

Zawarcie umowy z Wykonawcą – kluczowe problemy prawne

Kiedy gmina, powiat czy samorząd województwa zdecyduje się na realizację przedsięwzięcia w postaci wdrożenia rozwiązania informatycznego polegającego czy to na stworzeniu witryny internetowej umożliwiającej interakcję obywatela z urzędem czy na wdrożeniu bardziej skomplikowanego rozwiązania informatycznego (np.: system informatyczny dla obiegu dokumentów czy archiwizacji), na etapie przygotowania odpowiedniej dokumentacji przetargowej (SIWZ) niezbędne jest opracowanie „istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”¹.

Niniejszy artykuł ma przybliżyć zainteresowanym problematykę związaną z przygotowaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczącego branży IT, która w skuteczny sposób będzie zabezpieczać interesy zamawiających w trakcie oraz, o czym często się zapomina, po zakończeniu realizacji przedsięwzięcia. Omówione zostaną podstawowe dobre praktyki przy zawieraniu umów IT.

Przed zawarciem umowy

Zamówienie przez urząd samorządowy konkretnego rozwiązania informatycznego poprzedza żmudny proces wyboru wykonawcy (architekta-projektanta) danego rozwiązania informatycznego. Może się zdarzyć, że w zależności od rodzaju zamówienia wykonawców będzie kilku (zaprojektowanie, wdrożenie, serwis, utrzymanie). Abstrahując od stopnia sformalizowania postępowania przetargowego, w trakcie którego zarówno zamawiający jak i potencjalni wykonawcy będą zobowiązani do dokonania określonych czynności w określonym czasie, w tym przygotowania odpowiedniej dokumentacji, szczególną uwagę należy zwrócić na proces kształtowania wzajemnej odpowiedzialności stron, która zostanie dookreślona w umowie wiążącej trwale strony na konkretny okres. Nieuważne sporządzenie takiego dokumentu może narazić zamawiającego na straty. Jednocześnie należy pamiętać o

¹ Patrz: Art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 178, poz. 1058, dalej PZP).

konieczności zaprezentowania wzoru umowy, który z jednej strony zapewni ochronę interesów zamawiającego, a z drugiej będzie do zaakceptowania przez oferentów.

Zanim zamawiający zdecyduje o sporządzeniu istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, należy uświadomić sobie, jakie potrzeby ma zamawiający. Zamawiający powinien przeprowadzić analizę stanu istniejącego oraz uzgodnienia wewnętrzne. Etap ten ma na celu zdefiniowanie, jakiego rozwiązania informatycznego w istocie zamawiający potrzebuje, czy ma to być zwykła strona internetowa o charakterze informacyjnym czy może system komputerowy? Jeśli będzie to system komputerowy, to trzeba umieć odpowiedzieć na pytania, na jak długi okres przewiduje się jego użytkowanie, czy ma to być stosunkowo proste wdrożenie oprogramowania standardowego czy też dużo bardziej skomplikowane wdrożenie systemu „szytego na miarę”, tj. zaprojektowanie i wdrożenie specyficznego rozwiązania zupełnie od podstaw? Na przykład, wdrożenie systemu komputerowego w urzędzie może oznaczać, że będzie on obsługiwać kluczowe funkcje urzędu, a od ich sprawnego działania zależeć będzie jakość świadczonych przez urząd usług dla obywateli. Wdrożenie takiego systemu, a z czasem utrzymanie (serwis, modernizacja), wymagać będzie uzgodnień aspektów finansowych, technicznych i prawnych oraz skoordynowania wielu działań zarówno po stronie wykonawcy, jak i zamawiającego. W dalszej kolejności zamawiający musi sobie odpowiedzieć na pytanie, czy będzie w stanie serwisować system, który pragnie wdrożyć własnymi siłami, czy też należy rozważyć podpisanie umowy na serwisowanie i utrzymanie systemu. Dopiero właściwie postawione pytania na tym etapie pozwolą zamawiającemu prawidłowo przygotować planowane przedsięwzięcie.

Konstrukcja umowy

W trakcie wdrażania rozwiązania informatycznego niejednokrotnie zawieranych jest kilka umów (umowa na zaprojektowanie, wdrożenie, serwis, utrzymanie czy rozwój) bądź też zawierana jest umowa kompleksowa (obejmująca część bądź wszystkie aspekty przedsięwzięcia). Umowy tego typu nie są szablonowe, bo ich głównym przedmiotem jest oprogramowanie, czyli informacja (ciąg poleceń zapisanych w języku programistycznym), a nie rzecz w ścisłym rozumieniu tego słowa. Sporządzenie umów dotyczących wdrożenia rozwiązania informatycznego (w szczególności systemu IT) może być złożonym procesem obciążonym znacznym ryzykiem. Zamawiający powinni traktować umowy IT jako narzędzie do zarządzania ryzykiem. Aby dobrze spełniały tę funkcję, muszą być precyzyjne i

sporządzone przez osoby znające nie tylko prawo, ale przede wszystkim specyfikę wdrażania rozwiązań informatycznych. Ścisła współpraca prawnika i specjalisty z branży IT, znajomość zwyczajów panujących w tej branży oraz wiedza o całym procesie inwestycyjnym, pozwolą zamawiającemu osiągnąć zamierzony rezultat (użyteczny produkt zamówienia).

W praktyce, częstokroć postanowienia zawarte w umowie wskazują, że mamy do czynienia z różnymi typami umów (np.: o dzieło – wdrożenie, świadczenie usług /szkolenia, serwis/, licencję na oprogramowanie oraz czasami sprzedaż sprzętu komputerowego). Specyfika branży IT pokazuje, że umowy zawierane w zależności od rodzaju przedmiotu zamówienia mogą mieć różny charakter lub mieć cechy różnych typów umów.

Zamawiający, przygotowując się do opracowania wzorca umowy, musi mieć świadomość konsekwencji wyboru takiej a nie innej konstrukcji umowy. Jakie jest w istocie znaczenie przyjętej przez zamawiającego konstrukcji umowy? Otóż wybór modelu umowy pozwoli w przyszłości chronić skutecznie interes zamawiającego, dzięki jego uprzedniemu prawidłowemu przygotowaniu i przeprowadzeniu.

W branży IT można się spotkać z dwoma konstrukcjami dokumentacji umownej:

- umowa o dzieło
- bądź
- umowa o świadczenie usług.

Podstawowe różnice wspomnianych konstrukcji umów są następujące.

W praktyce tzw. umowy wdrożeniowe (chodzi o wdrożenie określonego rozwiązania informatycznego) są tworzone jako umowy o dzieło. Zgodnie z taką konstrukcją umowy, wykonawca wykona dzieło w oparciu o SIWZ określającą efekt końcowy, który należy uzyskać (w postaci nowego lub zmodyfikowanego oprogramowania wraz z towarzyszącą mu dokumentacją). Wykonawca ponosi odpowiedzialność za sposób osiągnięcia rezultatu tej umowy. Zdarza się jednak, że wdrożeniem kieruje zamawiający, wykorzystując przy tym jedynie pracowników wykonawcy. W takim przypadku będzie to umowa o świadczenie usług, bez obowiązku uzyskania określonego rezultatu przez dostawcę. Przy takiej konstrukcji odpowiedzialność za powodzenie wdrożenia ponosi zamawiający, a dostawca odpowiada jedynie za świadczenie usług z należytą starannością.

Z u wagi na to, że umowy wdrożeniowe obejmują często swoim zakresem usługi szkoleniowe, zarządzanie projektem, czasami też dostawę sprzętu, udzielenie licencji i świadczenie usług serwisowych i utrzymaniowych, przez to nie mają zwykle wyłącznie charakteru umów o dzieło. Należy pamiętać, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania, z zastrzeżeniem, iż jego treść lub cel nie mogą

sprzeciwiać się właściwości (naturze) tego stosunku prawnego, przepisom prawa ani zasadom współżycia społecznego. Jeżeli umowa nie będzie spełniała tych wymogów, w razie sporu między stronami sąd może uznać, że naruszono podstawową zasadę Kodeksu cywilnego (zasadę swobody umów) i wówczas będzie interpretował postanowienia takiej umowy przy zastosowaniu ogólnych, ustawowych przepisów odnoszących się do umowy o dzieło lub też umowy o świadczenie usług.

Przyjęcie określonej konstrukcji umowy, obok obowiązku osiągnięcia określonego rezultatu, wpływa również na konsekwencje związane z rozwiązaniem umowy. W przypadku umowy o dzieło rozwiązanie polega na odstąpieniu od niej. Sprowadza się to do tego, że strony zwracają sobie wzajemne dotychczas spełnione świadczenia. Wykonawca zobowiązany jest do zwrotu pieniędzy, które już otrzymał od zamawiającego, a zamawiający do zwrotu tej części aplikacji, którą wykonawca zdążył już wykonać – oczywiście, o ile strony nie ustalą tych reguł odmiennie. W związku z tym pożądane byłoby ustalenie jasnych reguł (przesłanek) odstąpienia oraz zasad rozliczeń stron. W przypadku umowy wdrożeniowej jako umowy o świadczenie usług rozwiązanie umowy nastąpi przez wypowiedzenie. W takiej sytuacji strony jedynie rozliczają się na dzień rozwiązania umowy – świadczenia wykonane do daty jej rozwiązania nie podlegają zwrotowi, a za wykonane prace należy się wynagrodzenie.

Realizacja umowy w etapach

W kontekście powyżej wskazanych problemów warto zwrócić uwagę na skutki instytucji odstąpienia od umowy. Z punktu widzenia zamawiającego teoretycznie najlepiej byłoby dokonać odbioru zamówionego dzieła (rozwiązania informatycznego) na koniec umowy, bez dokonywania odbiorów częściowych, gdyż ewentualne negatywne skutki odstąpienia od umowy na koniec jej realizacji (w wyniku np. wykonania dzieła niezgodnie z wymaganiami) poniesie przede wszystkim wykonawca. W praktyce jednak zamawiający ma możliwości sprawdzenia efektów pracy wykonawcy tj. sprawdzenia na różnych etapach, czy wdrożenie realizowane jest w dobrym kierunku. W takiej sytuacji umowa może przewidywać, że akceptacja etapu wdrażania określonego przedmiotu zamówienia wiązać się będzie z koniecznością zapłaty za dotychczas zrealizowane prace przez wykonawcę w ramach etapu. W związku z tym umowa wskazywać będzie tzw. kamienie milowe projektu. Na ogół są to przynajmniej trzy etapy: część analityczna, wdrożenie pilotażowe, a następnie start

produkcyjny całości oprogramowania poprzez tzw. wdrożenie masowe². Często wykonawców taki podział nie satysfakcjonuje właśnie z uwagi na zagrożenie płynące z możliwości zastosowania instytucji odstąpienia. Dlatego też wprowadzane są do umowy dodatkowe etapy polegające na odbiorze danego rozwiązania (systemu IT) w częściach, za które następuje zapłata, a odstąpienie nie będzie miało skutków w stosunku do zakresu prac już wykonanych, odebranych i za które dokonano zapłaty. W praktyce zastosowanie „odstąpienia” jest rzadkie z uwagi na kategorię charakter tej sankcji. Można jednak wyróżnić dwa przypadki zastosowania „odstąpienia”: wykonawca nie jest w stanie albo dostarczyć w przewidzianym terminie rozwiązania albo naprawić tzw. błąd krytyczny w przygotowanym rozwiązaniu technicznym i jest to błąd, który w sposób znaczący wpływa na funkcjonowanie tego rozwiązania.

Inne zabezpieczenia

Specyfika umów w branży IT polega między innymi na tym, że jeśli umowa nie dotyczy wyłącznie dostarczenia sprzętu komputerowego, to najprawdopodobniej przedmiot takiej umowy będzie dotyczył dostarczenia, zaprojektowania, wdrożenia oprogramowania komputerowego. Zgodnie z ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych każdy program komputerowy jest utworem, a więc podlega ochronie na podstawie przepisów tej ustawy³. Program komputerowy, do którego mają zastosowanie przepisy prawn-autorskie, nie jest rzeczą, a więc nie mają do niego zastosowania przepisy Kodeksu cywilnego odnoszące się do rzeczy, a w szczególności dotyczące rękojmi. Z drugiej strony przepisy te mają odpowiednie zastosowanie do oprogramowania, które powstaje w wyniku wykonywania umowy o dzieło. Te dwa reżimy prawne nie są spójne i pozostawiają wiele wątpliwości co do ich stosowania.

Duże znaczenie dla rozstrzygnięcia, jakie przepisy i w jakim zakresie mają zastosowanie, wpływa ze zwyczaju obowiązującego w branży IT oraz zależy od samej specyfiki oprogramowania. Z pewnością automatyczne stosowanie przepisów dotyczących gwarancji jakości czy rękojmi w każdym przypadku nie jest zasadne, a próba wykorzystania zasad i reguł typowych dla umów dotyczących rzeczy może stać się źródłem nieporozumień pomiędzy stronami. Ponadto należy pamiętać, że program komputerowy jako utwór w rozumieniu prawa autorskiego, podlega ochronie bez względu na wartość, przeznaczenie i formę jego wyrażenia. Nie ma zatem znaczenia, czy przedmiotem zamówienia jest bardzo

² <http://mojafirma.infor.pl/poradniki/449,2542,1,.html>

³ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr 90, poz. 631 ze zm.)

skomplikowany system zarządzający procesem produkcyjnym w dużej firmie komercyjnej czy też jest to najmniej skomplikowany system do zarządzania pocztą przychodzącą do urzędu. Ochrona prawno-autorska będzie miała w obu wypadkach jednakowe zastosowanie, co pociąga za sobą bardzo istotne skutki, zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy. W tym kontekście zamawiający będzie zmuszony do precyzyjnego opracowania postanowień umownych dotyczących bądź to przeniesienia praw autorskich majątkowych do oprogramowania bądź nabycia licencji. Kluczowe w tym kontekście będzie określenie w umowie tzw. pól eksploatacji tzn. sposobu korzystania z zamówionego oprogramowania wraz z dokumentacją, zgodnie z przepisami prawa autorskiego (art. 50 i art. 74 prawa autorskiego).

Cechą immanentną programów komputerowych wykonywanych w ramach umów IT jest to, że są obarczone sporym ryzykiem wystąpienia błędów (usterek). Nie da się tego uniknąć, ale można spróbować minimalizować liczbę błędów i zabezpieczyć się jednocześnie przed potencjalnie niesolidnym wykonawcą i przygotowanym przez niego produktem. Umowa musi przewidywać przeprowadzenie testów oprogramowania oraz wdrożenia pilotażowego w środowisku produkcyjnym. Celem testów jest wykrycie jak największej ilości błędów. Po dokonaniu akceptacji wdrożenia pilotażowego i jego uruchomieniu następuje krytyczny okres, w czasie którego większość pozostałych błędów (niewykrytych w czasie testów) powinna zostać ujawniona. W takim przypadku Wykonawca w ramach zawartej umowy serwisowej powinien być zobowiązany do usunięcia takich błędów⁴. Interes zamawiającego z pewnością zabezpieczać będzie, chociaż nie w każdym przypadku, umowne sformułowanie odpowiedzialności wykonawcy w ramach gwarancji czy rękojmi. Jeżeli wykonawca nie jest w stanie skutecznie wyeliminować błędów lub dostarczyć rozwiązania zastępczego, umowa powinna przewidywać zastosowanie sankcji polegających na prawie do naliczania kar umownych za opóźnienie w usuwaniu błędów.

Innym elementem konstrukcji umowy istotnym z punktu widzenia zamawiającego jest odpowiednie określenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy. Regułą na rynku IT jest ograniczanie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotu umowy, zwykle do 100 proc. wartości wynagrodzenia przewidzianego umową, wyłączając równocześnie odpowiedzialność z tytułu utraconych korzyści zamawiającego. Wykonawcy próbują również wynegocjować jednocześnie korzystnie niski poziom kar umownych. Zamawiający przy opracowywaniu istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi mieć powyższe na uwadze.

⁴ <http://mojafirma.infor.pl/poradniki/449,2542,1,.html>

Istotnym zagadnieniem, które powinno znaleźć wyraz w dokumentacji umownej, jest kwestia ochrony danych osobowych. W praktyce wykonawca będzie miał dostęp do danych osobowych (zwłaszcza do danych obywateli), których administratorem jest zamawiający. W tym zakresie wykonawca będzie działał jako podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie zamawiającego, co wymaga pisemnego uregulowania zgodnie z ustawą o ochronie danych osobowych⁵. W zależności od potrzeb można to ograniczyć do krótkiej klauzuli w samej umowie lub bardziej rozbudowanego dokumentu stanowiącego załącznik do umowy właściwej bądź odrębnej umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych.

Ostatnią, lecz nie wyczerpującą omawianej problematyki kwestią jest zjawisko częstego uzależniania się zamawiającego od wykonawcy. Zjawisko to z jednej strony wynika z braku długofalowego myślenia zamawiającego przy konstruowaniu wzorca umowy, z drugiej strony jest to konsekwencją reżimu zamówień publicznych, który sprzyja takim sytuacjom. Idea uniknięcia uzależnienia od wykonawcy powinna przyświecać zamawiającemu od samego początku prowadzenia postępowania przetargowego. Spojrzenie na realizację przedsięwzięcia w kontekście takich etapów jak: zaprojektowanie, wdrożenie, serwis, rozwój i utrzymanie, pozwoli zamawiającemu prawidłowo przygotować się do realizacji przedmiotu zamówienia z pozostawieniem możliwości wyboru różnych wykonawców. Takie podejście zapewni transparentne i efektywne wykorzystanie środków przewidzianych na konkretną inwestycję.

⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. Nr 101, poz. 926).