłowego) oraz powstania utworu zależnego, stanowiącego opracowanie istniejącego kodu źródłowego. W związku z tym, postanowienia umowy serwisowej powinny określać uprawnienia Zamawiającego do utworów powstałych w wyniku realizacji przez Wykonawcę usług serwisowych. Warto również, aby Zamawiający rozważył wprowadzenie do umowy postanowień nakładających na Wykonawcę obowiązek przekazania mu kodów źródłowych oraz dokumentacji dotyczących programów komputerowych powstałych w wyniku realizacji usług serwisowych - zwłaszcza, jeżeli Zamawiającemu zależy na uzyskaniu technicznej i prawnej możliwości modyfikacji programów komputerowych powstałych w wyniku świadczenia usług serwisowych. **Zamawiający wprowadzając do umowy postanowienia regulujące tę kwestię powinien wyraźnie określić, jakiego rodzaju produkty / oprogramowania, powstałe w wyniku świadczenia usług serwisowych, zostaną objęte ww. postanowieniami o prawach autorskich oraz wydaniu kodów źródłowych i dokumentacji.**

Dobłą praktyką w tym zakresie jest odmienne regulowanie zasad licencjonowania oprogramowania dedykowanego i standardowego oraz oprogramowania osób trzecich (por. rozdział III analizy).

W zakresie obowiązku wydania kodu źródłowego celowe jest z kolei ograniczenie tego obowiązku wyłącznie do kodów źródłowych oprogramowania, którego producentem jest Wykonawca, gdyż w przypadku programów podmiotów trzecich obowiązek wydania kodów źródłowych może być z punktu widzenia Wykonawcy niemożliwy do wykonania. Zamawiający powinien również zdecydować, czy obowiązki Wykonawcy związane z wydaniem kodów źródłowych oraz dokumentacji dotyczą wyłącznie oprogramowania dedykowanego, tj. stworzonego na potrzeby i w ramach realizacji zamówienia, czy także oprogramowania standardowego Wykonawcy.

Jako przykład postanowienia regulującego tę kwestię wskazać można:

Przykład nr 1

Jeżeli w trakcie realizacji zobowiązań w ramach Usług Serwisowych dojdzie do wprowadzenia zmian w Systemie, Wykonawca z chwilą dokonania takich modyfikacji udzieli Zamawiającemu licencję na korzystanie z powstałych w ten sposób modyfikacji Systemu na zasadach określonych w [...] Umowy.

Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu Dokumentację oraz Kody Źródłowe dotyczące zmian Oprogramowania powstałych w wyniku realizacji Usług Serwisowych na zasadach określonych w [...] Umowy. Obowiązek wydania Kodów Źródłowych nie dotyczy Oprogramowania Osób Trzecich.

Przykład nr 2

Jeżeli w trakcie realizacji zobowiązań w ramach Usług Serwisowych dojdzie do wprowadzenia zmian w Systemie, Wykonawca z chwilą dokonania takich modyfikacji udzieli Zamawiającemu licencję na korzystanie z powstałych w ten sposób modyfikacji Systemu na zasadach określonych w [...] Umowy.

Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu Dokumentację oraz Kody Źródłowe dotyczące zmian Oprogramowania Dedykowanego powstałych w wyniku realizacji Usług Serwisowych na zasadach określonych w [...] Umowy. Obowiązek wydania Kodów Źródłowych nie dotyczy Oprogramowania Osób Trzecich oraz Oprogramowania Standardowego.

9. Umowa serwisowa, jako odrębna umowa lub element umowy wdrożenia IT

Na zakończenie należy wskazać, że w praktyce zdarza się, że usługi serwisu IT stanowią jeden z elementów umowy na wdrożenie systemu informatycznego. Zamawiający z różnych względów decydują się na połączenie w jednej umowie wdrożenia oraz serwisu systemu informatycznego. Częstym powodem tego jest chęć zapewnienia sobie przez Zamawiającego, aby nowo wdrażany system był w pierwszej kolejności serwisowany przez podmiot, który system ten zbudował i wdrożył. Umowa, która dotyczy jednocześnie wdrożenia oraz serwisu ma charakter mieszany (w części umowa o dzieło, a w części umowa o świadczenie usług). Połączenie tych dwóch rodzajów świadczeń w jednej umowie jest dopuszczalne, ale wymaga uwzględnienia przez Zamawiających odrębnych reżimów prawnych k.c. dotyczących dzieła oraz świadczenia usług, a także przepisów pr. aut. odnoszących się do dzieła, stanowiącego utwór. W szczególności dotyczy to podstaw



rozwiązania umowy, zasad płatności za wynagrodzenie oraz odpowiedzialności Wykonawcy za nienależyte Wykonanie umowy. Zamawiający korzystający z dofinansowania z PO IG powinni w takim przypadku uwzględnić również okoliczność, że wydatki na serwis (utrzymanie) systemu informatycznego nie będą co do zasady stanowić wydatków na projekt (wdrożenie systemu informatycznego), lecz na jego trwałość i z tego względu wydatki te nie będą mogły być rozliczane w ramach dofinansowania.

10. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że obecnie posiadanie przez Zamawiającego profesjonalnej i sprawnej opieki serwisowej nad posiadanym przez niego systemem informatycznym jest bardzo istotne, gdyż często od działania systemu informatycznego zależy możliwość realizowania przez Zamawiającego zadań publicznych nałożonych przez ustawodawcę. Zamawiający często jednak nie doceniają roli opisu przedmiotu zamówienia oraz istotnych postanowień umowy. Na rynku funkcjonuje wiele umów serwisowych napisanych bądź to zbyt lakonicznie, bądź też w sposób zbyt zawiły i często niezrozumiały nawet dla profesjonalisty.

Co istotne, „dobra” umowa serwisowa, to jest taka, która będzie zabezpieczała interesy Zamawiającego, nie musi być długa i bardzo rozbudowana. Kluczowe w tym zakresie jest natomiast to, aby umowa była jednoznaczna i precyzyjna, a także aby opisywała możliwe wszystkie najistotniejsze aspekty związane z realizacją danej usługi. Z uwagi na to, że umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego powinna być zawarta na piśmie, nieważne i niedopuszczalne są „ustne” porozumienia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą na etapie realizacji umowy. Ewentualne przypadki zmiany umowy powinny być w niej przewidziane. Zamawiający powinien być tego świadom i przy pisaniu istotnych postanowień umowy kierować się przede wszystkim zasadami zamówień publicznych, ale również tym, aby postanowienia umowy były możliwe w praktyce do zrealizowania.

ROZDZIAŁ VIII. DOSTAWA SPRZĘTU

1. Wstęp

W niniejszym rozdziale przedstawione zostaną kwestie związane z dostawami sprzętu informatycznego. Wskazane zostaną również przykładowe postanowienia umowne, stosowane w branży IT. Niektóre postanowienia umowne omówione we wcześniejszych rozdziałach mogą mieć istotne znaczenie w przypadku sprzętu informatycznego (w szczególności dotyczy to przedmiotu umowy, procedury odbioru, odpowiedzialności stron, praw własności intelektualnej).

Obok oprogramowania filarem systemów informatycznych jest odpowiednio zainstalowany i skonfigurowany sprzęt informatyczny. Taki sprzęt może funkcjonować u Zamawiającego już przed wdrożeniem oprogramowania. Niekiedy jednak, wdrożenie nowego systemu informatycznego wymaga unowocześnienia sprzętu lub też utworzenia całkowicie nowej infrastruktury IT.

Podstawą prawidłowego funkcjonowania oprogramowania jest optymalna konfiguracja sprzętu IT, zgodnie z odpowiednią dokumentacją.

2. Przedmiot umowy, zobowiązania stron

W zależności od wymagań Zamawiającego i specyfiki zamówienia, przedmiotem umowy dotyczącej sprzętu komputerowego może być wyłącznie dostawa sprzętu lub także inne usługi polegające na rozpakowaniu i podłączeniu sprzętu do mediów (sieć elektryczna, LAN), instalacji i konfiguracji sprzętu.

Z wykonaniem tych usług może być związana potrzeba udostępnienia Wykonawcy lokalizacji, infrastruktury oraz nadanie należytych uprawnień przez Zamawiającego, jak również ustalenie zasad współpracy pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym w postaci bieżących konsultacji przedstawicieli stron, np. w ramach spotkań komitetów sterujących.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące kwestię dostępu Wykonawcy do lokalizacji, której ma być zainstalowany i skonfigurowany sprzęt IT.

Zamawiający umożliwi Wykonawcy prawidłowe wykonanie Przedmiotu Umowy, poprzez:

- 1) Udostępnienie Lokalizacji na czas niezbędny do wykonania Przedmiotu Umowy.*
- 2) Udostępnienie infrastruktury Zamawiającego niezbędnej do wykonania Przedmiotu Umowy, co wiązać się może z zatrzymaniem przetwarzania danych w uzgodnionych przez Strony okresach czasu.*
- 3) Dostęp do wszelkich informacji i środków technicznych niezbędnych do realizacji Przedmiotu Umowy.*
- 4) Dostęp do informacji oznacza udostępnianie w postaci dokumentów papierowych lub elektronicznych dokumentacji, analiz, struktur i zawartości baz danych i innych opracowań oraz informacji uzyskanych od pracowników Zamawiającego, które na podstawie uzasadnionego wniosku Wykonawcy mogą mieć wpływ na realizację Przedmiotu Umowy.*
- 5) Nadanie odpowiednich uprawnień, niezbędnych do realizacji niniejszej Umowy.*



6) *Dokonanie koniecznych rekonfiguracji infrastruktury posiadanej przez Zamawiającego, niezbędnych do realizacji niniejszej Umowy, wskazanych przez Wykonawcę.*

7) *Dokonanie koniecznych aktualizacji oprogramowania, posiadanego przez Zamawiającego, niezbędnych do realizacji niniejszej Umowy, wskazanych przez Wykonawcę.*

Zamawiający zobowiązany będzie do ustosunkowania się bez zbędnej zwłoki do pytań i wniosków Wykonawcy związanych z Przedmiotem Umowy, nie później jednak niż w terminie 3 (trzech) dni roboczych od momentu otrzymania zapytania.

Dostęp do środków technicznych, określony w ust. 1 lit. c) powyżej, oznacza możliwość korzystania przez Wykonawcę z będących w posiadaniu Zamawiającego środków technicznych wyłącznie w związku z wykonaniem Przedmiotu Umowy.

Ważkie znaczenie ma kwestia tego, czy Wykonawca ma mieć dostęp do Zamawiającego w godzinach pracy Zamawiającego lub też również poza tymi godzinami. W przypadku objęcia w umowie także usług serwisu nieprawidłowe będzie odnoszenie się do godzin pracy Zamawiającego – gdy serwis może być wykonany zdalnie.

Należy jednak pamiętać, aby uprawnienia Wykonawcy związane z dostępem do zasobów Zamawiającego odpowiadały celowi, jakim jest wykonanie usług w zakresie określonym w przedmiocie umowy. Tym samym, udostępnienie Wykonawcy infrastruktury informatycznej Zamawiającego jest zbyteczne w przypadku, gdy przedmiotem umowy jest jedynie dostawa sprzętu, bez świadczenia usług konfiguracji lub wdrożenia takiego sprzętu.

3. Dokumentacja, oprogramowanie systemowe, know-how związany z konfiguracją sprzętu

Niektóre rozwiązania techniczne stosowane w sprzęcie IT mogą wymagać szczegółowej wiedzy na temat konstrukcji oraz użytkowania tego sprzętu. Instrukcje oraz wskazówki dotyczące użytkowania sprzętu IT z reguły są zawarte w dokumentacji dostarczanej przez producenta.

Dokumentacja ta często jest niezbędna w procesie konfiguracji i rekonfiguracji urządzenia. Ponadto, możliwość dowolnej konfiguracji urządzeń uzyskuje dużą wagę przy ewolucji wdrażanego rozwiązania informatycznego, po wygaśnięciu postanowień umownych dot. serwisu, SLA lub gwarancyjnych. Można nawet stwierdzić, iż bez dostępu do dokumentacji sprzętu, przeprowadzenie rozwoju systemu samodzielnie przez Zamawiającego, lub przez kolejnego Wykonawcę jest właściwie niemożliwe.

Stąd też Zamawiający, na podstawie umowy z Wykonawcą, powinien uzyskać prawo własności egzemplarzy dokumentacji, jak również uprawnienie do korzystania z autorskich praw majątkowych do takiej dokumentacji (zakres uprawnień Zamawiającego do dokumentacji został opisany w rozdziale III, powyżej).

Ponadto, nie należy zapominać o tym, że sprzęt informatyczny zawiera również oprogramowanie systemowe, będące rodzajem oprogramowania standardowego (np. BIOS).

Do korzystania z tego oprogramowania również należy uzyskać uprawnienie, np. w postaci licencji.

W tym kontekście, warto wskazać, iż w większości przypadków sprzęt informatyczny jest produkowany dla potrzeb szerokiego grona odbiorców. W związku z tym, Wykonawca może dysponować jedynie uprawnieniami do udzielania licencji niewyłącznej na korzystanie z dokumentacji oraz oprogramowania systemowego. Oznacza to z kolei, iż Zamawiający może uzyskać jedynie taką, niewyłączną licencję na systemowe oprogramowanie.

Poniżej przedstawiamy przykładowe postanowienia umowne regulujące kwestię licencji na przedmioty praw własności intelektualnej podmiotów trzecich (m.in. dokumentacji i oprogramowania systemowego).

Jeżeli w celu wykonania Umowy Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji lub sublicencji na korzystanie z praw własności intelektualnej osób trzecich, dotyczących Dokumentacji lub standardowego Oprogramowania osób trzecich, które mają być częścią Przedmiotu Umowy lub elementach dostarczanych przez Wykonawcę, warunki licencyjne Wykonawca przekazuje Zamawiającemu przy zawarciu Umowy. Wykonawca oświadcza, iż jest właścicielem lub posiada licencję na korzystanie i sublicencjonowanie tych utworów w zakresie potrzebnym do wykonania Umowy lub że zapewni udzielenie takich licencji przez podmiot uprawniony.

Niezależnie, niektóre schematy, tzw. *flow-charts* tworzone przez Wykonawcę w procesie konfiguracji sprzętu mogą stanowić istotną pomoc w obsłudze urządzeń przez Zamawiającego. Ponadto, niewykluczone jest, iż w toku i dla potrzeb przeprowadzenia optymalnej konfiguracji sprzętu, Wykonawca będzie musiał stworzyć odpowiednie oprogramowanie dedykowane.

Uzasadnione jest zatem, aby Zamawiający rozpatrzył nabycie egzemplarzy i autorskich praw majątkowych do wszelkiej dokumentacji oraz oprogramowania dedykowanego tworzonego przez Wykonawcę w toku konfiguracji sprzętu, również wtedy gdy przedmiot umowy dotyczy jedynie dostawy i konfiguracji sprzętu. Rekomendacja ta nie dotyczy sprzętu lub dokumentacji pochodzącej od podmiotu trzeciego (np. producenta sprzętu). W zakresie uzyskania uprawnień do korzystania z autorskich praw majątkowych zastosowanie znajdzie rozdział III niniejszej analizy.

4. Procedura odbiorów, testy sprzętu

Jednym z podstawowych elementów umowy na dostarczenie sprzętu jest prawidłowo skonstruowana procedura odbiorów oraz testów sprzętu. W założeniu sprzęt wraz z rezultatami usług konfiguracji nie powinny zostać odebrane przez Zamawiającego, jeżeli mają jawne wady fizyczne, nie są zgodne z ofertą Wykonawcy, SIWZ, umową lub sprzęt po uruchomieniu nie funkcjonuje prawidłowo i nie przechodzi testów.

W ramach procedur odbioru niejednokrotnie spotyka się postanowienia odnoszące się do wymogu przeprowadzenia testów akceptacyjnych, w ramach których bada się czy sprzęt funkcjonuje prawidłowo i na poziomie jakości wskazanym w ofercie Wykonawcy lub SIWZ (na podstawie wyników tzw. *benchmarków*).



Zamawiający powinien ustalić czy okres usuwania nieprawidłowości wlicza się do terminu realizacji przedmiotu umowy i w związku z tym, czy Zamawiający ma prawo naliczania kar umownych w przypadku zwłoki w realizacji przedmiotu umowy.

5. Odpowiedzialność, rękojmia, usługi serwisowe

W zakresie kwestii dotyczących uprawnień wynikających z gwarancji, rękojmi i świadczenia przez Wykonawcę usług serwisowych zastosowanie znajdzie pkt. III niniejszej analizy.

Niezależnie od dotychczasowych rozważań, jak wskazaliśmy powyżej, sprzęt komputerowy jest produkowany na rzecz szerokiego spektrum odbiorców i w związku z tym warunki rękojmi i gwarancji producenta będą jednolite w stosunku do wszystkich użytkowników. W takim przypadku wydaje się uzasadnione, aby Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy odrębnej rękojmi i gwarancji na sprzęt, lecz jedynie polegał na warunkach podanych przez producenta.

Nie powinno to jednak dotyczyć rezultatów usług Wykonawcy w zakresie instalacji i konfiguracji sprzętu oraz ewentualnego wdrożenia oprogramowania dedykowanego dla celów konfiguracji.

W praktyce biznesowej można zauważyć stosowanie standardu polegającego na umownym wyłączaniu uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi za wady fizyczne sprzętu IT. Uprawnienia te są zastępowane uprawnieniami z tytułu gwarancji producenta lub świadczonymi w ramach umowy usługami serwisowymi.

Jak pokazuje praktyka, Zamawiający niekiedy starają się rozszerzyć odpowiedzialność Wykonawców za sprzęt ponad wymagania specyfikacji technicznej zawartej w SIWZ. Takie sytuacje mają miejsce w szczególności gdy dostarczany sprzęt jest niekompatybilny ze sprzętem już funkcjonującym u Zamawiającego, mimo tego, że jest zgodny z wymogami specyfikacji określonej przez Zamawiającego. Wówczas można mówić o niemożliwości świadczenia po stronie Wykonawców, co może w skrajnych przypadkach oznaczać obowiązek zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy, mimo tego, że Zamawiający nie może korzystać z dostarczonego sprzętu.

Niedopuszczalne natomiast wydaje się, aby w takim stanie faktycznym obarczyć Wykonawcę odpowiedzialnością za brak interoperacyjności dostarczanego sprzętu ze sprzętem Zamawiającego, a w szczególności nakładać kary umowne.



ZAKOŃCZENIE

W założeniu autorów, lektura powyższego materiału będzie stanowiła pomoc w konstruowaniu transparentnych postanowień umownych przez podmioty prowadzące postępowania o zamówienie publiczne systemów informatycznych.

Istotnie bowiem, o czym pisaliśmy w niniejszej publikacji, odpowiednie rozłożenie interesu zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawcy w poszczególnych klauzulach umownych (dotyczących m.in. autorskich praw majątkowych, odpowiedzialności stron) jest warunkiem podstawowym pozytywnego przeprowadzenia postępowania zamówieniowego i wykonania umowy.

W niniejszym opracowaniu przeprowadziliśmy analizę głównych problemów sygnalizowanych przez Wykonawców, które stoją na przeszkodzie w uczestnictwie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wykonaniu umowy. Tymi przeszkodami są postanowienia umowne, które są z punktu widzenia Wykonawców są nie przystające do realiów rynkowych, a niekiedy zwyczajnie niezrozumiałe. Przyczyną takich postanowień może być nadmierna troska o interesy Zamawiającego lub też brak doświadczenia w tworzeniu umów charakterystycznych dla branży IT.

Opracowaliśmy tematykę podstawowych zobowiązań i przedmiotu umów IT, serwisu (tzw. *Service Level Agreement*), gwarancji, praw własności intelektualnych, rozłożenia ryzyka za wykonanie umowy, odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, zmiany umowy zgodnie z art. 144 ust. 1 p.z.p. oraz dostawy sprzętu.

Przedstawienie tych kwestii problemowo powinno pozwolić na wytworzenie u czytelników kompetencji potrzebnych do stworzenia istotnych postanowień umownych, które nie będą eliminowały potencjalnych Wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tworzeniu istotnych postanowień umownych w postępowaniu o zamówienie publiczne systemów informatycznych musi towarzyszyć świadomość, iż umowa powinna zawierać korzyści dla obu stron umowy, z odpowiednim rozłożeniem odpowiedzialności i ryzyk w związku z wykonaniem umowy, zgodnie ze standardami funkcjonującymi w branży informatycznej.

Mamy nadzieję, iż niniejsza publikacja będzie stanowiła narzędzie pomocne tworzeniu istotnych postanowień umownych, zgodnie z powyższymi celami.



SPIS AKTÓW PRAWNYCH

W niniejszym opracowaniu posłużono się skrótami lub wyrażeniami desygnującymi następujące akty prawne:

Kodeks cywilny

ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2014 roku, poz. 121);

Prawo zamówień publicznych

ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 roku, poz. 907, z późn. zm.);

Ustawa o prawie autorskim

ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity Dz. U. z 2006 roku, nr 90, poz. 631, z późn. zm.).

Ustawa o finansach publicznych

ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 roku, nr 157 poz. 1240 z późn. zm.).

Ustawa o ochronie danych osobowych

ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (tekst jednolity Dz. U. z 2014 roku, poz. 1182).