

UMOWA WDROŻENIOWA Z USŁUGAMI UTRZYMANIA

WZORCOWE KLAUZULE

WPROWADZENIE

1. Opracowane wzorce mają na celu zaproponowanie standardowych zapisów do umów wdrożeniowych, uwzględniających zarówno wymagania prawa, w tym prawa zamówień publicznych, jak i dobrych praktyk rynkowych.
2. Klauzule odnoszą się do umowy wdrożeniowej realizowanej w modelu umowy o dzieło. Umowa zawiera także postanowienia dotyczące usług utrzymania (SLA) oraz mechanizmy rozwojowe (zakup określonej puli dni/mandays).
3. Klauzule dotyczą typowego przypadku wdrożenia systemu informatycznego w ramach zamówienia publicznego, które może zostać udzielone zarówno w ramach trybów podstawowych, jak i negocjacyjnych (np. zamówienia z wolnej ręki). Nie zostały we wzorcach uwzględnione specyficzne regulacje dotyczące zamówień sektorowych, przepisów dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, czy uwarunkowania właściwe dla partnerstwa innowacyjnego. Poszczególne klauzule mogą oczywiście znaleźć zastosowanie także w takich przypadkach szczególnych, przy czym będzie to zawsze wymagało weryfikacji i dostosowania do danej sytuacji faktycznej i formalnej.
4. Wzorce są tylko wytycznymi i pomocą. Projekty IT różnią się między sobą bardzo istotnie, różne są oczekiwania zamawiających, różne stany faktyczne. Zastosowanie wzorca i opracowanie docelowej umowy wymaga każdorazowo współpracy działów prawnych i merytorycznych. W szczególności w przypadku dużych projektów rekomendowane jest opracowanie od początku założeń oraz struktury umowy, a następnie jedynie robocze uzupełnianie jej o przydatne rozwiązania z załączonych wzorców. Oczywiście jest, że możliwa jest także różna interpretacja przepisów prawa i wzorce mogą być modyfikowane w zależności od takiej interpretacji.
5. Wzorce są napisane pod metodyki tzw. kaskadowe (waterfall). Podejście zwinne (agile) staramy się implementować przy dość obszernych klauzulach dotyczących procedury zarządzania zmianą, jednak należy pamiętać, że metodyki zwinne (scrum, kanban itp.) wymagają odmiennej konstrukcji umów.
6. Komentarze są oparte na doświadczeniu zespołu, który opracował wzorce. Istnieją różne standardy, doświadczenia i podejścia, różne są także interpretacje prawne i orzeczenia sądów. Wszelkie komentarze dotyczące tzw. standardów rynkowych należy analizować w świetle potrzeb zamawiającego. Obserwacja praktyk rynkowych prowadzi do wniosku, że istotna część umów IT (zarówno na rynku publicznym, jak i prywatnym) jest zbyt restrykcyjna (np. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zasad współpracy czy kar) i jednocześnie nie zabezpiecza kluczowych interesów zamawiających (w tym otrzymania dzieła zgodnie z umową, dotrzymania terminów czy niezależnienia od wykonawcy – uniknięcie tzw. vendor lock-in). Umowy muszą zabezpieczać interesy zamawiającego, ale z poszanowaniem interesów wykonawcy i realiów wdrożeń IT.
7. Konieczność dochowania najwyższej staranności przy opracowywaniu umów wynika m.in. z faktu, że projekty IT – nawet przy wysokich budżetach – decydują o realizacji znacznie większych przedsięwzięć (np. obsługa systemu zdrowia czy dotacji). Niepowodzenie projektu (np. ze względu na nieprecyzyjne zapisy umowy i spór między stronami) może mieć dla zamawiającego lub – szerzej – samorządu, Skarbu Państwa zdecydowanie dalej idące skutki.
8. Projekty IT są wyjątkowo trudne (statystyki wskazują że ponad 50% projektów przekracza zakładany czas i budżet). Wymaga to wprowadzenia zapisów chroniących interesy zamawiającego, ale również umożliwiających realną współpracę z wykonawcą i dostosowanie przebiegu projektu do zmieniającej się rzeczywistości. Jednym z podstawowych instrumentów powinno być zarządzanie zmianami i dostosowanie umów do takich zmian. Nowelizacja prawa zamówień publicznych istotnie zwiększa takie

możliwości, co zostało opisane w komentarzach do wzorców.

9. Wzorce mają być uniwersalne, stąd część zapisów jest celowo ogólna lub odsyła do załączników. Doprecyzowanie ich treści jest konieczne w zależności od uwarunkowań danego projektu.
10. Przyjęcie, iż umowa w obszarze wdrożenia skonstruowana jest jako umowa o dzieło, nie przesądza charakteru przedmiotu zamówienia w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych. Wdrożenie może stanowić zarówno dostawę w rozumieniu art. 2 pkt 2) Pzp, jak i usługę w rozumieniu art. 2 pkt 10) Pzp, a nawet wdrożenie może być dokonywane w ramach zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu art. 2 pkt 8 Pzp. Ten ostatni wariant jest jednak przypadkiem szczególnym i bardzo rzadkim, w związku z czym proponowane klauzule nie obejmują specyfiki zamówień na roboty budowlane.
11. Wzorce zostały opracowane według stanu prawnego na 14 lipca 2016 roku, z uwzględnieniem nowelizacji ustawy – prawo zamówień publicznych, uchwalonej przez Sejm 22 czerwca 2016 r.

SPIS TREŚCI

DEFINICJE.....	4
PRZEDMIOT UMOWY	10
HARMONOGRAM	12
OGÓLNE ZASADY REALIZACJI UMOWY.....	14
OŚWIADCZENIA I ZOBOWIĄZANIA WYKONAWCY.....	15
OBOWIĄZKI ZAMAWIAJĄCEGO	18
ZARZĄDZANIE PERSONELEM	19
PODWYKONAWCY	23
STRUKTURA ZARZĄDZANIA REALIZACJĄ UMOWY.....	27
ZMIANY UMOWY. PROCEDURA KONTROLI ZMIAN.....	29
ANALIZA.....	34
ODBIORY	37
GWARANCJA.....	42
USŁUGI UTRZYMANIA.....	45
USŁUGI ROZWOJU	53
PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ – POSTANOWIENIA OGÓLNE.....	54
PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ – STANDARDOWE OPROGRAMOWANIE SYSTEMOWE.....	56
PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ – STANDARDOWE OPROGRAMOWANIE APLIKACYJNE.....	57
PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ – OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE	59
POZOSTAŁE POSTANOWIENIA DOTYCZĄCE WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ.....	61
WYNAGRODZENIE	74
ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY	76
KARY UMOWNE.....	78
ODPOWIEDZIALNOŚĆ STRON	83
ODSTĄPIENIE OD UMOWY	86
POUFNOŚĆ.....	94
POSTANOWIENIA KOŃCOWE	96

§ 1. DEFINICJE

1. Błąd – nieprawidłowe działanie Oprogramowania, niezależnie od przyczyny takiej nieprawidłowości. W szczególności Błędem jest działanie Oprogramowania niezgodnie z Dokumentacją. Błędom przypisane są kategorie [*opcjonalnie: priorytety*].

Opis kategorii Błędów został zawarty w Załączniku nr __ [KATEGORIE BŁĘDÓW].

OPCJONALNIE (DEFINICJE POWINNY BYĆ OPRACOWYWANE DLA KAŻDEGO PROJEKTU. PONIŻEJ WYŁĄCZNIE PRZYKŁAD):

Błąd Krytyczny – nieprawidłowe działanie Oprogramowania powodujące albo całkowity brak możliwości korzystania z Oprogramowania, albo takie ograniczenie możliwości korzystania z niego, że przestaje ono spełniać swoje podstawowe funkcje. Przykładem Błędu Krytycznego jest niemożność uruchomienia Oprogramowania, brak odczytu/zapisu z bazy danych, utrata danych lub ich spójności, brak możliwości zalogowania użytkownika, niedostępność krytycznych funkcji Oprogramowania.

Błąd Poważny – nieprawidłowe działanie Oprogramowania powodujące ograniczenie korzystania z Oprogramowania przy zachowaniu spełniania przez Oprogramowanie jego podstawowych funkcji. Przykładem Błędu Poważnego jest niedostępność niekrytycznych funkcji Oprogramowania, wydajność poniżej progu określonego w Załączniku nr __ [SLA].

Błąd Niskiej Kategorii – nieprawidłowe działanie Oprogramowania niepowodujące ograniczenia korzystania z Oprogramowania. Przykładem Błędu Niskiej Kategorii jest np. niedostępność systemu pomocy, błąd językowy w interfejsie.

2. Dokumentacja – wszelka dokumentacja dotycząca Oprogramowania lub jakichkolwiek innych prac Wykonawcy, która jest dostarczana lub powstanie w ramach realizacji Umowy. [*Opcjonalnie: Wymagania dotyczące dokumentacji zostały zawarte w Załączniku nr __ [WYMAGANIA DOKUMENTACJI]*].

OPCJONALNIE (DEFINICJE POWINNY BYĆ OPRACOWYWANE DLA KAŻDEGO PROJEKTU. PONIŻEJ WYŁĄCZNIE PRZYKŁAD):

Analiza – dokumenty opracowane przez Wykonawcę, mające na celu sprecyzowanie sposobu realizacji wymagań Zamawiającego, zasad i metod realizacji Umowy oraz szczegółowe opisanie Produktów;

Dokumentacja Standardowa – Dokumentacja Standardowego Oprogramowania Systemowego oraz Dokumentacja Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego oraz inna dokumentacja opracowana niezależnie od realizacji Umowy;

Dokumentacja Dedykowana – dokumentacja opracowana w związku z realizacją Umowy, w tym Analiza.

3. Dzień Roboczy – dzień od poniedziałku do piątku z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy w Polsce.
4. Etap – wyodrębniona część realizacyjna Umowy, obejmująca wykonanie określonych Produktów i innych prac Wykonawcy opisanych Umową. Etapy podlegają Odbiorom.
5. Harmonogram – terminy realizacji Umowy. Definicja Harmonogramu obejmuje:
 - 1) Harmonogram Ramowy, który zawiera kluczowe terminy realizacji przedmiotu Umowy, opisane Umową;
 - 2) Harmonogram Szczegółowy, który zawiera dokument obejmujący szczegółowe prace, w tym Produkty.

OPCJONALNIE: Harmonogram Szczegółowy zostanie opracowany przez Wykonawcę w ramach Analizy.

KOMENTARZ: standardową praktyką jest określanie w umowie harmonogramu ramowego, wskazującego główne kamienie milowe projektu oraz przygotowanie harmonogramu szczegółowego już w toku realizacji umowy, czyli np. w planie projektu, w analizie, przed każdym etapem, w odrębnym ustaleniu komitetu sterującego itp. Zazwyczaj przyjmuje się, że harmonogram szczegółowy nie może modyfikować terminów wynikających z harmonogramu ramowego.

6. Infrastruktura Zamawiającego – infrastruktura informatyczna (w tym sprzęt i oprogramowanie) Zamawiającego opisana w Załączniku nr __ [INFRASTRUKTURA ZAMAWIAJĄCEGO].
7. Kierownik Projektu – osoba wyznaczona przez każdą ze Stron do bieżących kontaktów i nadzoru nad realizacją Umowy.
8. Odbiór – potwierdzenie przez Zamawiającego należytego wykonania Umowy w zakresie wykonania poszczególnych Produktów, Etapu lub całości Umowy. Dowodem dokonania Odbioru jest odpowiedni Protokół Odbioru.
9. Odbiór Końcowy – Odbiór stanowiący potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę całości zobowiązań określonych Umową, w tym w szczególności zakończenie świadczenia Usług Utrzymania.
10. Oprogramowanie – całość lub dowolny element oprogramowania dostarczanego lub wykonywanego w ramach realizacji Umowy. W skład Oprogramowania wchodzi:
 - 1) Standardowe Oprogramowanie Systemowe – oprogramowanie tworzące środowisko, w którym uruchamiane jest Oprogramowanie, w tym oprogramowanie systemowe lub bazodanowe. Standardowe Oprogramowanie Systemowe jest wymienione w Załączniku nr __ [SPECYFIKACJA STANDARDOWEGO OPROGRAMOWANIA SYSTEMOWEGO];
 - 2) Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne – oprogramowanie będące podstawą do stworzenia Systemu, istniejące i dystrybuowane przed zawarciem Umowy. Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne jest wymienione w Załączniku nr __ [SPECYFIKACJA STANDARDOWEGO OPROGRAMOWANIA APLIKACYJNEGO];
 - 3) Oprogramowanie Dedykowane – oprogramowanie tworzone przez Wykonawcę lub osoby którymi się posługuje w wykonaniu zobowiązań wynikających z Umowy i na potrzeby Umowy, dostarczone Zamawiającemu w wykonaniu zobowiązań z Umowy, w tym rozbudowa lub modyfikacja Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego. Jeżeli dane Oprogramowanie nie zostało przypisane do Standardowego Oprogramowania Systemowego lub Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego uważa się je za Oprogramowanie Dedykowane;
 - 4) OPCJONALNIE: Oprogramowanie Open Source – oprogramowanie dystrybuowane na warunkach tzw. licencji otwartych, wymienione w Załączniku nr __ [OPROGRAMOWANIE OPEN SOURCE].
11. Podwykonawca – podmiot, któremu Wykonawca powierzy wykonanie części swoich zobowiązań wynikających z Umowy. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że Podwykonawcą nie jest członek personelu Wykonawcy zatrudniony w oparciu o umowę cywilnoprawną, w tym także prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, któremu Wykonawca powierzył realizację poszczególnych czynności w ramach wykonywania Umowy.

KOMENTARZ: celem definicji jest rozróżnienie podwykonawcy od personelu Wykonawcy, co jest kwestią budzącą w praktyce wątpliwości.

12. Procedura Kontroli Zmian – zasady dokonywania zmian w Umowie, w szczególności w zakresie przedmiotu Umowy lub Harmonogramu.
13. Produkt – określone świadczenie Wykonawcy opisane Umową lub Analizą jako Produkt.

KOMENTARZ: jedno z przyjętych założeń. Możliwa jest definicja szeroka produktu, jako każdego

świadczenia Wykonawcy, ale konieczna jest wtedy np. odpowiednia zmiana procedur odbioru.

14. Protokół Odbioru – dokument stanowiący potwierdzenie dokonanie Odbioru w zakresie poszczególnych Produktów, Etapu lub całości Umowy, sporządzony zgodnie z Załącznikiem nr __ [WZORY PROTOKOŁÓW ODBIORU].
15. SLA – postanowienia Umowy określające zasady usuwania Błędów lub parametry dotyczące działania Oprogramowania określone w Załączniku nr __ [SLA].

OPCJONALNIE (DEFINICJE POWINNY BYĆ OPRACOWYWANE DLA KAŻDEGO PROJEKTU. PONIŻEJ WYŁĄCZNIE PRZYKŁAD):

Czas Reakcji – czas między zgłoszeniem Błędu a uzyskaniem potwierdzenia przystąpienia do jego usunięcia;

Czas Naprawy – czas między zgłoszeniem Błędu a dostarczeniem poprawki do Oprogramowania usuwającej Błąd. W przypadku dostarczenia poprawki, która nie usuwa Błędu, Czas Naprawy uważa się za niedochowany;

Obejście – przywrócenie działania Oprogramowania do stanu sprzed wystąpienia Błędu, z możliwymi ograniczeniami sposobu korzystania z Oprogramowania, nieuniemożliwiającymi jednak realizacji funkcji obsługiwanych przez Oprogramowanie. Obejście nie stanowi usunięcia Błędu.

KOMENTARZ: załącznik SLA powinien być dostosowany do wymagań danej umowy.

W szczególności zamawiający powinien określić zasady zgłaszania błędów (w tym czas, w którym mogą być zgłaszane, czas naprawy, konsekwencje dostarczenia obejścia (np. przedłużenie czasu naprawy), procedury odbioru poprawek, ewentualnie procedury związane z sytuacją, kiedy błąd nie jest związany z działaniami wykonawcy, a jest np. błędem standardowego oprogramowania systemowego (jest to rekomendowane zwłaszcza w zakresie usług utrzymania). SLA może określać także inne parametry, jak np. dostępność. Definicja Czasu Naprawy wymaga uwzględnienia procedury odbiorowej i weryfikacyjnej poprawek usuwających błąd, w szczególności decyzji, czy Czas Naprawy obejmuje procedury weryfikacji poprawności przekazanej poprawki.

16. System – Oprogramowanie dostosowane do wymagań Umowy, w tym wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych zdefiniowanych w Załączniku nr __ [OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA], zainstalowane na Infrastrukturze Zamawiającego. System stanowi dzieło w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego.
17. Usługi Utrzymania – opisane Umową usługi mające na celu zapewnienie poprawnego działania Systemu oraz wsparcie Zamawiającego w korzystaniu z Systemu.
18. Usługi Rozwoju – opisane Umową usługi mające na celu zapewnienie modyfikacji i rozbudowy Systemu.
19. Wdrożenie – opisane Umową świadczenia Wykonawcy mające na celu wykonanie Systemu.
20. Wynagrodzenie – łączne, należne Wykonawcy wynagrodzenie brutto (z uwzględnieniem podatku VAT) opisane Umową, w tym wynagrodzenie za części opcjonalne.

OPCJONALNIE: Wymagania Organizacyjne Zamawiającego – wymagania określone w dokumentach dołączonych do Umowy w Załączniku nr __ [WYMAGANIA ORGANIZACYJNE ZAMAWIAJĄCEGO]. Przykładowo: *Polityka Bezpieczeństwa Systemu, Zasady dostępu zdalnego, Zasady dostępu do budynków itp.*

KOMENTARZ

Definicje są jednym z najtrudniejszych do opracowania elementów umowy. Nie istnieją wypracowane jednoznaczne standardy, definicje różnią się w zależności od projektu, a wielu pojęć nie da się zdefiniować w pełni precyzyjnie. Podane propozycje powinny być dokładnie zweryfikowane i zmodyfikowane na potrzeby konkretnej umowy.

Konieczne jest konsekwentne posługiwanie się przyjętą definicją, w szczególności w załącznikach i częściach merytorycznych umowy. Jeżeli np. umowa zakłada podział wdrożenia na etapy (tak przyjmujemy we wzorcu), a harmonogram, będący załącznikiem, odwołuje się do faz, może powstać wątpliwość, czy pojęcia te są zbieżne. Ta wątpliwość może z kolei rzutować np. na możliwość naliczenia kar umownych dotyczących etapów (ale nie faz).

Rekomendowane jest rozbudowanie definicji do potrzeb projektu, np. o definicję jednostek zamawiającego, definicje związane z daną metodyką (start produkcyjny, definicje ITIL) lub potrzebami zamawiającego (poszczególne produkty, jak prototyp).

Kluczowymi definicjami są zazwyczaj:

- *definicja błędu – jedna z najtrudniejszych i najważniejszych definicji. Spory dotyczące klasyfikacji błędów są jednymi z najczęstszych spotykanych podczas wdrożeń informatycznych. Definicja błędu jest istotna zarówno na etapie odbiorów (weryfikacja należytego wykonania oprogramowania), jak i utrzymania (przypisanie kategorii błędów do SLA). Z tego powodu spotyka się odrębne definicje na potrzeby wdrożenia, odrębne na potrzeby utrzymania (np. definicje zgodne z metodyką ITIL). Dobrą praktyką jest wskazanie przykładów nieprawidłowego działania oprogramowania, które zamawiający uznaje za błąd (np. brak możliwości odczytu lub zapisu do bazy danych, wydajność poniżej określonego w OPZ czy SLA poziomu). Odwołanie się do takich przykładów pomaga skutecznie rozstrzygnąć większość przypadków spornych i jednocześnie – jeśli są one precyzyjne – ogranicza ryzyko sporu w tym obszarze.*

Należy zwrócić uwagę, że w zakresie wdrożenia zamawiający oczekuje należyte wykonanego dzieła i z reguły nie bada przyczyny błędów, jako że wystarcza mu stwierdzenie samego ich wystąpienia – np. błąd w oprogramowaniu standardowym, który powoduje brak określonych cech systemu może być podstawą do odmowy odbioru.

W zakresie utrzymania podejście jest z reguły mniej restrykcyjne i nie wymaga się np. dochowania czasu naprawy w stosunku do błędów w oprogramowaniu systemowym – w takim przypadku zamawiający korzysta z odpowiedniej umowy serwisowej zawartej z producentem danego oprogramowania (choć możliwe jest np. zobowiązanie wykonawcy do zastosowania obejścia niwelującego uciążliwość takiego błędu).

Proponowana definicja błędu odnosi się do opisanego przypadku nieprawidłowego działania oprogramowania. Przedmiotem umowy mogą być także inne wymagania, np. opracowanie dokumentacji, zapewnienie zgodności z przepisami prawa itp.

W konsekwencji jako warunek odbioru produktu, etapu czy całej umowy należy dodatkowo wprowadzić – obok braku błędów określonej kategorii – przesłankę zgodności z pozostałymi postanowieniami umowy. Kwestia ta jest omówiona w paragrafie Odbiory. Zamawiający może także zdecydować o wprowadzeniu np. definicji wady, która obejmie błąd oraz inne przypadki nienależytego wykonania umowy.

- *SLA – Service Level Agreement; jest to część umowy (z reguły załącznik) określająca zasady i parametry działania oprogramowania, np. jego dostępność lub czas usunięcia błędu określonej kategorii. Podobnie jak w przypadku błędów, kluczowa jest precyzja zapisów. Jeżeli zamawiający zdecyduje się np. na wprowadzenie parametru dostępności, obok określenia procentowego tego parametru (np. 97%), powinien podać okres weryfikacji parametru (np. miesiąc kalendarzowy) oraz mechanizm wyliczania (np. poprzez określenie braku dostępności jako czasu pomiędzy zgłoszeniem błędu krytycznego a jego usunięciem). W przypadku czasu naprawy kluczowe jest opisanie w jakich godzinach można zgłaszać błędy (np. definicja okna obsługi serwisowej – 9.00 – 16.00 każdego dnia roboczego), jakimi kanałami (np. adres mailowy, telefon w przypadku błędów krytycznych, dedykowany system), uzgodnienie, jak jest liczony czas usuwania błędu (ciągłe od godziny zgłoszenia czy tylko w czasie działania okna obsługi serwisowej), co oznacza naprawa (zgłoszenie poprawki do testowania albo koniec testów), co oznacza obejście i czy jest ono dopuszczalne. SLA może określać także mniej typowe parametry, jak czas odtworzenia danych z backup-u czy zapewnienie określonych parametrów wydajności. Konstrukcja definicji w zakresie SLA wymaga każdorazowo wspólnej pracy zespołu prawnego i merytorycznego.*
- *Dokumentacja – zakres dokumentacji i potrzeba jej opisu do decyzji zamawiającego. Niemal*

zawsze występuje dokumentacja stricte projektowa (np. analiza), jak i dokumentacja użytkownika (administratora, użytkownika końcowego). Specyficznym rodzajem dokumentacji jest dokumentacja kodu źródłowego – istotna zwłaszcza w przypadku oprogramowania dedykowanego lub standardowego wykonawcy – do modyfikacji którego zamawiający nabywa prawa. Wymagania takiej dokumentacji powinny być dokładnie określone przez zespół merytoryczny w odpowiednim załączniku.

- *Oprogramowanie – definicja kluczowa, gdyż wykonanie lub wdrożenie oprogramowania jest podstawowym obowiązkiem wykonawcy. W umowach można spotkać wiele podziałów. Na potrzeby niniejszych wzorców przyjęte zostały następujące definicje (oczywiście nie każdy z tych rodzajów musi wystąpić w danym projekcie):*
 - i. *Standardowe Oprogramowanie Systemowe – w przypadku tego oprogramowania w większości przypadków będziemy mieć do czynienia ze standardowymi warunkami licencyjnymi. Zazwyczaj w przypadku tej kategorii oprogramowania nie jest możliwe uzyskanie praw do modyfikacji kodu źródłowego. Należy wziąć pod uwagę, że warunki OPZ nie mogą być uznane za dyskryminacyjne, a to z kolei wymaga zweryfikowania, czy w danym przypadku dany wykonawca lub produkt nie jest wyeliminowany z postępowania bez uzasadnionej przyczyny, wynikającej z obiektywnych uwarunkowań zamawiającego. Zamawiający musi wziąć w szczególności pod uwagę fakt, iż różni producenci oprogramowania (zwłaszcza duże korporacje międzynarodowe) posługują się standardowymi wzorcami umów licencyjnych zaakceptowanymi na poziomie centralnym i modyfikacja takich wzorców przez krajowego przedstawiciela producenta jest w praktyce niemożliwa. Oznacza to, że wprowadzenie do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wymagań sprzecznych z tymi wzorcami, może doprowadzić do sytuacji, w której zaoferowanie danego oprogramowania nie będzie możliwe. Sytuacja taka może być usprawiedliwiona okolicznościami (zapewnienie konkurencyjności nie polega bowiem na obowiązku dopuszczenia każdego wykonawcy i produktu w każdych okolicznościach), lecz wymaga to każdorazowego wnikliwego przeanalizowania, czy po stronie zamawiającego występują takie uwarunkowania, które sprawiają, że postawienie danego wymagania jest faktycznie bezwzględnie konieczne.*
 - ii. *Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne – oprogramowanie będące podstawą (aplikacją) do stworzenia Systemu, do którego prawa posiada albo podmiot trzeci albo wykonawca. Oprogramowanie takie jest dystrybuowane na rynku niezależnie od zawieranej umowy i poza rzadkimi przypadkami wykonawcy nie przenoszą na zamawiającego autorskich praw majątkowych. W zakresie oprogramowania aplikacyjnego częściej niż przy oprogramowaniu systemowym wystąpi uzasadniona przyczyna rozszerzenia praw np. poprzez nabycie praw do jego modyfikacji.*
 - iii. *Oprogramowanie Dedykowane – oprogramowanie tworzone na potrzeby umowy. W części postępowań może to być jedyny rodzaj nabywanego oprogramowania (projekt w całości tworzony pod potrzeby zamawiającego) lub rozbudowa (np. dodatkowe moduły) oprogramowania standardowego. W przypadku takiego oprogramowania częstą praktyką jest nabywanie praw majątkowych, a co najmniej uzyskanie bardzo szerokiej licencji z prawem do modyfikacji.*

Szerszy opis znajduje się w paragrafach regulujących prawa własności intelektualnej.

- *System – we wzorcach przyjmujemy definicję systemu jako rezultatu prac wykonawcy, czyli zainstalowanego i dostosowanego do wymagań umowy oprogramowania. System stanowi dzieło w rozumieniu kodeksu cywilnego – takie kształtowanie umów wdrożeniowych jest powszechne na rynku i poparte wypowiedziami doktryny i orzecznictwa, choć zdarzają się zdania przeciwne. Z pewnością jednym z wymagań jest opisanie dzieła, co pokrywa się z obowiązkiem precyzyjnego określenia przedmiotu świadczeń wykonawcy w rozumieniu m.in. przepisów Pzp.*
- *Infrastruktura Zamawiającego – w umowach, w których zamawiający zapewnia infrastrukturę (a*

taki model opisujemy w poniższych wzorcach), wskazane jest zamieszczenie w SIWZ możliwie dokładnego opisu tej infrastruktury oraz wymaganie od wykonawców dokonania weryfikacji tej infrastruktury (w niektórych przypadkach może być uzasadnione umożliwienie wykonawcom wizji lokalnej), a w konsekwencji wymaganie złożenia w ofercie oświadczenia, zgodnie z którym możliwe jest wdrożenie oferowanego przez wykonawcę oprogramowania spełniającego wymagania zamawiającego, przy wykorzystaniu infrastruktury zamawiającego. Wykonawcy powinni mieć realną możliwość zapoznania się z posiadanym przez zamawiającego środowiskiem informatycznym i oceny, czy możliwe jest posadowienie w tym środowisku oprogramowania spełniającego wymagania zamawiającego, które zamierza zaoferować dany wykonawca. Oczywiście w praktyce mogą w różnych przypadkach powstać po stronie wykonawców wątpliwości (jeżeli np. istnieje obawa co do tego, czy infrastruktura zamawiającego jest wystarczająca), lecz celem takiego ukształtowania SIWZ jest ujawnienie tych wątpliwości na etapie postępowania poprzedzającego zawarcie umowy, przy wykorzystaniu ustawowych instrumentów komunikacji z zamawiającym (np. wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ). W innym przypadku zamawiający przyjmie pełną odpowiedzialność za to, czy prawidłowo wymiarował posiadaną infrastrukturę i czy będzie ona wystarczająca, by uruchomić i eksploatować oprogramowanie o wymaganych przez niego cechach i parametrach.

§ 2.

PRZEDMIOT UMOWY

1. Przedmiotem Umowy jest:
 - 1) wykonanie przez Wykonawcę dzieła w postaci Systemu (wykonanie Wdrożenia),
 - 2) świadczenie przez Wykonawcę Usług Utrzymania,
 - 3) świadczenie przez Wykonawcę Usług Rozwoju.
2. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że – z zastrzeżeniem zmian dopuszczalnych przez przepisy prawa i Umowę – przedmiot Umowy zostanie zrealizowany zgodnie z treścią Załącznika nr __ [OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA], z uwzględnieniem wszelkich zmian oraz wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na pytania Wykonawców, które miały miejsce w toku postępowania poprzedzającego zawarcie Umowy.
3. Zakres świadczeń Wykonawcy w ramach realizacji przedmiotu Umowy może zostać uszczegółowiony lub – w granicach dopuszczalnych przez przepisy prawa, w szczególności art. 144 ust. 1 Pzp, i Umowę – zmodyfikowany w Analizie zaakceptowanej na zasadach przewidzianych Umową.
4. Strony zgodnie potwierdzają, że podstawowym celem współpracy w ramach Umowy jest zapewnienie Zamawiającemu możliwości korzystania z Systemu realizującego wszystkie funkcje oraz parametry przewidziane Umową.
5. W ramach Wdrożenia Wykonawca w szczególności:

PRZYKŁADOWO:

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">1) wykona Analizę;2) dostarczy Standardowe Oprogramowanie Systemowe oraz Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne oraz dokona ich koniecznej parametryzacji, konfiguracji lub innych zmian w celu spełnienia wymagań Umowy i zapewnienia poprawnego działania Systemu;3) wykona Oprogramowanie Dedykowane;4) zainstaluje Oprogramowanie na Infrastrukturze Zamawiającego;5) przetestuje i uruchomi System;6) przeprowadzi warsztaty;7) przeniesie na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe lub udzieli albo zapewni uzyskanie przez Zamawiającego licencji na korzystanie z utworów opisanych Umową;8) udzieli gwarancji na System. |
|--|

6. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że Wykonawca nie odpowiada za działanie i utrzymanie Infrastruktury Zamawiającego, chyba że nieprawidłowe działanie Systemu jest następstwem działania Wykonawcy powodującego nieprawidłowe działanie Infrastruktury Zamawiającego, w szczególności wadliwej konfiguracji.
7. W ramach Usług Utrzymania Wykonawca w szczególności:

PRZYKŁADOWO:

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1) będzie usuwał Błędy Oprogramowania na warunkach i w terminach określonych Umową;2) zapewni dostępność Systemu oraz inne parametry zgodnie z Załącznikiem nr __ [SLA]; |
|---|

3)	zapewni aktualizację Standardowego Oprogramowania Systemowego oraz Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego;
----	--

8. W ramach świadczenia Usług Rozwoju Wykonawca w szczególności:

PRZYKŁADOWO:

1)	zapewni świadczenie usług konsultacyjnych;
2)	dokona zmian w Oprogramowaniu Dedykowanym, nie wynikających z nieprawidłowego działania Oprogramowania.

9. Usługi Rozwoju będą świadczone na żądanie Zamawiającego, zgodnie z procedurą opisaną Umową, w maksymalnym wymiarze nieprzekraczającym _____ godzin/dni. Umowa nie stanowi zobowiązania Zamawiającego do zlecenia Usług Rozwoju.

KOMENTARZ: Jeżeli Zamawiający uzna za uzasadnione zamówienie dodatkowych roboczogodzin lub roboczodni, określa w poszczególnych przypadkach liczbę roboczogodzin lub roboczodni, które chce zamówić jako maksymalny pakiet prac rozwojowych. Zamawiający zapłaci wyłącznie za faktyczną ilość wykorzystanych roboczogodzin lub roboczodni.

KOMENTARZ

Opis przedmiotu umowy należy do kluczowych grup postanowień, decydujących o zakresie i modelu umowy. Z uwagi na brzmienie art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu umowy powinien być maksymalnie precyzyjny, przy czym w realiach projektów IT będzie on z reguły podlegał uszczegółowieniu w toku realizacji umowy, w toku prac analityczno-projektowych. Ewentualne zmiany zakresu świadczeń wykonawcy muszą być wprowadzane zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem art. 140 ust. 1 Pzp. Konieczność uwzględnienia takich zmian została opisana w części dotyczącej dopuszczalnych zmian umowy o zamówienie publiczne.

W zdecydowanej większości przypadków opis przedmiotu umowy w jej głównym tekście będzie określony przez ogólne nazwanie wykonywanych prac i odesłanie do załącznika opisującego szczegółowo wymagania funkcjonalne, parametry pozafunkcjonalne i inne wymagania co do przedmiotu umowy. Z reguły załącznikiem takim będzie odpowiedni załącznik do SIWZ (zwany przeważnie Opiszem Przedmiotu Zamówienia – OPZ), przy czym – w celu uniknięcia wątpliwości i niespójności na etapie realizacji – należy pamiętać o uwzględnieniu wszelkich zmian OPZ (zmiany muszą być wprowadzane zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem art. 140 ust. 1 Pzp.) oraz wyjaśnień udzielanych na pytania wykonawców w toku postępowania.

Projektowane klauzule obejmują również mechanizm umożliwiający realizację pakietu prac rozwojowych (w ramach zdefiniowanej przez zamawiającego liczby roboczogodzin, roboczodni lub innych jednostek rozliczeniowych), przy czym należy podkreślić, że nie jest to klasyczna umowa rozwojowa. Proponowana konstrukcja ma zapewnić zamawiającemu możliwość elastycznego zarządzania realizacją usług, jeśli w toku wdrożenia pojawi się konieczność szybkiego skorzystania ze wsparcia wykonawcy w różnych obszarach (np. w zakresie prac programistycznych czy konsultacji wykraczających poza główny przedmiot umowy). Natomiast rozwój systemu w jakimś konkretnym zakresie, np. poprzez rozszerzenie o dodatkowe moduły funkcjonalne czy roll-out systemu na inne jednostki, wymaga rozwiązań specyficznych dla danej sytuacji i przygotowania dedykowanej umowy.

§ 3.

HARMONOGRAM

1. Realizacja Umowy nastąpi w terminach zgodnych z Harmonogramem. Strony zgodnie uznają, że terminowa realizacja Umowy, w tym dotrzymanie opisanych w Harmonogramie Ramowym terminów zakończenia realizacji poszczególnych Etapów, ma kluczowe znaczenie dla Zamawiającego.
2. Strony uzgadniają następujący Harmonogram Ramowy:

PRZYKŁADOWO:

- | | |
|----|--|
| 1) | Etap I: przekazanie do Odbioru _____; Odbiór Etapu _____. |
| 2) | Etap II: przekazanie do Odbioru _____; Odbiór Etapu _____. |
| 3) | Odbiór Wdrożenia _____ |
| 4) | Odbiór Końcowy _____ |

ZAMIENNIE: Harmonogram Ramowy jest opisany w Załączniku nr __ [HARMONOGRAM].
--

3. Strony w trakcie realizacji Umowy mogą opracować Harmonogram Szczegółowy. Harmonogram Szczegółowy nie może zmieniać Harmonogramu Ramowego.

ZAMIENNIE: Harmonogram Szczegółowy jest opisany w Załączniku nr __ [HARMONOGRAM].

4. W przypadku przekroczenia terminów realizacji Umowy, w tym terminów realizacji poszczególnych Etapów wskazanych w Harmonogramie Ramowym, Zamawiający będzie miał prawo skorzystać z uprawnień wynikających z Umowy, a w szczególności Zamawiający naliczy kary umowne i może być uprawniony do odstąpienia od Umowy. Jeżeli opóźnienie wynika z okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca będzie zobowiązany do wykonywania ewentualnych dodatkowych prac wynikających z opóźnienia, jakie się okażą niezbędne do realizacji Umowy.

- | |
|--|
| 5. OPCJONALNIE: Rozpoczęcie prac nad kolejnym Etapem w terminie wcześniejszym niż opisany w Harmonogramie wymaga pisemnej, pod rygorem nieważności, zgody Kierownika Projektu Zamawiającego. Brak takiej zgody oznacza, że prace takie Wykonawca realizuje wyłącznie na własne ryzyko. |
|--|

KOMENTARZ

Postanowienia dotyczące harmonogramu są teoretycznie regulacjami merytorycznymi i pozaprawnymi, ale w praktyce jest to jeden z ważniejszych elementów umowy. W szczególności konieczne jest zachowanie spójności między postanowieniami umowy a harmonogramem, zwłaszcza jeżeli stanowi on załącznik do umowy. Niedopuszczalna jest sytuacja, gdy harmonogram posługuje się np. definicjami innymi niż umowa (np. faza zamiast etapu). Harmonogram powinien też uwzględniać przewidziane umową procedury odbioru i czas ich trwania.

W harmonogramie należy uwzględnić kluczowe terminy realizacji projektu (milestones), które mogą zasadniczo różnić się w zależności od projektu (np. takim kamieniem milowym może być pilot projektu). Opis świadczeń w zakresie danego etapu zazwyczaj jest opisany w załączniku OPZ.

Harmonogram szczegółowy jest dokumentem operacyjnym i w zależności od projektu jest opracowany przed zawarciem umowy, w trakcie analizy lub przed każdym etapem. Terminy harmonogramu szczegółowego z reguły są ustalane między kierownikami projektu.

Zmiana harmonogramu szczegółowego wymaga weryfikacji w świetle art. 144 Pzp, w tym w świetle dopuszczonych umową zmian.

W przypadku zmiany harmonogramu konieczna jest – niezależnie od spełniania przesłanek formalnych takiej zmiany – weryfikacja, czy zmiana taka nie wpływa na zasady naliczania kar lub odstąpienia od umowy. Przykładem błędnej praktyki jest np. decyzja komitetu sterującego dzieląca etap na dwa podetapy (np. celem usprawnienia prac) bez odpowiedniej weryfikacji, czy np. kary umowne odnoszą się do etapów, czy także podetapów. Może okazać się, że zmiany harmonogramu dokonane bez takiej weryfikacji wyłączają możliwość naliczenia kar umownych.

Klauzula dotycząca zgody na wcześniejsze rozpoczęcie prac jest związana z ewentualnym obowiązkiem rozliczenia takich prac w przypadku odstąpienia i zapewnieniem zamawiającemu kontroli nad takim obowiązkiem.

§ 4.

OGÓLNE ZASADY REALIZACJI UMOWY

1. Strony deklarują współpracę w celu realizacji Umowy. W szczególności Strony zobowiązane są do wzajemnego powiadamiania o ważnych okolicznościach mających lub mogących mieć wpływ na wykonanie Umowy, w tym na ewentualne opóźnienia. Powyższe nie wyłącza ani nie ogranicza charakteru Umowy w zakresie dotyczącym Wdrożenia jako umowy o dzieło, ani też nie wyłącza ani nie ogranicza ewentualnej odpowiedzialności Stron.
2. Językiem Umowy i językiem stosowanym podczas jej realizacji jest język polski. Dotyczy to także całej komunikacji między Stronami. Wszystkie Produkty oraz inne rezultaty prac – o ile Umowa nie stanowi inaczej – zostaną dostarczone w języku polskim.
3. Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie wykonywania Umowy z usług osób trzecich celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie. Osobom posiadającym pisemne upoważnienie ze strony Zamawiającego Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac (w tym Produkty oraz inne rezultaty prac, także w postaci nieukończonych), jak również zapewnić możliwość ich kontroli.
4. OPCJONALNIE: Prowadzenie prac na środowiskach Zamawiającego w oparciu o zdalny dostęp wymaga zgody Zamawiającego oraz spełnienia warunków opisanych w Załączniku nr __ [WYMAGANIA ORGANIZACYJNE ZAMAWIAJĄCEGO], a także zachowania najwyższej staranności w celu ochrony Infrastruktury Zamawiającego przed możliwym naruszeniem jej bezpieczeństwa.
5. OPCJONALNIE: Strony ustalają, że podstawą do realizacji Umowy w zakresie Wdrożenia będzie metodyka ____, a w zakresie Usług Utrzymania – _____. W przypadku sprzeczności pomiędzy stosowaną metodyką a zapisami Umowy, zapisy Umowy mają pierwszeństwo.

KOMENTARZ

Paragraf ma na celu wskazanie ogólnych zasad współpracy stron. Może on zostać dowolnie rozbudowany w zależności od potrzeb. W szczególności jest rekomendowane przesądzenie o języku projektu, a zwłaszcza o wyjątkach. Językiem projektu będzie z reguły język polski. Poszczególne produkty, np. techniczna dokumentacja oprogramowania narzędziowego może być dostępna w języku angielskim, zwyczajowo stosowanym przez profesjonalistów w technicznych aspektach IT, jeśli taka wersja jest powszechnie używana i wystarczająca. W takiej sytuacji wymóg dostarczenia wersji polskiej może okazać się niecelowy i może wpłynąć na cenę oferty.

Rekomendowane jest wprowadzenie prawa audytu i opisanie zasad zdalnego dostępu, jeżeli ma zastosowanie.

Do uznania zamawiającego jest ewentualne wprowadzenie – w zakresie wdrożenia lub utrzymania - wskazania określonych metodyk (standardów). Z uwagi na konieczność zapewnienia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców co do zasady nie jest możliwe narzucenie konkretnej metodyki projektowej. Możliwe jest natomiast wskazanie w SIWZ, jako przykładów i punktów odniesienia, konkretnych metodyk, typu PRINCE 2, z dopuszczeniem metodyk równoważnych i zdefiniowaniem warunków tej równoważności. Celem takich postanowień SIWZ jest wymaganie posłużenia się przez wykonawcę uznaną metodyką projektową, zapewniającą profesjonalne realizowanie projektu, z wykorzystaniem dobrych praktyk branżowych. W przypadku wyboru oferty wskazującej konkretną metodykę należy ją wskazać w treści umowy wraz ze zobowiązaniem wykonawcy do stosowania tej metodyki w toku projektu. Takie podejście ułatwia ustalenie, czy umowa jest realizowana z zachowaniem wymaganej należytej profesjonalnej staranności.

§ 5.

OŚWIADCZENIA I ZOBOWIĄZANIA WYKONAWCY

1. Wykonawca jest zobowiązany realizować Umowę z dochowaniem należytej staranności, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, przy wykorzystaniu całej posiadanej wiedzy i doświadczenia.

ZAMIENNIE (*wersja rekomendowana przy projektach wymagających podwyższenia miernika staranności*): Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot Umowy z zachowaniem najwyższej profesjonalnej staranności, przy wykorzystaniu całej posiadanej wiedzy i doświadczenia.

3. Wykonawca zobowiązuje się do przekazywania na żądanie Zamawiającego informacji związanych z Umową, w szczególności informacji dotyczących postępów prac, przyczyn opóźnień lub przyczyn nienależytego wykonywania Umowy. Informacje będą przekazywane w formie pisemnej Kierownikowi Projektu Zamawiającego [OPCJONALNIE: w terminie ___ dni od otrzymania żądania].
4. Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia zgodności Oprogramowania z przepisami prawa obowiązującymi w Polsce, w tym przepisami już uchwalonymi które jeszcze nie weszły w życie [OPCJONALNIE: oraz Wymaganiami Organizacyjnymi Zamawiającego]. Zgodność będzie oceniana na moment ___ [złożenia oferty Wykonawcy].
5. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Infrastrukturą Zamawiającego i Infrastruktura ta jest odpowiednia do zapewnienia poprawnego działania Systemu zgodnie z Umową.
KOMENTARZ: w projektach, w których wykonawcy muszą zapewnić wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu infrastruktury technicznej zamawiającego, konieczne jest zapewnienie im niezbędnych informacji w tym zakresie. Możliwe jest zamieszczenie odpowiedniego opisu infrastruktury w SIWZ, a także umożliwienie wykonawcom dokonania wizji lokalnej. Celem takiego postanowienia jest podkreślenie, że wykonawca musi zaoferować takie oprogramowanie, które jest możliwe do posadowienia na istniejącej infrastrukturze zamawiającego.
6. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Umowy w sposób niepowodujący zaprzestania lub zakłócenia pracy Infrastruktury Zamawiającego. Powyższe nie dotyczy elementów Infrastruktury Zamawiającego, których wyłączenie z eksploatacji lub ograniczenie eksploatacji Strony uzgodniły.
7. O ile nic innego nie wynika wprost z Umowy, Wykonawca jest zobowiązany zapewnić wszelkie narzędzia, w tym oprogramowanie i inne zasoby potrzebne mu do realizacji Umowy. W szczególności – o ile Umowa nie stanowi inaczej – wszelkie prace związane z konfiguracją lub opracowaniem [OPCJONALNIE: i testowaniem] Oprogramowania będą odbywać się na środowisku Wykonawcy. O ile Umowa nie stanowi inaczej, Zamawiający nie ma obowiązku udostępniać żadnej infrastruktury sprzętowej ani oprogramowania poza Infrastrukturą Zamawiającego. Powyższe nie wyłącza zobowiązań Zamawiającego do współdziałania opisanego Umową.
8. Wykonawca oświadcza, że podczas realizacji Umowy, a także podczas korzystania z Systemu w zakresie i na zasadach opisanych Umową, Zamawiający nie będzie zobowiązany do nabywania żadnych usług ani uprawnień innych niż wyraźnie zdefiniowane Umową. W szczególności zobowiązanie Wykonawcy oznacza, że nie jest konieczne nabycie przez Zamawiającego żadnych dodatkowych licencji ani uprawnień poza opisanymi Umową i objętymi Wynagrodzeniem, a korzystanie z Systemu nie spowoduje konieczności nabycia takich licencji lub uprawnień. Wszelkie ryzyka związane z szacowaniem ilości potrzebnych licencji lub innych uprawnień koniecznych do korzystania z Systemu zgodnie z Umową obciążają Wykonawcę.

KOMENTARZ

Paragraf ma na celu określenie podstawowych zasad realizacji umowy przez wykonawcę. Może on zostać dowolnie rozbudowany w zależności od potrzeb.

Sporna jest praktyka regulacji umownych w zakresie tzw. miernika staranności. Zgodnie z art. 355 kodeksu cywilnego obowiązujący jest miernik należytej staranności, przy czym należyta staranność w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Oznacza to obowiązek dochowania „staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju”. W praktyce umów wdrożeniowych trudno jest określić ową „ogólnie wymaganą staranność” – wynika to zarówno z różnorodności i niepowtarzalności projektów, jak i stosunkowo krótkiego okresu istnienia w obrocie tego typu umów, a co za tym idzie skromnego orzecznictwa i doktryny. W umowach spotyka się podwyższenie tego miernika do tzw. „najwyższej staranności”, co nakłada na wykonawcę większe, ale nadal niedookreślone obowiązki. W praktyce może okazać się, że określenie różnic między tymi miernikami będzie utrudnione. Z drugiej strony, jak każdy czynnik ryzyka, takie wymaganie może wpływać na ofertę wykonawcy, a w szczególności na jej cenę. Rekomendujemy wprowadzanie miernika najwyższej staranności wyjątkowo, wyłącznie w szczególnie istotnych projektach.

Praktyką jest uszczegółowienie obowiązku informacyjnego poprzez wprowadzenie zasady informowania o przebiegu projektu na piśmie, na żądanie zamawiającego. W przypadku bardzo sformalizowanych projektów można dookreślić termin przekazania takich informacji, ale zazwyczaj nie jest to konieczne (zasada niezwłoczności z kodeksu cywilnego). Nadużywanie tego uprawnienia (składanie niepotrzebnych wniosków w krótkich odcinkach czasowych) może być uznane za przeszkodę w realizacji projektu leżącą po stronie zamawiającego.

Opcjonalne (tam, gdzie ma to zastosowanie) należy wprowadzić klauzulę o zgodności oprogramowania z prawem oraz przepisami które zostały już uchwalone ale jeszcze nie weszły w życie – można także rozbudować ją o wykaz aktów prawnych. W uzasadnionych przypadkach dopuszczalne wydaje się również wymaganie od wykonawcy zapewnienia zgodności Oprogramowania z przepisami, które nie zostały jeszcze uchwalone, lecz prace nad nimi trwają. Z umowy powinno w takim przypadku wynikać wprost zobowiązanie wykonawcy do zapewnienia zgodności z przepisami w wersji ostatecznie uchwalonej. Należy pamiętać, że część regulacji obowiązujących administrację (np. wytyczne czy rekomendacje) lub określone sektory (np. finansowy – rola KNF) nie stanowi przepisów prawa i regulacje te nie będą objęte taką klauzulą. W takiej sytuacji regulacje należy włączyć do umowy np. w załączniku Wymagania Organizacyjne Zamawiającego.

*Ważną decyzją jest określenie, na który moment projektu taka zgodność jest badana. Rozwiązaniem teoretycznie najkorzystniejszym dla zamawiającego jest moment odbioru wdrożenia, ale im dłuższy projekt, tym większe ryzyko po stronie wykonawcy, co może mieć znaczenie przy ustalaniu ceny i co może stanowić problem z uwagi na zasadę określoności przedmiotu zamówienia. Co więcej, duża zmiana legislacyjna może wymagać szeregu zmian projektowych (od harmonogramu po zmianę wymagań funkcjonalnych) i powinna być prowadzona w trybie procedury zmian, a nie ogólnego obowiązku wykonawcy. Istnieje więc możliwość, że w przypadku postawienia wymagania zapewnienia zgodności z prawem na dzień późniejszy niż złożenie oferty, wykonawcy będą mogli postawić słuszny zarzut, iż w takim przypadku nie są w stanie prawidłowo skalkulować oferty, bowiem nie mogą przewidzieć zakresu zmian, które będą zobowiązani wprowadzić do produktu w związku ze zmianami prawa mającymi miejsce już po złożeniu oferty. Wydaje się więc uzasadnione i najbezpieczniejsze z punktu widzenia zasad prawa zamówień publicznych wprowadzenie weryfikacji właśnie na moment złożenia oferty (zobowiązania wykonawców, by oferowane przez nich oprogramowanie był zgodne z przepisami prawa obowiązującymi na dzień złożenia ofert), natomiast zamawiający powinien zapewnić sobie możliwość wprowadzenia do umowy zmian uwzględniających ewentualne modyfikacje przepisów prawa, które nastąpią po dniu składania ofert. Odpowiednie mechanizmy są proponowane w ramach procedury kontroli zmian albo prac rozwojowych (w ramach zakupionego przez zamawiającego pakietu roboczo-godzin lub roboczo-dni). Nie sposób jednak wykluczyć takiej sytuacji, w której zamawiający wskaże dalszy moment, w którym będzie oceniana zgodność z prawem, jeżeli np. w dniu składania ofert dana zmiana prawa jest już pewna, a tylko z uwagi na *vacatio legis* będzie wprowadzona później.*

Poza wymaganiami wynikającymi z przepisów prawa poszczególni zamawiający mogą posiadać własne regulacje, których uwzględnienie przez wykonawców może być konieczne przy realizacji zamówienia. Jeżeli zamawiający np. z definicji nie zezwala na zdalny dostęp do swoich zasobów, informacja o tym powinna być przekazana wykonawcy przed złożeniem przez niego oferty, aby był w stanie uwzględnić takie ograniczenia w wycenie oferowanych usług lub produktów.

Rekomendowane jest wprowadzenie postanowień dotyczących środowisk – developerskich, testowych, rozwojowych. Proponowane klauzule wskazują, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej, obowiązek zapewnienia

środowisk niezbędnych do wdrożenia oprogramowania, w tym umożliwiających tworzenie i testowanie oprogramowania, leży po stronie wykonawcy. W wielu jednak przypadkach zamawiający żąda wykonania prac na swoich środowiskach, a co najmniej udostępnia środowiska testowe. Są też rozwiązania pośrednie, np. zamawiający dostarcza środowisko developerskie, ale po stronie wykonawcy pozostanie obowiązek jego konfiguracji (systemy, bazy danych etc.) i administrowania podczas wdrożenia lub utrzymania.

Rekomendowane jest także wprowadzenie klauzul, które mają na celu uzyskanie zapewnienia, że realizacja umowy lub korzystanie z systemu nie spowoduje konieczności nabycia przez zamawiającego dodatkowych licencji lub innych uprawnień. Takie ryzyko jest związane np. z konfiguracją oprogramowania standardowego, która może prowadzić do obowiązku zapłaty dodatkowych opłat licencyjnych.

§ 6.

OBOWIĄZKI ZAMAWIAJĄCEGO

1. Zamawiający jest zobowiązany do współdziałania z Wykonawcą w granicach określonych prawem oraz Umową.
2. W celu uniknięcia wątpliwości przyjmuje się, że jeżeli Strony nie zdefiniowały danego działania niezbędnego do prawidłowej realizacji Umowy jako obowiązku Zamawiającego, Stroną zobowiązaną do wykonania takiego działania jest Wykonawca.

3. OPCJONALNIE (załącznik rekomendowany): Zakres współdziałania wymaganego od Zamawiającego jest określony w Załączniku nr __ [ZAKRES WSPÓŁDZIAŁANIA]. Wykonawca oświadcza, że zakres współdziałania opisany w tym Załączniku jest wystarczający dla potrzeb prawidłowej realizacji Umowy, za wyjątkiem sytuacji, których Wykonawca nie mógł przewidzieć mimo dochowania należytej staranności.

KOMENTARZ

Paragraf ma na celu określenie zasad współpracy ze strony zamawiającego. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia. W trakcie realizacji projektu jest on jednak zobowiązany do współdziałania z wykonawcą – wynika to z zarówno przepisów ogólnych kodeksu cywilnego (art. 354 § 2., art. 486 § 2 k.c.), jak i przepisów dotyczących umowy o dzieło (art. 640 k.c.).

Na etapie realizacji projektu wykonawca ma prawo – m.in. na podstawie przytoczonego art. 640 k.c. – żądać od zamawiającego podjęcia działań niezbędnych do wykonania umowy. W praktyce kwestia ta budzi duże spory i jest jednym z zarzutów najczęściej podnoszonych przez wykonawców. Z tego powodu – na ile jest to możliwe – rekomendowane jest opisanie zakresu współdziałania już na etapie projektu umowy.

Zakres współdziałania może być określony w SIWZ przez zamawiającego i wtedy z reguły podlega on wyjaśnieniom i modyfikacjom wskutek pytań wykonawców. Taki załącznik może być umieszczony w umowie. Nie jest to jednak nigdy katalog zamknięty, ponieważ mogą pojawić się okoliczności które nie zostały przewidziane, a wymagają współdziałania (od przykładów oczywistych, jak zapewnienie sprzętu do instalacji, po trudne zagadnienie koordynacji projektów i zapewnienie np. interfejsów do innych systemów). Załącznik taki jest rekomendowany – np. jako dobrą praktykę można wskazać przesądzenie z góry o dostępności personelu zamawiającego na potrzeby analiz (które osoby, działy, w jakich terminach mogą spotykać się z wykonawcą), parametrów zdalnego dostępu potrzebnych wykonawcy czy nawet udostępnienia określonej liczby sal na potrzeby projektu.

Należy zwrócić uwagę, że brak współdziałania może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy. W skrajnym przypadku zamawiający może być zobowiązany do zapłaty całości wynagrodzenia mimo nieukończenia dzieła.

Współpraca jest potrzebna także na etapie odbiorów. Kwestia ta została dokładniej omówiona w paragrafie Odbiory, ale sygnalizujemy, że przyjęcie świadczenia będącego przedmiotem formalnego odbioru zgodnie z zasadami określonymi w umowie, w tym w szczególności w harmonogramie ramowym oraz harmonogramie szczegółowym (np. wykonanego produktu, etapu, wdrożenia etc.) jest obowiązkiem zamawiającego. Procedura odbiorowa musi być zgodna z umową i nie może polegać na zgłaszaniu nieuzasadnionych zarzutów, niemających oparcia w treści umowy, w szczególności nie wynikających z SIWZ, OPZ czy analizy. Taki nieprawidłowy przebieg odbiorów bywa przedmiotem sporów sądowych.

Warto zaznaczyć, że problem współdziałania jest poruszany niemal zawsze podczas realizacji projektu. Z tego powodu rekomendowane jest – zwłaszcza w dużych projektach – powołanie zespołu (optymalnie z udziałem prawników), który weryfikowałby na bieżąco zgłaszane przez wykonawcę żądania dotyczące współdziałania, sprawdzał ich zasadność z zapisami umowy i realiami projektu oraz przygotowywał odpowiedzi.

§ 7.

ZARZĄDZANIE PERSONELEM

1. OPCJONALNIE: Wykonawca oświadcza, że w ramach swojego personelu dysponuje osobami posiadającymi niezbędną wiedzę i umiejętności konieczne do właściwego wykonania Umowy, a w szczególności, że dysponuje personelem o wszystkich wymaganych profilach kompetencji zawodowych niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy.

KOMENTARZ: klauzula do zastosowania w sytuacji, w której zamawiający nie postawił wymagań co do personelu wykonawcy i nie jest możliwe lub celowe wskazywanie personelu kluczowego, czyli osób o najbardziej istotnym znaczeniu dla projektu. W takich wypadkach wskazane jest przewidzenie ogólnego zobowiązania wykonawcy do zapewnienia osób o niezbędnych kwalifikacjach.

2. Wykonawca potwierdza, że dysponuje osobami wskazanymi w _____ [złożonej ofercie lub wniosku], posiadającymi niezbędne kwalifikacje do realizacji Umowy.
3. Wykonawca zobowiązuje się do oddelegowania dedykowanego zespołu osób do realizacji Umowy, w skład którego wchodzić będą osoby, którymi dysponowanie wymagane jest treścią SIWZ, wskazane przez Wykonawcę w _____ [złożonej ofercie lub wniosku] (Personel Kluczowy).

KOMENTARZ: w skład personelu kluczowego mogą wchodzić bądź wyłącznie osoby wskazane przez wykonawcę we wniosku lub w ofercie, jeżeli było to wymagane przez zamawiającego, bądź także inne osoby oddelegowane na kluczowe stanowiska przez wykonawcę. W pierwszym przypadku wystarczające jest odesłanie do oferty lub wniosku, a w drugim konieczne jest stworzenie dedykowanego załącznika określającego personel kluczowy. W większości przypadków wystarczające i wygodniejsze będzie odesłanie do oferty lub wniosku.

4. Wykonawca zobowiązuje się do zachowania stałości składu osobowego Personelu Kluczowego. Członkowie Personelu Kluczowego nie mogą być odsunięci od wykonywania przedmiotu Umowy bez uprzedniej zgody Zamawiającego na samą zmianę oraz na kandydaturę nowego członka Personelu Kluczowego, z wyjątkiem przypadków, gdy odsunięcie od wykonywania przedmiotu Umowy następuje z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, na które nie ma on wpływu, takich jak choroba członka Personelu Kluczowego, ustanie stosunku pracy lub innego tytułu zatrudnienia danego członka Personelu lub z powodu innego zdarzenia losowego, uniemożliwiającego członkowi Personelu Kluczowego pełnienie swoich funkcji.
5. Zmiana członka Personelu Kluczowego może nastąpić na uzasadnione żądanie Zamawiającego. Żądanie Zamawiającego zmiany członka Personelu Kluczowego jest uzasadnione w przypadku, w którym taki członek Personelu Kluczowego narusza zobowiązania wynikające z Umowy, w szczególności zobowiązania do zachowania poufności i zasad bezpieczeństwa obowiązujących u Zamawiającego, a także w inny sposób przez swoje działania lub zaniechania wywiera istotny negatywny wpływ na realizację Umowy.

6. OPCJONALNIE (do zastosowania w przypadku, gdy personel kluczowy został udostępniony jako zasób podmiotu trzeciego, na który wykonawca powołał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Powyższe postanowienia zobowiązujące do zachowania trwałości Personelu Kluczowego stosują się także do tych członków Personelu Kluczowego, którzy zostali udostępnieni Wykonawcy przez inny podmiot, na zdolnościach lub sytuacji którego polega Wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zastrzeżeniem, że:

- 1) Zamawiający może zażądać, a Wykonawca zobowiązany jest do odsunięcia członków Personelu Kluczowego od prac w sytuacji, w której Zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami

prawa jest uprawniony do żądania od Wykonawcy zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub zobowiązania się Wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia,

- 2) Wykonawca jest uprawniony do zmiany członków Personelu Kluczowego, jeżeli dokona zmiany Podwykonawcy, na zasoby którego powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykaże, że członkowie Personelu Kluczowego zastępujący dotychczasowych posiadają kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż członkowie zastępowani.

7. Zmiana członka Personelu Kluczowego nie może spowodować, że przy uwzględnieniu kwalifikacji nowej osoby, Wykonawca przestałby spełniać warunki udziału w postępowaniu, nie zostałby zaproszony do dalszego udziału w postępowaniu po weryfikacji wniosku lub zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzyskałby mniejszą liczbę punktów.
8. W wykonywaniu przedmiotu Umowy mogą uczestniczyć również osoby inne niż Personel Kluczowy, przy czym Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia odpowiednich kompetencji oraz – w miarę możliwości – stałości składu osobowego zaangażowanego w realizację Umowy.
9. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że wszelkie konsekwencje zmian osób uczestniczących w realizacji Umowy po stronie Wykonawcy obciążają Wykonawcę.
10. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że ilekroć Wykonawca, stosownie do obowiązujących przepisów prawa, zobowiązany jest do rezygnacji z danego podwykonawcy (zastąpienia podwykonawcy lub zrezygnowania z podwykonawstwa w danym zakresie), zobowiązany jest także do zastąpienia członków Personelu Kluczowego zapewnianych przez tego podwykonawcę.

OPCJONALNIE (do wprowadzenia, jeżeli zamawiający przewiduje wymaganie zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę, zgodnie z art. 29 ust. 3a Pzp):

11. W odniesieniu do osób wykonujących czynności polegające na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, co do których Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 3a Pzp ma obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania ich zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, Zamawiający wymaga udokumentowania faktu ich zatrudnienia poprzez przedstawienie przez Wykonawcę, w terminie ___ od dnia zawarcia Umowy, _____ [do uzupełnienia typ dokumentu, jakiego wymagał będzie zamawiający w celu potwierdzenia faktu zatrudnienia].
12. Zamawiający w każdym czasie może zażądać dodatkowych dokumentów, oświadczeń lub wyjaśnień. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia dodatkowych dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Zamawiający w każdym czasie jest również uprawniony do przeprowadzenia kontroli w miejscu wykonywania świadczenia.
13. Jeżeli Wykonawca nie przedstawi dokumentów lub wyjaśnień potwierdzających fakt zatrudnienia osób wskazanych powyżej (w tym także dodatkowych dokumentów na żądanie Zamawiającego) albo jeżeli przedstawione dokumenty lub wyjaśnienia potwierdzają brak wymaganego zatrudnienia, Zamawiający jest uprawniony do:

- 1) naliczenia kary umownej w wysokości _____ za każdy przypadek niewykazania faktu zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osoby, co do której przewidziany jest taki obowiązek;

KOMENTARZ: kara umowna powinna być przewidziana w wysokości zależnej od uwarunkowań danego przypadku, przy czym w każdym razie jej wysokość powinna czynić nieopłacalnym unikanie zatrudnienia danej osoby w oparciu o umowę o pracę.

- 2) odstąpienia od Umowy po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę wszystkich osób, co do których przewidziany jest taki obowiązek i

udokumentowania tego faktu w terminie wskazanym przez Zamawiającego, z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu tego terminu Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy.

14. Kara umowna przewidziana za niewykazanie faktu zatrudnienia danej osoby w oparciu o umowę o pracę należy jest także w przypadku późniejszego zatrudnienia tej osoby.
15. Uprawnienie do odstąpienia od Umowy w związku z niewykazaniem zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osób, co do których przewidziany jest taki obowiązek, trwa do upływu terminu Odbioru Końcowego przewidzianego Harmonogramem.
16. Powyższe regulacje mają na celu zapewnienie należytego wykonania Umowy i nie zmieniają charakteru Umowy w zakresie Wdrożenia jako umowy o dzieło.

KOMENTARZ

Wdrożenie – mimo charakteru umowy o dzieło – realizowane jest przez konkretny zespół ludzi i od ich kompetencji, zaangażowania i umiejętności współpracy w dużym stopniu zależy sukces projektu. W interesie zamawiającego leży więc, aby wykonawca oddelegował do realizacji wdrożenia osoby posiadające odpowiednie kompetencje, a także by skład osobowy personelu wykonawcy nie ulegał częstym zmianom.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przewidują możliwość żądania od wykonawcy wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania personelem o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu, przy czym nie zawsze wymagania takie są stawiane.

W proponowanych wyżej klauzulach przyjęto założenie, że pewna grupa członków personelu wykonawcy (składająca się przede wszystkim z osób, którymi wykonawca powinien dysponować zgodnie z wymaganiami zamawiającego postawionymi w ramach warunków udziału w postępowaniu), powinna pozostawać w zasadzie niezmienna, przynajmniej w określonych etapach projektu (można przygotować załącznik określający dostępność poszczególnych osób w poszczególnych etapach prac). Zmiana tych osób powinna nastąpić w zasadzie wyłącznie z przyczyn losowych lub niezależnych od wykonawcy, na które nie ma on wpływu, oraz na umotywowane żądanie zamawiającego.

Art. 36b ust. 2 Pzp stanowi, że jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na zasobach którego polega wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to wykonawca zobowiązany jest wykazać, że proponowany podwykonawca samodzielnie spełnia te warunki w stopniu nie mniejszym niż dotychczasowy podwykonawca. Z uwagi na różne możliwości interpretacji tego przepisu dla bezpieczeństwa przyjęto także, że jeżeli wykonawca dokona zmiany podwykonawcy w okolicznościach opisanych w art. 36b ust. 2 Pzp, to uprawnia go to również do wymiany członków personelu kluczowego zapewnionych przez wymienianego podwykonawcę.

Proponowanych ograniczeń w zakresie wymiany członków personelu zazwyczaj nie ma potrzeby stosować w odniesieniu do pozostałych członków personelu, stąd wzorcowe klauzule nie przewidują takiego trybu, poza ogólnym zobowiązaniem do zapewnienia odpowiednio kompetentnego personelu, którego wprowadzenie jest opcjonalnie proponowane w sytuacjach, w których nie jest przewidziane wyróżnienie personelu kluczowego.

Jako opcję można przewidzieć wprowadzenie kar umownych za niezapewnienie stałości personelu kluczowego – stosuje się karę przypisaną do danego członka personelu (brak jego obecności na projekcie) lub nawet karę za każdy przypadek nieobecności mimo uzgodnionego terminu spotkania. Takie kary są rekomendowane wyłącznie w projektach, w których faktyczna kontrola nad personelem wykonawcy jest kluczowa.

Znowelizowane przepisy art. 29 ust. 3a Pzp stanowią że zamawiający przewiduje w SIWZ wymagania w zakresie zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osób, które wykonują czynności polegające na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Czynności takie muszą być oczywiście wskazane przez zamawiającego w SIWZ. Z kolei, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 8a Pzp, konieczne jest też wprowadzenie do umowy zasad dotyczących dokumentowania faktu zatrudnienia takich osób, kontroli spełniania wymagań oraz sankcji w wypadku ich niespełnienia. W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uwzględniającej wspólne stanowisko Prezesa UZP i Generalnego Inspektora Danych Osobowych, z dnia 28 kwietnia 2017 r. szczegółowo wskazano jakich danych zamawiający może oczekiwać od wykonawcy. Z uwagi na ochronę danych osobowych zamawiający może żądać podania jedynie tych danych pracownika, które są niezbędne do realizacji celów

wynikających z ustawy Pzp. Wraz z opinią opublikowano przykładowe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące wymogów w zakresie art. 29 ust. 3a i 36 ust. 2 pkt 8a) Pzp. Odsyłamy do tych klauzul, gdyż szczegółowo wskazują one dopuszczalne dokumenty i zakres informacji których przekazanie zamawiającemu jest zgodne z prawem.

W celu przewidzenia wymaganych przepisami sankcji, wprowadzono postanowienia o karach umownych oraz odrębnym uprawnieniu do odstąpienia od umowy (przy czym należy pamiętać, że odstąpienie od umowy jest nie tyle sankcją, co sposobem rozwiązania umowy w sytuacji, w której zamawiający – zazwyczaj z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – nie jest w stanie kontynuować jej realizacji. W szczególnych przypadkach uprawnienie takie może być wskazane również, kiedy wykonawca nie wywiązuje się ze zobowiązań w zakresie zapewnienia zatrudnienia – należy pamiętać, że od spełnienia tych wymagań zależy możliwość ubiegania się o dane zamówienie).

§ 8.

PODWYKONAWCY

1. Wykonawca jest uprawniony do powierzenia wykonania części przedmiotu Umowy Podwykonawcom, z zastrzeżeniem poniższych postanowień.

2. OPCJONALNIE: Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistej (bez udziału Podwykonawców) realizacji następujących części Umowy: _____

3. Wykonawca wykona przedmiot Umowy przy udziale następujących Podwykonawców:

- 1) [wskazanie firmy, danych kontaktowych, osób reprezentujących Podwykonawcę]
_____ - w zakresie _____,
- 2) [wskazanie firmy, danych kontaktowych, osób reprezentujących Podwykonawcę]
_____ - w zakresie _____,
- 3) [wskazanie firmy, danych kontaktowych, osób reprezentujących Podwykonawcę]
_____ - w zakresie _____,

KOMENTARZ: Powyższy zapis ma zastosowanie w sytuacji, gdy podwykonawcy są znani w dacie podpisania umowy.

4. Wykonawca zobowiązany jest do poinformowania Zamawiającego w formie _____ [do uzupełnienia forma takiego ustalenia, w zależności od przyjętych w danej umowie metod komunikacji i poziomów upoważnień] o każdej zmianie danych dotyczących Podwykonawców, jak również o ewentualnych nowych Podwykonawcach, którym zamierza powierzyć prace w ramach realizacji Umowy.

5. Informacja o zmianie danych dotyczących Podwykonawców powinna zostać przekazana Zamawiającemu w terminie _____ [termin do ustalenia każdorazowo, co do zasady powinien być krótki, np. 1 dzień roboczy od zmiany danych, w celu zachowania niezakłóconej współpracy operacyjnej].

6. OPCJONALNIE: W przypadku niewykonania zobowiązania, o którym mowa w poprzednim punkcie, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości _____ [kwota do ustalenia w zależności od specyfiki danego projektu – nie powinna być to kara wygórowana, lecz motywująca do poważnego traktowania obowiązków informacyjnych] za każdy dzień zwłoki w przekazaniu informacji.

7. Informacja o zamiarze powierzenia prac nowemu Podwykonawcy powinna zostać przekazana Zamawiającemu nie później niż na _____ dni przed planowanym powierzeniem mu realizacji prac.

8. W przypadku niewykonania zobowiązania, o którym mowa w poprzednim punkcie, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości _____ [kwota do ustalenia w zależności od specyfiki danego projektu – jej wysokość jest zależna od wartości i rangi projektu oraz od możliwych skutków niewystarczającej kontroli nad podwykonawcami] za każdy dzień zwłoki w przekazaniu informacji. Niezależnie od powyższego, Zamawiający jest uprawniony do odmowy współdziałania z Podwykonawcą, o udziale którego w wykonaniu Umowy nie uzyskał informacji, do czasu przekazania przez Wykonawcę niezbędnych danych, a opóźnienie w wykonaniu Umowy, powstałe wskutek braku współdziałania z takim Podwykonawcą, stanowi zwłokę Wykonawcy.

9. Jeżeli Wykonawca dokonuje zmiany Podwykonawcy, na zasoby którego powoływał się w toku postępowania poprzedzającego zawarcie niniejszej Umowy, to jest _____ [dla ułatwienia wskazane wpisanie firm tych podwykonawców do umowy], zobowiązany do wykazania Zamawiającemu, że nowy Podwykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym, niż Podwykonawca dotychczasowy. Zamawiający jest uprawniony do odmowy współdziałania z Podwykonawcą, co do którego Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków, do czasu wykazania przez

Wykonawcę ich spełnienia, a opóźnienie w wykonaniu Umowy, powstałe wskutek braku współdziałania z takim Podwykonawcą, stanowi zwłokę Wykonawcy.

10. Jeżeli Wykonawca rezygnuje z posługiwania się Podwykonawcą, na zasoby którego powoływał się w toku postępowania poprzedzającego zawarcie niniejszej Umowy, to jest _____ *[dla ułatwienia wskazane wpisanie firm tych podwykonawców do umowy]*, zobowiązany jest do wykazania Zamawiającemu, że Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym, niż Podwykonawca, z którego Wykonawca rezygnuje. Zamawiający jest uprawniony do odmowy współdziałania z Wykonawcą, który nie wykazał samodzielnego spełnienia warunków, do czasu wykazania przez Wykonawcę ich spełnienia lub wskazania innego Podwykonawcy i wykazania spełnienia przez niego tych warunków, a opóźnienie w wykonaniu Umowy, powstałe wskutek braku współdziałania z Wykonawcą, stanowi zwłokę Wykonawcy.

11. OPCJONALNIE (postanowienia do uwzględnienia tylko w wypadku, gdy dane zamówienie ma charakter zamówienia na usługi lub roboty budowlane, przy czym wdrożenie realizowane jako zamówienie na roboty budowlane jest bardzo rzadkim przypadkiem i proponowane wzorcowe klauzule go nie obejmują i proponowana klauzula nie wyczerpuje obligatoryjnych elementów umowy o roboty budowlane dotyczących podwykonawstwa): Jeżeli Wykonawca w toku realizacji Umowy zamierza powierzyć realizację jej części Podwykonawcy dotychczas nieujawnionemu zgodnie z postanowieniami powyższymi, jest zobowiązany do przedstawienia na żądanie Zamawiającego dotyczących tego Podwykonawcy oświadczeń, w tym oświadczenia, o którym mowa w art. 26a ust. 1 Ustawy Pzp lub dokumentów podmiotowych potwierdzających brak podstaw jego wykluczenia – w zależności od treści żądania Zamawiającego. Dokumenty powinny zostać dostarczone w terminie określonym w żądaniu Zamawiającego, nie później, niż na ___ *[termin powinien umożliwiać Zamawiającemu weryfikację dokumentów podmiotowych dla danego Podwykonawcy]* dni przed planowanym powierzeniem prac Podwykonawcy. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości ___ *[wysokość kary do ustalenia, nie powinna być wygórowana, ale powinna motywować do terminowego przedstawienia dokumentów]*, za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu wymaganych dokumentów. Niezależnie od powyższego, Zamawiający jest uprawniony do odmowy współdziałania z Podwykonawcą, co do którego Wykonawca nie wykonał wskazanych powyżej obowiązków, do czasu przekazania przez Wykonawcę niezbędnych oświadczeń lub dokumentów, a opóźnienie w wykonaniu Umowy, powstałe wskutek braku współdziałania z takim Podwykonawcą, stanowi zwłokę Wykonawcy.
12. Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, Wykonawca zobowiązany jest zastąpić tego Podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania odpowiedniej części zamówienia Podwykonawcy. W przypadku niewykonania tego zobowiązania Zamawiający jest uprawniony, według swego wyboru, do:

- 1) naliczenia kary umownej w wysokości ___ *[kwota do ustalenia w zależności od specyfiki danego projektu – kwota na pewno powinna być odpowiednio wyższa niż w poprzednich postanowieniach, ponieważ kara naliczana jest nie za dzień zwłoki, tylko jednorazowo za każde posłużenie się podwykonawcą podlegającym wykluczeniu]*, za każdy przypadek posłużenia się Podwykonawcą, co do którego zachodzą podstawy wykluczenia lub
- 2) odstąpienia od Umowy i naliczenia kary umownej w wysokości ___ *[kwota kary do ustalenia – co do zasady powinna być spójna z karą za odstąpienie z przyczyn zawinionych przez wykonawcę]*. Zamawiający może wykonać umowne prawo odstąpienia opisane w tym punkcie do dnia wyznaczonego Harmonogramem jako termin _____ *[do ustalenia – chodzi o termin zakończenia realizacji umowy, przy czym w zależności od przypadku może to być odbiór wdrożenia, odbiór po zakończeniu świadczenia usług utrzymania etc.]*.

13. W celu uniknięcia wątpliwości, Strony potwierdzają, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działanie Podwykonawców jak za własne działania, niezależnie od podjętych przez Zamawiającego działań sprawdzających wynikających z niniejszej Umowy lub przepisów prawa.

KOMENTARZ

Przede wszystkim konieczne jest zdefiniowanie pojęcia „podwykonawca”. Ustawa Pzp nie definiuje wprost tego terminu, przewiduje natomiast definicję „umowy o podwykonawstwo”, z której można wywieść wniosek, że podwykonawcą będzie podmiot inny niż wykonawca, któremu wykonawca powierza odpłatnie wykonanie części zamówienia. Konieczne jest w związku z tym rozstrzygnięcie częstego w praktyce problemu, czy za podwykonawcę należy uznać członków personelu wykonawcy, z którymi wykonawca zawarł umowy cywilnoprawne (w tym także w ramach tzw. „samozatrudnienia”, czyli umowy współpracy z osobami fizycznymi prowadzącymi jednoosobową działalność gospodarczą). Poszczególne stany faktyczne mogą się od siebie istotnie różnić i nie sposób wykluczyć sytuacji, w której osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą będzie musiała zostać uznana za podwykonawcę. Jednakże w standardowych przypadkach personel wykonawcy nie powinien być tak traktowany, niezależnie od modelu prawnego współpracy z wykonawcą. Na gruncie prawa zamówień publicznych personel wykonawcy traktowany jest jak zasób, którym wykonawca może dysponować na różnych podstawach prawnych, a w szczególności ustawa Pzp nie zawęża możliwości posługiwania się personelem wyłącznie do osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę. Powyższe prowadzi do wniosku, że prawidłowe wydaje się ujęcie, w którym osoby fizyczne, zatrudnione przez wykonawcę na podstawie różnego rodzaju stosunków prawnych, którym wykonawca powierza wykonywanie poszczególnych czynności w ramach realizacji zamówienia, a nie wydzielonej części swoich zobowiązań, nie będą traktowane jako podwykonawcy. Aby wyjaśnić tę kwestię z góry w relacjach z wykonawcami, proponowane jest przyjęcie definicji podwykonawcy, która przesądzi tę kwestię zgodnie z powyższymi тезami.

Powierzenie części zamówienia podwykonawcom jest – co do zasady – możliwe, przy czym zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, lub prac związanych z „rozmieszczeniem lub instalacją” w wypadku zamówień na dostawy. Części te powinny być precyzyjnie wskazane, a zamawiający – zwłaszcza w przypadku zamówień na usługi – powinien uzasadnić wybór danej części zamówienia, której wykonanie nie może zostać powierzone podwykonawcom. Uzasadnienie to powinno oczywiście obejmować wskazanie, z jakich względów dana część zamówienia uznana jest za „kluczową”. O kwalifikacji takiej zdecydować mogą różne względy, np. związane z bezpieczeństwem informatycznym, z istotnością funkcjonalną danej części zamówienia z punktu widzenia całego zamówienia czy też z wpływem jej terminowej realizacji na pozostałe części zamówienia lub inne projekty. W odniesieniu do zamówień na dostawy dopuszczalne jest żądanie osobistego wykonania umowy w odniesieniu do prac „związanych z rozmieszczeniem i instalacją”, a więc wydaje się, że w odniesieniu do dostaw systemów informatycznych możliwe to będzie dla wszystkich prac instalacyjnych, konfiguracyjnych etc. Należy przy tym zwrócić uwagę na modyfikację definicji dostawy dokonaną w nowelizacji ustawy Pzp z 2016 r., z której usunięto nabywanie praw, równocześnie pozostawiając nabywanie rzeczy oraz innych dóbr. Jest to o tyle istotne, że niejasny jest w związku z tym status umowy licencyjnej, która dotychczas niewątpliwie stanowiła umowę dostawy. Wydaje się jednak, że w typowej umowie wdrożeniowej oprogramowanie, które będzie dostarczane przez wykonawcę, będzie mogło zostać uznane za „inne dobra”, więc prace instalacyjne i konfiguracyjne, wykonywane dla tego oprogramowania, będą mogły skutecznie zostać wyłączone z zakresu prac, które można powierzyć podwykonawcom.

Należy zwrócić uwagę, że nowelizacja ustawy Pzp z 2016 r. wprowadziła obowiązek żądania przez zamawiającego wskazania przez wykonawcę części zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom oraz wskazania firm tych podwykonawców (art. 36b ust.1 Pzp). Warto zwrócić uwagę, że obowiązek ten jest nieco inaczej ujęty w rozporządzeniu w sprawie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), który przewiduje podanie odpowiednich informacji jedynie w odniesieniu do tych podwykonawców, którzy są znani. Biorąc pod uwagę, że obowiązek wskazania podwykonawców dotyczy nie tylko sytuacji, w których wykonawca powołuje się na ich zasoby w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, należy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy wykonawca może wskazać wyłącznie część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, nie wskazując równocześnie ich firm, z uwagi na niepodjęcie jeszcze decyzji co do współpracy z danymi podmiotami. Z uwagi na bezpośrednie obowiązywanie rozporządzenia w sprawie JEDZ działanie takie wydaje się uprawnione.

Dodatkowo, nowelizacja ustawy Pzp wprowadza – w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane lub usługi „które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego” – obowiązek żądania przez zamawiającego wskazania przez wykonawcę nie tylko nazw (firm) podwykonawców, ale też ich danych kontaktowych i przedstawicieli prawnych. Obowiązek ten dotyczy przy tym podwykonawców, którzy „są już znani” przed przystąpieniem do realizacji umowy. Znowelizowana ustawa nakłada także na wykonawców obowiązek aktualizowania tych danych oraz przekazywania informacji o wszelkich nowych

podwykonawcach. W odniesieniu do innych zamówień (a więc na dostawy lub roboty budowlane, lub usługi niewykonywane w miejscu pod bezpośrednim nadzorem zamawiającego) zamawiający nie musi, ale może żądać wskazanych wyżej informacji dotyczących podwykonawców.

Regulacje te wydają się mieć istotne zastosowanie właśnie w przypadku klasycznych umów wdrożeniowych, w których systemy informatyczne będą instalowane w lokalizacjach zamawiających, nad którymi zamawiający ci sprawują niewątpliwie bezpośredni nadzór, w szczególności zapewniając kontrolę dostępu do pomieszczeń, w których znajdują się zasoby informatyczne. Szczegółowa kontrola podmiotów, które są uprawnione do poruszania się po tak wrażliwych lokalizacjach, jest nie tylko wskazana, ale niejednokrotnie także konieczna z uwagi na obowiązujące procedury bezpieczeństwa. Stąd rekomendowane jest, by zamawiający co do zasady realizowali nie tylko opisany wyżej ustawowy obowiązek dotyczący zamówień na roboty budowlane lub usługi, lecz także uprawnienie w odniesieniu do zamówień na dostawy. Rezygnacja z tego uprawnienia jest oczywiście możliwa w uzasadnionych przypadkach, gdy szczegółowe informacje o podwykonawcach nie mają dla zamawiającego istotnego znaczenia. Z uwagi na powyższe, klauzule umowne dotyczące podwykonawców zostały przygotowane przy założeniu, że zamawiający co do zasady jest zainteresowany żądaniem szczegółowych informacji o podwykonawcach.

Kolejnym nowym narzędziem, umożliwiającym efektywniejszą kontrolę podwykonawców, są wprowadzone nowelizacją Ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. przepisy (art. 36ba) dotyczące wyłącznie zamówień na roboty budowlane lub usługi, nakazujące zapewnienie przez wykonawcę (na żądanie zamawiającego), że podwykonawca pojawiający się w trakcie realizacji zamówienia, nie podlega wykluczeniu (poprzez możliwość żądania odpowiedniego oświadczenia wskazanego w art. 25a ust. 1 Pzp lub dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu). Oznacza to, że zamawiający, który w toku realizacji umowy pozyska wiedzę o nowym podwykonawcy, może przeprowadzić jego weryfikację podmiotową. Co więcej, przepis wprost przewiduje, że jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca jest zobowiązany zastąpić tego podwykonawcę innym, niepodlegającym wykluczeniu, lub zrezygnować z podwykonawstwa w danym zakresie. Można postawić pytanie, czy procedura badania podwykonawcy, któremu wykonawca powierzył realizację części prac w trakcie realizacji zamówienia, jest obligatoryjna, czy też zależy od woli zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że w sytuacjach, w których wolą ustawodawcy było wprowadzenie nakazu żądania określonych dokumentów lub informacji, redakcja odpowiednich przepisów nie pozostawia co do tego wątpliwości (np. art. 36b ust. 1) wydaje się, że w tym przypadku dokonanie weryfikacji zależy od uznania zamawiającego. Nie zmienia to faktu, że badanie takie może być celowe. Powyższe zasady mogą być stosowane także wobec dalszych podwykonawców, o ile zostanie to przewidziane w SIWZ. Ta ostatnia kwestia wymaga rozważenia w danym przypadku, bowiem w niektórych sytuacjach szersza kontrola (nad dalszymi podwykonawcami) może być konieczna, a w innych może stanowić niepotrzebny dodatkowy nakład pracy zamawiającego, który zmuszony będzie do weryfikacji dużej liczby podmiotów, co może, ale nie musi, być konieczne.

Jakkolwiek nie ma to bezpośredniego wpływu na treść klauzul umownych, warto także zaznaczyć, że Pzp czyni także krok w kierunku zwiększenia realnego udziału w wykonaniu zamówienia podmiotów, na zdolnościach których polegają wykonawcy robót budowlanych lub usług. Podmioty te powinny wykonywać tę część zamówienia, dla realizacji której niezbędne było posłużenie się ich wykształceniem, kwalifikacjami zawodowymi lub doświadczeniem. Oznacza to, że z punktu widzenia wzoru umowy, będą one traktowane właśnie jako podwykonawcy.

§ 9.

STRUKTURA ZARZĄDZANIA REALIZACJĄ UMOWY

1. Wykonawca zobowiązuje się do stosowania standardów zarządzania projektem opisanych Umową lub uzgodnionych przez Strony.
2. Podejmowanie decyzji oraz bieżące zarządzanie realizacją Umowy odbywać się będzie przez wzajemne uzgodnienia Kierowników Projektu. Osoby te mogą wskazać swoich zastępców, o czym druga Strona zostanie poinformowana na piśmie.
3. Kierownicy Projektu będą uprawnieni do [przykładowo]:
 - 1) nadzorowania realizacji prac;
 - 2) prowadzenia bieżącej komunikacji, omawiania i rozwiązywania problemów pojawiających się w trakcie realizacji Umowy;
 - 3) dokonywania zmian w Harmonogramie Szczegółowym, o ile pozostają one zgodne z Harmonogramem Ramowym, przy czym każda taka zmiana wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności;
 - 4) przyjmowania pism i oświadczeń składanych przez drugą Stronę;
 - 5) uczestnictwa w Odbiorach, w szczególności Kierownik Projektu Zamawiającego będzie uprawniony do dokonywania Odbiorów wyraźnie opisanych w Umowie jako leżące w kompetencji Kierownika Projektu. Pozostałych Odbiorów dokonywać będzie Komitet Sterujący.
4. Strony ustanawiają następujących Kierowników Projektu:
 - 1) Kierownik Projektu Zamawiającego:
 - a) imię i nazwisko: ____
 - b) numer telefonu: ____
 - c) adres poczty elektronicznej: ____
 - 2) Kierownik Projektu Wykonawcy:
 - a) imię i nazwisko: ____
 - b) numer telefonu: ____
 - c) adres poczty elektronicznej: ____
5. Zamawiający może dokonać zmiany swojego Kierownika Projektu, zawiadamiając o tym Wykonawcę na piśmie. Zmiana jest skuteczna od chwili doręczenia Kierownikowi Projektu Wykonawcy informacji o zmianie i nie stanowi zmiany Umowy. Kierownik Projektu Wykonawcy jest członkiem Personelu Kluczowego i dokonanie jego zmiany będzie realizowane zgodnie z procedurą zmiany członków Personelu Kluczowego, opisaną w Umowie.
6. Strony powołują Komitet Sterujący. W skład Komitetu Sterującego wchodzi co najmniej ____ osób wskazanych przez Strony. Przewodniczącym Komitetu Sterującego będzie każdorazowo przedstawiciel ze strony Zamawiającego. W posiedzeniach Komitetu Sterującego mogą również brać udział osoby trzecie, wskazane przez Zamawiającego.
7. W skład Komitetu Sterującego wejdą: _____.
8. W razie niemożności uczestnictwa danego członka Komitetu Sterującego może on udzielić pełnomocnictwa na piśmie, pod rygorem nieważności, do podejmowania decyzji w ramach Komitetu Sterującego innemu członkowi Komitetu Sterującego.

9. O ile Strony nie postanowią inaczej, posiedzenia Komitetu Sterującego odbywać się będą zgodnie z bieżącymi potrzebami, jednak nie rzadziej niż _____. Spotkania Komitetu Sterującego odbywać się będą w siedzibie Zamawiającego.

10. OPCJONALNIE: Kierownicy Projektu Stron mogą w każdej chwili zażądać zwołania dodatkowego posiedzenia Komitetu Sterującego.

11. Do kompetencji Komitetu Sterującego należą w szczególności decyzje w sprawach (*przykładowo*):

- 1) zagadnień, które zostały mu przekazane przez Kierowników Projektu w drodze eskalacji;
- 2) dokonywania Odbiorów opisanych w Umowie (członkowie ze strony Zamawiającego);
- 3) rekomendowania podpisania aneksu dotyczącego zmian:

- a) zakresu lub obowiązywania Umowy;
- b) Harmonogramu Ramowego;
- c) wysokości, sposobu ustalania lub poszczególnych elementów Wynagrodzenia;

12. Komitet Sterujący uzgadnia decyzje przy obecności co najmniej jednego przedstawiciela każdej ze Stron, w tym przewodniczącego Komitetu Sterującego. Do decyzji potrzebna jest zgoda obu Stron.

13. Ustalenia Komitetu Sterującego będą dokumentowane w formie pisemnej.

14. Każda ze stron ma prawo zmiany członków Komitetu Sterującego, przy czym zmiany wchodzi w życie od chwili poinformowania o nich w formie pisemnej Kierownika Projektu drugiej Strony. Jeżeli członek Komitetu Sterującego jest jednocześnie członkiem personelu Kluczowego, zmiany nie mogą naruszać postanowień dotyczących Personelu Kluczowego. Strony zobowiązują się nie dokonywać zmian członków Personelu Kluczowego bez istotnych powodów.

15. Dla uniknięcia wątpliwości, zmiany w strukturze zarządzania realizacją Umowy, tj. zmiany Kierowników Projektu Stron lub zmiany członków Komitetu Sterującego nie wymagają podpisania aneksu do Umowy.

KOMENTARZ

Konieczność wprowadzenia postanowień dotyczących zarządzania wdrożeniem nie wynika z przepisów prawa (z zastrzeżeniem art. 20a ust. 1 Pzp, który przewiduje pewne wymagania co do zapewnienia udziału w pracach komisji przetargowej osób odpowiedzialnych także za nadzór nad realizacją zamówienia, co jednak nie ma wpływu na treść umowy), ale kwestia komunikacji stron w projekcie informatycznym jest jednym z niedocenianych, a istotnych czynników mających wpływ na powodzenie projektu. Kwestia ta jest także akcentowana i szeroko opisywana we wszystkich metodykach projektowych, niezależnie od modelu czy konkretnego zbioru zasad prowadzenia projektów informatycznych. Chodzi nie tylko o prawidłowe przypisanie do konkretnych osób odpowiedzialności za dane obszary merytoryczne, lecz także o określenie zasad zarządzania realizacją umowy, w tym tak newralgicznych, jak możliwość dokonania zmiany umowy przez osobę pełniącą daną funkcję w strukturze projektowej.

Zaproponowane klauzule mają charakter przykładowy – w zależności od metodyki projektowej i uwarunkowań danego projektu, postanowienia o podmiotach zarządzających realizacją umowy mogą mieć bardzo różne brzmienie. Należy jednak w każdym przypadku uwzględnić:

- *zakres umocowania danej osoby, pełniącej określoną funkcję w strukturze organizacyjnej – tu kluczowe jest przesądzenie, czy w danym przypadku np. kierownik projektu, czyli osoba odpowiedzialna za bieżące zarządzanie realizacją umowy, jest uprawniony do dokonania zmiany harmonogramu lub zakresu, a jeżeli tak, to w jakich granicach;*
- *kanały komunikacji, czyli np. konkretne adresy poczty elektronicznej lub platformy informatyczne służące do wymiany informacji w projekcie (przy czym należy pamiętać, że zgodnie z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 2 Pzp, wszelkie zmiany umowy o zamówienie publiczne wymagają formy pisemnej, pod rygorem nieważności, więc ustalenia osób umocowanych muszą być dokonane w tej właśnie formie, a nie np. pocztą elektroniczną);*

- *zasady i obowiązki stron w zakresie bieżącego zarządzania projektem, komunikowania zagrożeń i eskalacji problemów stwierdzonych w toku realizacji projektu.*

§ 10.

ZMIANY UMOWY. PROCEDURA KONTROLI ZMIAN

DOPUSZCZALNE ZMIANY UMOWY

1. Zmiana Umowy dopuszczalna jest w zakresie i na warunkach przewidzianych przepisami Ustawy Pzp, w szczególności:
 - 1) stosownie do art. 144 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp, Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia do Umowy zmian opisanych w ustępach poniżej:
 - a) w przypadku wprowadzenia przez producenta nowej wersji Oprogramowania lub innych Produktów, Zamawiający dopuszcza zmianę wersji Oprogramowania lub Produktu pod warunkiem, że nowa wersja spełnia wymagania określone w SIWZ;
 - b) w przypadku zakończenia wytwarzania Oprogramowania lub innego Produktu objętego Umową lub wycofania ich z produkcji lub z obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający dopuszcza zmianę polegającą na dostarczeniu produktu zastępczego o parametrach spełniających wymagania określone w SIWZ i nie gorszych niż pierwotnie zaoferowanych;
 - c) w przypadku zmiany przepisów prawa, opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Dzienniku Ustaw, Monitorze Polskim lub Dzienniku Urzędowym odpowiedniego ministra, Zamawiający dopuszcza zmiany sposobu realizacji Umowy Wykonawcy wymuszone takimi zmianami prawa;
 - d) w przypadku uzasadnionej przyczynami technicznymi, w szczególności ujawnionymi na etapie prac analitycznych i projektowych, konieczności zmiany:
 - sposobu wykonania Umowy w obszarach: organizacyjnym, wykorzystywanych narzędzi, przyjętych metod i kanałów komunikacji,
 - zakresu przedmiotu Umowy w obszarze wymagań funkcjonalnych lub нефункциональных, jeżeli rezygnacja z danego wymagania lub zastąpienie go innym, spowoduje zoptymalizowane dopasowanie przedmiotu Umowy do potrzeb Zamawiającego, Zamawiający dopuszcza wprowadzenie odpowiednich zmian uwzględniających stwierdzone przyczyny techniczne, polegających w szczególności na modyfikacji wymagań Zamawiającego lub zmianie sposobu ich realizacji;
 - e) w przypadku wystąpienia przyczyn niezależnych od Wykonawcy, związanych z równoległe prowadzonymi przez Zamawiającego projektami mającymi wpływ na realizację Umowy lub w związku ze zmianami okoliczności wynikającymi ze specyfiki działalności Zamawiającego albo w związku z podjęciem przez Zamawiającego decyzji o przeprowadzeniu przez osobę trzecią kontroli jakości i sposobu prowadzenia prac, Zamawiający dopuszcza zmiany terminu realizacji Umowy oraz przewiduje możliwość zwiększenia Wynagrodzenia pod warunkiem, że Wykonawca wykaże, że w celu uwzględnienia powyżej opisanych uwarunkowań leżących po stronie Zamawiającego musi ponieść koszty, których zawarcie w cenie oferty nie było możliwe w dniu jej składania.

Zmiana wysokości Wynagrodzenia dopuszczalna jest w oparciu o niniejsze postanowienie wyłącznie do wysokości niezbędnej do pokrycia kosztów, o których mowa w zdaniu poprzedzającym;

- f) w przypadku ujawnienia się powszechnie występujących wad oferowanego oprogramowania lub urządzenia, w szczególności w przypadku opublikowania przez producenta informacji o takich wadach, Zamawiający dopuszcza zmianę w zakresie przedmiotu umowy polegającą na zastąpieniu danego produktu produktem zastępczym, spełniającym wszelkie wymagania przewidziane w SIWZ dla produktu zastępowanego, rekomendowanym przez producenta lub wykonawcę w związku z ujawnieniem wad. W przypadku bezpłatnego dostarczenia przez producenta produktu zastępczego wynagrodzenie Wykonawcy nie ulegnie zmianie.

KOMENTARZ: Wskazane powyżej postanowienia przewidujące zmiany umowy wskazują przykładowe obszary, w których mogą nastąpić zmiany, w toku realizacji projektu informatycznego. Przykładowe zapisy, wskazane w § 10 ust. 1 pkt 3) lit. a – f nie stanowią wystarczającej podstawy do dokonania zmiany umowy. Postanowienia te powinny zostać doprecyzowane i dostosowane do konkretnej umowy i sytuacji zamawiającego. Postanowienia powinny być jak najbardziej jednoznaczne i skonkretyzowane. Zakres możliwych zmian jest uzależniony od przedmiotu umowy i powinien każdorazowo zostać przeanalizowany przez zamawiającego. Klauzule modyfikacyjne powinny zawierać zapisy dotyczące ewentualnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy w razie dokonania zmiany i w miarę możliwości sposób obliczenia tej zmiany.

2. W przypadkach, w których zgodnie z powyższymi postanowieniami lub przepisami prawa możliwe jest wprowadzenie zmiany do Umowy, Zamawiający przewiduje także wprowadzenie odpowiedniej zmiany Harmonogramu, jeżeli jest to konieczne dla uwzględnienia czasu niezbędnego w celu realizacji zmienionego zakresu prac lub produktów lub w celu uwzględnienia wprowadzonych zmian organizacyjnych.
3. Niezależnie od powyższego, Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia do Harmonogramu Szczegółowego zmian niewpływających na terminy określone Harmonogramem Ramowym, jeżeli wprowadzenie takich zmian jest uzasadnione ze względów technicznych lub organizacyjnych i nie powoduje konieczności poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów.

KOMENTARZ: zmiany Harmonogramu Szczegółowego mogą być dopuszczone w celu uelastyczenia zarządzania bieżącą realizacją umowy, przy czym praktyką jest ograniczenie możliwości takich zmian, które wpływałyby na możliwość zmian głównych terminów określonych Harmonogramem Ramowym. Stąd wskazane jest przewidzenie tego rodzaju mechanizmu bez restrykcyjnych przesłanek jego zastosowania. Znacząca część zmian tego rodzaju będzie miała charakter zmian nieistotnych w rozumieniu art. 144 ust. 1e Pzp.

PROCEDURA KONTROLI ZMIAN

4. Wszelkie zmiany, zarówno istotne, które wraz z warunkami ich wprowadzenia zostały przewidziane niniejszą Umową lub których wprowadzenie możliwe jest zgodnie z przepisami prawa, jak i nieistotne będą dokumentowane w ramach Procedury Kontroli Zmian. Procedura Kontroli Zmian zostaje rozpoczęta przez zgłoszenie przez Kierownika Projektu jednej ze Stron Kierownikowi Projektu drugiej Strony wniosku o dokonanie zmiany. Wniosek o dokonanie zmiany zostanie przygotowany w formie _____ [do uzupełnienia w zależności od przyjętych w danym projekcie kanałów i form komunikacji].
5. W przypadku złożenia wniosku o dokonanie zmiany:

- 1) przez Zamawiającego – Wykonawca w terminie ____ dni od otrzymania wniosku przygotuje założenia projektowe dotyczące dokonania wnioskowanej zmiany;
 - 2) przez Wykonawcę – wraz z takim wnioskiem Wykonawca przedłoży założenia projektowe dotyczące dokonania wnioskowanej zmiany.
6. Założenia projektowe dotyczące dokonania zmiany powinny prezentować wszelkie aspekty zmiany w odniesieniu do zakresu oraz trybu i warunków zmiany Umowy, a w szczególności opis prac dodatkowych wraz z proponowanymi kryteriami Odbioru, wpływ dokonania zmiany na Harmonogram, zmiany dotyczące zakresu funkcjonalnego lub pozafunkcjonalnego Oprogramowania, zakres współdziałania oraz inne czynniki, które mogą być istotne dla Zamawiającego przy podejmowaniu decyzji o wprowadzeniu zmiany. Założenia projektowe dotyczące danej zmiany powinny obejmować także wskazanie podstawy prawnej jej wprowadzenia, w tym w szczególności prawne i faktyczne uzasadnienie dopuszczalności zmiany w danym przypadku.
7. Niezwłocznie w odpowiedzi na wniosek o dokonanie zmiany składany przez Zamawiającego lub wraz z wnioskiem o dokonanie takiej zmiany składanym przez Wykonawcę, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu informację na temat ewentualnej konieczności lub celowości wstrzymania prac nad określoną częścią Umowy, w szczególności danym produktem, na czas dalszych prac nad proponowaną zmianą. Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia prac zgodnie z Umową, w tym w szczególności z Harmonogramem, o ile Zamawiający nie poinformuje Wykonawcy o podjętej decyzji o wstrzymaniu prac. Decyzję o wstrzymaniu prac podejmie Kierownik Projektu ze strony Zamawiającego.

ZMIANY PODATKU VAT ORAZ INNYCH WSKAŹNIKÓW

UWAGA: postanowienia o zmianach podatku VAT oraz innych wskaźników są obligatoryjne w wypadku umów zawartych na okres powyżej 12 miesięcy. W innych przypadkach do decyzji zamawiającego, w zależności od danego zamówienia.

8. Strony postanawiają, że w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług – Wynagrodzenie przewidziane niniejszą Umową ulegnie zmianie odpowiedniej do zmiany wysokości podatku od towarów i usług (ulegnie korekcie o wysokość zmiany podatku VAT), przy czym powyższa zmiana będzie miała zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do części Wynagrodzenia objętego fakturami wystawionymi po dacie wejścia w życie zmiany przepisów prawa wprowadzających nowe stawki podatku od towarów i usług.
9. Strony postanawiają, że w przypadku zmian:
- 1) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, lub
 - 2) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub
 - 3) wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.
- Strony wprowadzą zmianę wysokości Wynagrodzenia odpowiednią do kwoty, o jaką skutek tych zmian zmianie ulegnie koszt wykonania zamówienia przez Wykonawcę. W celu wykazania wpływu powyżej wskazanych zmian na koszty wykonania Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu szczegółową kalkulację kosztów według stanu sprzed danej zmiany oraz szczegółową kalkulację kosztów według stanu po wprowadzeniu zmiany, oraz wskaże kwotę, o jaką Wynagrodzenie powinno ulec zmianie. Zamawiający niezwłocznie ustosunkuje się do przedstawionych kalkulacji, w szczególności poprzez zaakceptowanie wskazanej przez Wykonawcę kwoty lub poprzez zgłoszenie zastrzeżeń i żądanie wyjaśnień co do poszczególnych elementów kalkulacji.
10. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że z żądaniem zmiany Wynagrodzenia może wystąpić także Zamawiający – w takim przypadku Wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia wskazanych w tym postanowieniu szczegółowych kalkulacji niezwłocznie po otrzymaniu żądania Zamawiającego.

11. Zmiana wysokości Wynagrodzenia nastąpi od momentu jej wprowadzenia przez Strony, przy czym jeżeli zmiana kosztów Wykonawcy nastąpiła przed dokonaniem zmiany Umowy, zmiana wysokości Wynagrodzenia będzie uwzględniała także zmianę wysokości kosztów ponoszonych po dacie zmiany odpowiednich przepisów prawa, a przed datą dokonania zmiany Umowy.

KOMENTARZ

Zarządzanie zmianą jest jednym z kluczowych obszarów, które powinny być uregulowane umową dotyczącą realizacji projektu IT. Jest to istotny element praktycznie każdej metodyki projektowej. W projektach realizowanych w reżimie prawa zamówień publicznych zmiany mogą być wprowadzane wyłącznie w okolicznościach, w których zgodnie z ustawą Pzp jest to dopuszczalne.

W znowelizowanej ustawie Pzp utrzymana została generalna zasada, zgodnie z którą, co do zasady zmiany umowy o zamówienie publiczne są niedopuszczalne, z zastrzeżeniem wyjątków określonych ustawą, przy czym katalog wyjątków został znacząco rozszerzony. Generalnie znowelizowana ustawa Pzp podchodzi do problematyki zmian umowy w sposób znacznie bardziej elastyczny niż dotychczasowe regulacje oraz praktyka orzecznicza. Na potrzebę i możliwość wprowadzenia zmian do umów w uzasadnionych przypadkach wskazuje także Dyrektywa 2014/24/UE (tzw. Nowa Dyrektywa Klasyczna), w której motywie 111 stwierdzono m.in., że wystarczająco jasno sformułowane klauzule przeglądowe lub klauzule dotyczące opcji mogą np. przewidywać indeksację cen lub zapewniać, by – przykładowo – urządzenia komunikacyjne dostarczane w trakcie danego okresu były w dalszym ciągu odpowiednie, również w przypadku zmiany protokołów komunikacyjnych lub innych zmian technologicznych. Na podstawie wystarczająco jasnych klauzul powinno być również możliwe wprowadzenie zapisów przewidujących dostosowanie umów, konieczne z uwagi na trudności techniczne, które pojawiły się w trakcie użytkowania lub utrzymania.

Utrzymana została także zasada, zgodnie z którą dopuszczalne jest wprowadzenie do umowy zmian nieistotnych, przy czym wprowadzono ustawową definicję zmiany istotnej, powtarzającą dotychczas przyjęte w orzecznictwie rozumienie tego pojęcia.

Utrzymana została (choć w nieco zmodyfikowanym brzmieniu) zasada, zgodnie z którą możliwe jest wprowadzenie do umowy zmian, które zostały przewidziane przez zamawiającego w SIWZ. Przepis stanowi przy tym, że postanowienia przewidujące zmiany, powinny:

- *być jednoznaczne,*
- *przewidywać warunki, w jakich zmiany mogą być wprowadzone,*
- *określać zakres i charakter możliwych zmian.*

Zaproponowane klauzule umowne obejmują więc katalog typowych przypadków zmian, których należy się spodziewać w toku realizacji umowy wdrożeniowej, opisany z uwzględnieniem powyższych zaleceń. Katalog ten jest jednak przykładowy i poszczególne klauzule mogą w konkretnych przypadkach nie mieć zastosowania lub też konieczne może być wprowadzenie innych zmian, jeżeli zamawiający, formułując postanowienia SIWZ, zdaje sobie sprawę z istnienia okoliczności, które mogą spowodować konieczność wprowadzenia do umowy konkretnych zmian. Konieczność taka może wynikać np. z zależności danego projektu od innych równolegle prowadzonych projektów IT (lub innych – np. organizacyjnych), z uwarunkowań technologicznych danego projektu czy też z innych okoliczności specyficznych dla danej sytuacji. Pociąga to oczywiście za sobą konieczność analizy danego stanu faktycznego i dostosowania proponowanych klauzul do jego realiów.

Poza powyższym na uwagę zasługują nowe przepisy ustawy Pzp wymienione poniżej:

- *art. 144 ust. 1 pkt 2, zgodnie z którym możliwe jest rozszerzenie zakresu zamówienia o dodatkowe dostawy, usługi i roboty budowlane, przy czym wartość każdej kolejnej zmiany nie może przekraczać 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie oraz uproszczono i złagodzono przesłanki takich rozszerzeń, w szczególności rezygnując z wymagania, by konieczność zwiększenia zakresu zamówienia wynikała z przyczyn obiektywnie*

nieprzewidywalnych;

- art. 144 ust. 1 pkt 3, zgodnie z którym możliwe jest wprowadzanie zmian spowodowanych okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, przy czym wartość każdej kolejnej zmiany nie może przekraczać 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie;
- art. 144 ust. 1 pkt 4, zgodnie z którym możliwe jest – w przypadkach określonych przepisem – dokonanie zmiany wykonawcy;
- art. 144 ust. 1 pkt 6, zgodnie z którym możliwe jest wprowadzenie zmian bez żadnego uzasadnienia (wyłącznie z uwagi na taką wolę stron), o ile wartość tych zmian nie przekracza 10% wartości zamówienia i równocześnie jest niższa niż kwoty progowe przewidziane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Z uwagi na fakt, iż przepis ten przewiduje możliwość wprowadzania praktycznie dowolnych zmian, bez konieczności wykazywania jakichkolwiek przesłanek jego zastosowania, poza nieprzekroczeniem określonej wartości zmiany, można się spodziewać, że będzie narzędziem często wykorzystywanym w realiach projektów wdrożeniowych.

Zmiany dokonywane w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp mogą dotyczyć dowolnego obszaru umowy i ich wprowadzenie zależy wyłącznie od zgodnej woli Stron. Działanie takie będzie legalne, o ile nie będzie prowadzić do zmiany charakteru umowy, do obejścia prawa lub do naruszenia innych przepisów prawa (np. z zakresu prawa konkurencji czy innych dziedzin prawa poza Pzp). Na dowolność w tym zakresie wskazuje nie tylko redakcja przepisu znowelizowanej ustawy Pzp, lecz także brzmienie art. 72 ust. 2 Nowej Dyrektywy Klasycznej oraz motywu 107 tej dyrektywy, zgodnie z którym modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Omawiany przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp nie precyzuje wprawdzie, jak należy rozumieć pojęcie „wartość zmiany”, czyli w szczególności, czy zmiana powodująca obniżenie wynagrodzenia wykonawcy o daną kwotę posiada „wartość” równą tej kwocie, jednak wydaje się, że z uwagi na cel omawianej regulacji chodzi tu o kwotę, o jaką ulegnie zwiększeniu wynagrodzenie. Oznacza to, że strony mogą wprowadzić do umowy niemal dowolną zmianę, która nie ma żadnego wpływu na wartość umowy. Jedyne – aczkolwiek bardzo istotne – ograniczenia w dokonywaniu modyfikacji w ramach przewidzianego ustawowo budżetu zmian to przepis art. 144 ust. 1b Pzp, zgodnie z którym dokonane zmiany nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy oraz ogólny zakaz dokonywania czynności sprzecznych z prawem lub mających na celu obejście ustawy (art. 58 Kodeksu cywilnego). Jeżeli więc zamawiający stwierdzi potrzebę zakupu dodatkowych świadczeń, bezpośrednio związanych

z wykonywanym zamówieniem (np. dodatkowych usług konsultacyjnych), a wykonawca zgodzi się takie świadczenia spełnić, to strony mogą rozszerzyć zakres umowy, jeżeli wartość tych świadczeń nie przekracza wskazanych powyżej kwot, bez konieczności wykazywania spełnienia jakichkolwiek dodatkowych przesłanek. Nie byłoby natomiast dopuszczalne dokonanie takich zmian, których wprowadzenie nie spowodowałoby wprawdzie jakichkolwiek zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, ale istotnie wpłynęłoby na przedmiot umowy, zmieniając jej charakter. Ustawa nie definiuje pojęcia „charakteru umowy”, więc daną zmianę należy oceniać w okolicznościach konkretnego przypadku. Opierając się na sugestiach wynikających z Nowej Dyrektywy Klasycznej (np. motyw 109), można zakładać, że o zmianie charakteru umowy będzie można mówić wówczas, gdy zmiana będzie dotyczyła całego zamówienia (a nie jedynie drobnego wycinka, np. jednego z wielu urządzeń czy jednej z funkcjonalności systemu) oraz gdy zmiana będzie miała faktycznie istotny charakter, np. będzie prowadzić do zastąpienia danego rodzaju świadczenia innym świadczeniem (np. poprzez zmianę świadczeń w postaci dostarczenia sprzętu wraz z oprogramowaniem na świadczenie w postaci realizowania usługi w modelu software as a service – SaaS).

§ 11.

ANALIZA

[Paragraf opcjonalny, jeżeli Zamawiający przewiduje etap Analizy]

1. Wykonanie Analizy ma na celu uszczegółowienie przedmiotu Umowy i opisanie sposobu jej realizacji. W trakcie prac mających na celu stworzenie Analizy, Wykonawca, działając zgodnie z najlepszą wiedzą, powinien zweryfikować i przedstawić Zamawiającemu optymalne działania zmierzające do zapewnienia wykonania Umowy i osiągnięcia jej celów. W szczególności Wykonawca powinien zaproponować modyfikację wymagań Zamawiającego dotyczących Oprogramowania, które nie mają uzasadnienia ekonomicznego, funkcjonalnego lub informatycznego. Ostateczną decyzję w zakresie wymagań oraz funkcjonalności podejmie Zamawiający, z uwzględnieniem możliwości wprowadzenia do Umowy zmian stosownie do art. 140 ust. 1 i 144 ust. 1 Pzp.

2. Opracowując Analizę, Wykonawca uwzględni wszystkie wymagania opisane w Umowie. Strony dopuszczają odstępstwa od wymagań opisanych w Umowie, jeżeli taka zmiana jest zgodna z przepisami prawa oraz zostanie zaakceptowana przez Zamawiającego. Jakikolwiek proponowane odstępstwo od wymagań Umowy wymaga wyraźnego i jednoznacznego wskazania tego faktu przez Wykonawcę oraz podlega akceptacji Zamawiającego stosownie do postanowień Procedury Kontroli Zmian.

KOMENTARZ: analiza, w której wprowadzono zmiany w stosunku do wymagań, jest de facto aneksem do umowy. Z tego względu dopuszczalność zmian musi być oceniona przez pryzmat art. 144 Pzp. Proponowane klauzule przewidujące zmiany nawiązują też do zmian, których konieczność została przewidziana na etapie opracowania analizy.

3. Wszelkie odstępstwa będą opisane w odrębnym od głównego tekstu Analizy dokumencie zatytułowanym „Odstępstwa od Umowy”, który będzie odbierany jako odrębny Produkt wchodzący w zakres Analizy.

4. Nieuwzględnienie wymagań Umowy w Analizie bez spełnienia powyższych przesłanek (uzgodnienia i opisanie w odrębnym dokumencie oraz dopuszczalności danej zmiany w świetle przepisów prawa) oznacza nienależyte wykonanie Umowy w tym zakresie i wadę Analizy, jak i innych świadczeń, których niespełnione wymaganie dotyczy. Zatwierdzenie przez Zamawiającego Analizy nie może być uznane za zgodę Zamawiającego na odejście od wymagań Umowy, jeżeli nie zostały spełnione przesłanki opisane w niniejszym postanowieniu.

5. Powyższe postanowienia nie wyłączają prawa Zamawiającego do niewyrażenia zgody na odstępstwa od wymagań Zamawiającego.

6. OPCJONALNIE: Procedura Odbioru Analizy jest opisana w Załączniku nr __ [TESTY I PROCEDURA ODBIORU].
--

7. OPCJONALNIE: Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy (umowne prawo odstąpienia), również wówczas, gdy Wykonawca wykonuje Umowę w sposób należyty, w terminie do 12 miesięcy od daty przewidzianej w Harmonogramie na odbiór Analizy, ale jednocześnie nie później niż 30 dni od daty Odbioru Analizy. Skorzystanie z prawa odstąpienia jest możliwe w przypadku takich wyników Analizy które wskazują na nieopłacalność lub niecelowość dalszej realizacji Umowy z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z uwagi na uwarunkowania stwierdzone w toku prac analitycznych lub w związku z tymi pracami. Zamawiający wykonując prawo odstąpienia wskaże przyczynę odstąpienia. W takim przypadku odstąpienie od Umowy ma skutek wyłącznie na przyszłość, w odniesieniu do prac przypadających po dokonaniu Odbioru Analizy, a ponadto:
--

- 1) wynagrodzenie zapłacone Wykonawcy za Analizę nie podlega zwrotowi, a jeżeli nie zostało ono zapłacone, Wykonawca ma prawo do takiego wynagrodzenia;
- 2) Zamawiający zachowuje uprawnienia (w tym autorskie prawa majątkowe i udzielone licencje) nabyte do dnia odstąpienia od umowy przez Wykonawcę, w szczególności prawa do Analizy;
- 3) w przypadku gdy z Umowy lub decyzji Zamawiającego wynikał obowiązek świadczenia prac przez Wykonawcę innych niż opracowanie Analizy, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu wszelkie efekty takich prac wykonanych do dnia odstąpienia. W odniesieniu do prac, za które Zamawiający nie uiszczył wynagrodzenia, Zamawiający zapłaci takie wynagrodzenie Wykonawcy, przy czym wysokość tego wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o Wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające (np. w przypadku niedokończonych prac) – proporcjonalnie do stanu zaawansowania prac;
- 4) w ramach wynagrodzenia zapłaconego zgodnie z punktem poprzednim Zamawiający nabywa, na zasadach opisanych w paragrafach regulujących własność intelektualną, odpowiednio prawa lub licencje do utworów, co do których nie nabył takich praw lub licencji do dnia odstąpienia. W takim przypadku nabycie takich praw lub licencji nastąpi z chwilą złożenia oświadczenia o odstąpieniu.

KOMENTARZ

Specyfiką umów wdrożeniowych jest to, że w chwili ich zawarcia strony nie są w stanie określić dokładnie szczegółów realizacji umowy. Kwestie te są precyzowane dopiero na etapie opracowywania analizy (analizy przedwdrożeniowej, dokumentacji technicznej, HLD, LLD, itp.). Zakres analizy powinien określać OPZ, np. co do zakresów funkcjonalnych i niefunkcjonalnych. W rozbudowanych systemach analiza może nawet obejmować kwestie takie jak opisanie implementacji wymagań prawnych w oprogramowaniu. Po akceptacji analizy wykonanie umowy zgodnie z jej treścią będzie – co do zasady – należywym wykonaniem umowy, nawet jeżeli okaże się, że określone cechy systemu nie spełniają zakładanych wymagań zamawiającego. Podobnie ewentualne nieprawidłowości wdrożenia, w tym błędy oprogramowania, będą weryfikowane w świetle zapisów analizy. Moment weryfikacji i odbioru analizy jest kluczowy dla projektu.

Procedury odbioru mogą być opisane szczegółowo w załączniku i są rekomendowane w przypadku rozbudowanych analiz. W szczególności konieczne jest zwrócenie uwagi na terminy odbioru, ponieważ są to czynności czasochłonne i mogą wymagać konsultacji z zewnętrznymi ekspertami. Akceptacja przez zamawiającego analizy bez dogłębnej jej weryfikacji może prowadzić do faktycznego, sprzecznego z zamierzeniami zamawiającego ograniczenia zakresu projektu. We wzorcowych klauzulach zamieszczono obowiązek odrębnego wykazywania odstępstw od zakresu umowy, w szczególności OPZ, ale nawet takie dokumenty potrafią zawierać kilkaset stron.

Analiza jest klasycznym etapem umów realizowanych w metodykach kaskadowych (waterfall). Oczywiście jeżeli przedmiot świadczenia jest opisany wyczerpująco w OPZ, realizacja tego etapu może nie mieć uzasadnienia.

Analiza może zmienić zakres świadczeń wykonawcy. Jeżeli zmiana taka jest zgodna z przepisami prawa, jest ona dopuszczalna. Warto w tym miejscu podkreślić, że znowelizowane przepisy ustawy Pzp (nowelizacja z dnia 22 czerwca 2016 r.) w szerszym niż dotychczas zakresie zezwalają na zmiany umowy, w tym także na zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co pozwala znacząco elastyczniej podejść do kwestii zmian, których wprowadzenie okazało się konieczne na etapie analitycznym. Oczywiście warunkiem zmian jest zawsze spełnienie określonych przesłanek oraz niespowodowanie zmiany charakteru umowy ani obejścia prawa (więcej uwag na ten temat w komentarzu do paragrafu opisującego zmiany umowy).

Analiza może ujawnić także okoliczności, które albo znacząco wpłyną na przebieg wdrożenia (np. konieczność przeprowadzenia kosztownej integracji z nietypowymi systemami zamawiającego, brak dostatecznej spójności danych zamawiającego, utrudniający automatyczną realizację migracji do nowego systemu itp.), albo ograniczą funkcjonalność wdrażanego oprogramowania. Po wykonaniu analizy może się więc okazać, że dalsza realizacja umowy jest – z punktu widzenia zamawiającego – niecelowa, bo albo system będzie odbiegał od jego oczekiwań, albo jego wdrożenie nie będzie możliwe w założonym czasie i

budżecie. Ujawnione okoliczności nie muszą przy tym oznaczać możliwości skorzystania przez zamawiającego z jakiegokolwiek ustawowego uprawnienia do odstąpienia wynikającego z przepisów Kodeksu cywilnego, bowiem na tym etapie umowa może być realizowana należycie, a tylko prawidłowo ustalone wnioski z prac analitycznych mogą być dla zamawiającego niekorzystne. W większości przypadków nie będzie także podstaw do odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 Pzp, ponieważ przepis ten przewiduje restrykcyjne przesłanki odstąpienia, warunkując je w szczególności odpadnięciem interesu publicznego stojącego za wykonaniem umowy. Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 Pzp jest możliwe wyłącznie wtedy gdy istotna zmiana okoliczności spowodowała, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub jeżeli dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu bezpieczeństwu państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, w terminie 30 dni od dnia powzięcia informacji o tych okolicznościach. Tymczasem niecelowość dalszego wykonywania projektu może wynikać nie z braku interesu publicznego w wykonaniu danego zamówienia, lecz z braku interesu konkretnego zamawiającego w kontynuacji prac. Jak podkreśla się w doktrynie, interes danego zamawiającego wcale nie musi być tożsamy z interesem publicznym. Z tego punktu widzenia celowe może być zastrzeżenie dla zamawiającego umownego prawa odstąpienia od umowy po wykonaniu analizy. Skorzystanie z tego uprawnienia powinno być pozostawione uznaniu zamawiającego i jego ocenie przydatności systemu wdrażanego na podstawie analizy. Ponieważ odstąpienie od umowy na tej podstawie nie jest związane z nienależytym wykonaniem zobowiązania, powinno mieć ono skutki na przyszłość i nie powinno pozbawiać wykonawcy prawa do wynagrodzenia za wykonane prace.

§ 12.

ODBIORY

1. O ile Umowa nie stanowi inaczej, Odbiorom podlegają rezultaty prac Wykonawcy w podziale na Produkty i Etapy, a Odbiorowi Końcowemu – całość prac w ramach Umowy. Wdrożenie jako część Umowy będzie objęte odrębnym Odbiorem Wdrożenia, potwierdzającym wykonanie całości prac w ramach Wdrożenia, niezależnie od Odbioru Produktów lub Etapów wchodzących w zakres Wdrożenia.
2. Strony potwierdzają, że w zakresie Wdrożenia przedmiotem Umowy jest wykonanie dzieła, a pełna weryfikacja dzieła – w tym jego ewentualna integracja z innym oprogramowaniem oraz wydajność – będzie możliwa wyłącznie po jego całkowitym wykonaniu i przedstawieniu do Odbioru Wdrożenia. Jakiegokolwiek Odbiory poszczególnych Produktów lub Etapów nie wyłączają prawa Zamawiającego do weryfikacji całości Wdrożenia.
3. Odbiór prac wykonanych w trakcie realizacji Umowy polega na weryfikacji, czy przedmiot Odbioru spełnia wymagania określone w Umowie, z uwzględnieniem bardziej szczegółowych wymagań określonych w toku współpracy Stron.
4. Odbiory Produktów oraz Etapów dokonywane są w imieniu Zamawiającego przez Kierownika Projektu / OPCJONALNIE: Komitet Sterujący. Odbiór Wdrożenia oraz Odbiór Końcowy dokonywane są przez Komitet Sterujący.

ZAMIENNIE: Odbiory dokonywane są przez Komisję Odbiorową, w skład której wchodzi _____ *dwóch* przedstawicieli Zamawiającego / Kierownik _____.

5. Za datę Odbioru uważa się datę podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru, chyba że inna data została wskazana w Protokole Odbioru. Protokół Odbioru sporządzony zostanie w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, w dwóch egzemplarzach, po jednym dla każdej ze Stron. O ile z Umowy lub przepisów prawa nie wynika inaczej, jedynie podpisany Protokół Odbioru jest podstawą do dokonania zapłaty odpowiedniej części Wynagrodzenia. Wzór protokołu Odbioru znajduje się w Załączniku nr __ [WZORY PROTOKOŁÓW ODBIORU]. Zamawiający nie dopuszcza jednostronnych Protokołów Odbioru wystawionych przez Wykonawcę.
6. Zamawiający ma prawo do weryfikacji należytego wykonania Umowy dowolną metodą, w tym także z wykorzystaniem opinii zewnętrznego audytora. W szczególności uzgodnienie określonych scenariuszy testowych nie wyklucza prawa do weryfikacji prac innymi testami.
7. Odbiór jest czynnością jednostronną Zamawiającego. Jeżeli w Umowie mowa jest o podmiotach zarządzających realizacją Umowy dokonujących Odbioru (np. Komitet Sterujący) rozumie się przez to przedstawicieli Zamawiającego będących członkami takiego podmiotu.
8. Dokonanie Odbioru nie wpływa na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na mocy przepisów prawa lub Umowy w przypadku nienależytego wykonania Umowy, a w szczególności na prawo naliczenia kar umownych, dochodzenia odszkodowań oraz odstąpienia od Umowy, jeżeli fakt nienależytego wykonania Umowy zostanie ujawniony po dokonaniu Umowy.

9. OPCJONALNIE: Szczegółowe zasady Odbioru opisane są w Załączniku nr __ [TESTY I PROCEDURA ODBIORU].

PRZEKAZANIE DO ODBIORU

10. Wykonawca dokona zgłoszenia gotowości danego świadczenia do Odbioru w terminie określonym Umową, a jeżeli terminu brak – bezzwłocznie po jego wykonaniu. Wykonawca jest zobowiązany przekazać świadczenia w terminie umożliwiającym Odbiór zgodnie z Harmonogramem.
11. W terminie opisanym w Harmonogramie Zamawiający przeprowadzi weryfikację świadczeń, a następnie dokona Odbioru lub zgłosi uwagi. W przypadku zgłoszenia uwag Wykonawca usunie

bezwzględnie wszystkie zgłoszone Błędy lub inne nieprawidłowości i przedstawi świadczenie do ponownego Odbioru. Procedura Odbioru będzie powtarzana do czasu dokonania Odbioru lub odstąpienia od Umowy.

ODBIÓR PRODUKTU

12. Odrębnym Odbiorom podlegają wyłącznie Produkty, co do których Umowa tak stanowi lub ich Odbiór zostanie uzgodniony w Analizie. Pozostałe Produkty i inne świadczenia Wykonawcy są odbierane w ramach Odbioru Etapu, Odbioru Wdrożenia lub Odbioru Końcowego.

ZAMIENNIE: Odrębnemu odbiorowi podlegają wszystkie Produkty opisane Umową lub Analizą.

13. Umowa może przewidywać określone kryteria Odbioru danego Produktu (np. wymagania co do zakresu czy jakości Dokumentacji). Spełnienie takich kryteriów jest warunkiem koniecznym dokonania Odbioru. Kryteria mogą ulec zmianie w drodze zastosowania Procedury Kontroli Zmian.

ODBIÓR OPROGRAMOWANIA – POSTANOWIENIA SZCZEGÓŁOWE

14. Podstawowym kryterium Odbioru Oprogramowania jest brak Błędów oraz brak innych niezgodności z Umową.

15. OPCJONALNIE: Oprogramowanie podlega odrębnej procedurze Odbioru, w tym testom, opisanej w Załączniku nr __ [TESTY I PROCEDURA ODBIORU].
16. OPCJONALNIE: Ilekroć Umowa w Załączniku nr __ [TESTY I PROCEDURA ODBIORU] dopuszcza Odbiór z określoną liczbą Błędów określonej kategorii, takie Błędy będą usunięte przez Wykonawcę w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż określony w SLA. W przypadku przekroczenia tego terminu Zamawiający naliczy kary umowne za niedotrzymanie SLA na takich samych zasadach, jak dla Błędów zgłoszonych w okresie świadczenia Usług Utrzymania.
17. OPCJONALNIE: Ilekroć Umowa w Załączniku nr __ [TESTY I PROCEDURA ODBIORU] przewiduje przeprowadzenie w ramach odbioru testów oprogramowania zgodnie ze scenariuszami testowymi ustalonymi przez Strony, w celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że Zamawiający ma prawo do przetestowania dowolnej funkcjonalności, parametru lub cechy oprogramowania w inny sposób niż w ramach scenariuszy testowych.

KOMENTARZ: Oprogramowanie zazwyczaj jest określane jako odrębny Produkt. Klauzula ma za zadanie wprowadzić dodatkowe wymagania odnośnie odbioru takich Produktów.

ODBIÓR ETAPU

18. Po wykonaniu wszystkich Produktów oraz innych świadczeń wchodzących w skład danego Etapu Wykonawca przedstawi Etap do Odbioru.
19. Odbiór Etapu polega na weryfikacji, czy wszystkie Produkty oraz inne świadczenia wchodzące w skład Etapu zostały należycie zrealizowane.
20. Weryfikacja należytego wykonania Etapu polega na przeprowadzeniu procedury odbiorowej opisanej w Załączniku nr __ [TESTY I PROCEDURA ODBIORU].

ZAMIENNIE: Weryfikacja należytego wykonania Etapu polega na weryfikacji Protokołów Odbiorów Produktów wchodzących w skład Etapu i potwierdzenia wykonania wszelkich prac wchodzących w zakres danego Etapu.

KOMENTARZ: w zależności od projektu etapy mogą mieć przewidziane odrębne testy (np. integracja poszczególnych etapów) opisane w załączniku. Możliwy jest także odbiór wyłącznie formalny, polegający na weryfikacji, czy wszystkie produkty wchodzące w skład etapu zostały odebrane.

ODBIÓR WDROŻENIA

21. Odbiór Wdrożenia ma na celu potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę całości zobowiązań określonych Umową w zakresie Wdrożenia, w szczególności wykonania Systemu.
22. Weryfikacja należytego wykonania Wdrożenia polega na przeprowadzeniu procedury odbiorowej opisanej w Załączniku nr __ [TESTY I PROCEDURA ODBIORU] niezależnie od wcześniejszych Odbiorów poszczególnych Produktów lub Etapów.

ZAMIENNIE: Weryfikacja należytego wykonania Wdrożenia polega na weryfikacji Protokołów Odbiorów Etapów i potwierdzenia wykonania wszelkich prac wchodzących w zakres Wdrożenia.

KOMENTARZ: podobnie jak odbiór poszczególnych etapów, odbiór wdrożenia może być objęty odrębną procedurą lub stanowić formalne potwierdzenie już przeprowadzonych odbiorów. Kluczowe jest upewnienie się zamawiającego, że wszystkie świadczenia opisane umową w zakresie wdrożenia, w szczególności oprogramowanie, zostały wykonane poprawnie.

ODBIÓR KOŃCOWY

23. Po wykonaniu całości świadczeń opisanych Umową Zamawiający dokona Odbioru Końcowego.

OPCJONALNIE: ODBIÓR WARUNKOWY

24. Zamawiający może dokonać Odbioru Warunkowego. W razie dokonania Odbioru Warunkowego Wykonawca usunie wszystkie Błędy lub inne niezgodności z Umową zgłoszone przez Zamawiającego w terminie przyjętym w Warunkowym Protokole Odbioru i przedstawi przedmiot Odbioru do ponownego Odbioru. Jeżeli w ramach ponownej procedury dany przedmiot Odbioru zostanie zaakceptowany, za dzień wykonania uważa się dzień podpisania Warunkowego Protokołu Odbioru.
25. OPCJA I: Odbiór Warunkowy nie uprawnia do wystawienia faktury i Wynagrodzenia.
26. OPCJA II: W przypadku dokonania Odbioru Warunkowego Zamawiający zapłaci Wykonawcy ___% Wynagrodzenia po podpisaniu Warunkowego Protokołu Odbioru, a pozostałe ___% Wynagrodzenia – po usunięciu wszystkich Błędów lub innych niezgodności z Umową zgłoszonych przez Zamawiającego.
27. Jeżeli Zamawiający odmówi Odbioru z powodu nieusunięcia Błędów lub innych niezgodności, Odbiór Warunkowy nie wywołuje żadnych skutków i uważa się za niebyły, a terminem wykonania będzie termin podpisania bezwarunkowego Protokołu Odbioru przez Zamawiającego. Dokonanie Odbioru Warunkowego skutkuje, w zależności od danego przedmiotu Odbioru Warunkowego, przeniesieniem przez Wykonawcę na Zamawiającego majątkowych praw autorskich albo udzieleniem Zamawiającemu przez Wykonawcę licencji na warunkach i w zakresie opisanym w paragrafach regulujących prawa własności intelektualnej. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że realizacja procedury Odbioru Warunkowego, jak i określenie liczby Odbiorów Warunkowych, jest wyłącznie prawem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem.

KOMENTARZ

Dokonanie odbioru jest zobowiązaniem zamawiającego. Taki obowiązek jest ściśle przewidziany w przepisach prawa – w tym wprost w art. 643 k.c. („Zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem”) i potwierdzony orzecznictwem. W praktyce kwestie odbioru budzą jednak wiele sporów i wątpliwości.

Nie ulega wątpliwości, że nie można mówić o obowiązku odebrania dzieła, gdy ma ono wady, zwłaszcza istotne. Na szczególną uwagę zasługuje postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r. (III CZP 8/15) w którym stwierdził on, że „(...) zgodnie z art. 643 k.c., zamawiający ma obowiązek odbioru dzieła – a więc dokonania czynności wyrażającej wolę przyjęcia świadczenia i uznania go za wykonane – nie każdego, lecz tylko takiego, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem. Nie sposób uznać, nawet przy ograniczeniu się do reguł wykładni językowej, aby zamawiający miał obowiązek odebrania dzieła, o którym mowa w art. 643 k.c., i zapłaty wynagrodzenia (art. 642 § 1 k.c.) w razie wydania mu dzieła z wadami istotnymi, a więc takimi, które uniemożliwiają korzystanie z niego zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie”. Taki pogląd był zresztą wielokrotnie wyrażany wcześniej.

Warto zaznaczyć, że w przywołanym postanowieniu sąd odwołuje się do pojęcia wady „istotnej”. Zdecydowanie bardziej dyskusyjną kwestią jest zagadnienie odbioru dzieła z tzw. wadami nieistotnymi, gdzie reprezentowane są odmienne poglądy. Istotą tych wątpliwości jest, czy zamawiający jest zobowiązany do odbioru dzieła, gdy wady nie uniemożliwiają jego eksploatacji – odpowiedź odmowna mogłaby oznaczać sprzeczną z zasadami współżycia społecznego obstrukcję, np. odmowę odbioru wielostronicowej dokumentacji z powodu nielicznych błędów interpunkcyjnych. Granica między wadami istotnymi a nieistotnymi (pomijając nawet fakt uchylecia art. 637 k.c.) jest wyjątkowo nieostra w przypadku projektów informatycznych, gdzie np. błąd jednej litery w kodzie może skutkować wadą określaną jako istotną. Z drugiej strony – istnienie błędów w oprogramowaniu jest zjawiskiem całkowicie powszechnym i w obecnym stanie raczej nieuniknionym. Duże znaczenie ma okoliczność, że to z reguły zamawiającemu zależy, żeby zacząć korzystać z oprogramowania mimo istnienia błędów mniejszej wagi (nieistotnych) – błędy takie mogą być usunięte podczas eksploatacji produkcyjnej i nie powinny wstrzymywać odbioru. Z tego powodu rekomendowane jest zwrócenie szczególnej uwagi na definicje błędów i opracowanie załącznika z procedurą testów oprogramowania, w którym podane będą warunki akceptacji oprogramowania, nawet mimo istnienia określonych błędów. W rozbudowanych systemach można odrębnie określić warunki błędów, np. przy testach użytkowników (UAT) i testach integracyjnych. Inaczej też zazwyczaj definiuje się błędy związane z migracją danych. Kluczowa jest jak najdalej posunięta precyzja w tych definicjach i zwrócenie uwagi, że zbyt rygorystyczne przesłanki akceptacji mogą działać na niekorzyść przede wszystkim zamawiającego.

Należy zwrócić uwagę, że przyjęta we wzorcach definicja błędu odwołuje się do cech oprogramowania i przypadków jego nieprawidłowego działania. Podczas odbiorów mogą wystąpić inne nieprawidłowości, które nie skutkują wystąpieniem błędów w tym znaczeniu (w zależności od definicji, błędem nie musi być np. brak określonej funkcjonalności), dlatego kryterium odbiorów nie powinno zawęzać się jedynie do weryfikacji systemu pod kątem błędów.

Z reguły procedury weryfikacji oprogramowania są bardziej rozbudowane niż innych produktów, w szczególności zawierają wykaz testów – integracyjnych, wydajnościowych, regresji, UAT etc. Mogą też opisywać reguły rozpoczęcia testowania (nie wszystkie systemy mogą być testowane od razu po dostarczeniu danego oprogramowania) czy też poszczególne, przykładowe scenariusze. Standardowe oprogramowanie systemowe oraz standardowe oprogramowanie aplikacyjne może – o ile procedura lub umowa nie stanowi inaczej – zostać odebrane wstępnie tylko ilościowo, po weryfikacji dostarczenia poprawnej zawartości (nośniki, dokumentacja) takiego produktu. Powyższe nie uchyla prawa zamawiającego do weryfikacji poprawności działania tego oprogramowania w późniejszym czasie, w szczególności podczas odbioru etapu lub odbioru wdrożenia.

Odbiór warunkowy może być rozwiązaniem przydatnym dla zamawiającego, który chce rozpocząć korzystanie z oprogramowania, godząc się na niedogodności. Jeżeli wykonawca nie wywiąże się z ustaleń dokonanych w toku warunkowego odbioru, wówczas zamawiający uzyskuje uprawnienie do naliczenia wszelkich kar i wykonania innych uprawnień związanych z niewykonaniem umowy w pierwotnie umówionym terminie. Zaproponowana konstrukcja odbioru warunkowego przewiduje – jako opcję – możliwość dokonania przez zamawiającego części płatności w związku z odbiorem warunkowym w chwili jego dokonania, a pozostałej części płatności – po usunięciu wszystkich błędów lub innych niezgodności z umową

zgłoszonych przez zamawiającego w terminie przyjętym w warunkowym protokole odbioru.

Kolejną kwestią jest uzgodnienie harmonogramu i przypisanie w nim odpowiedniego czasu na odbiory. Jako że to zamawiający ustala reguły odbioru i czas jego realizacji, należy zwrócić szczególną uwagę na wyznaczenie realistycznych terminów pozwalających na należyłą weryfikację przedmiotu danego odbioru. Zarzuty wykonawców wobec zamawiających są w tym zakresie często uzasadnione, a w zależności od sytuacji mogą prowadzić nawet do odstąpienia od umowy.

Należy rozróżnić testowanie oprogramowania w fazie zwykłych prac wdrożeniowych (np. w ramach testów wewnętrznych wykonawcy, testów wspólnych z zamawiającym) od odbioru, czyli czynności zmierzających do potwierdzenia należytego wykonania umowy. Wystąpienie nawet znacznej liczby błędów podczas testów prowadzonych w ramach wdrożenia może być zjawiskiem normalnym, natomiast testy realizowane w ramach odbioru nie powinny wykazać większej liczby błędów o określonych kategoriach. Przekroczenie dopuszczalnych limitów błędów w toku odbiorów oznacza nienależyte wykonanie umowy i jest podstawą do odmowy odbioru oraz skorzystania z mechanizmów przewidzianych przepisami prawa oraz postanowieniami umowy.

Problematyczną kwestią jest relacja odbiorów poszczególnych produktów czy etapu do całości wdrożenia. Chodzi o sytuację zaakceptowania danego produktu i późniejszego wykazywania w nim nieprawidłowości podczas odbioru systemu. Taka sytuacja może mieć miejsce i jest usprawiedliwiona, jeżeli np. zamawiający wykazuje błędy, których wcześniej nie mógł stwierdzić, dotyczące np. integracji czy wydajności. Wątpliwa jest możliwość zgłaszania zastrzeżeń, które modyfikowałyby wcześniejszy zakres odbioru, np. poprzez żądanie dodania nowych funkcjonalności. Może to być teoretycznie możliwe przy braku funkcjonalności jednoznacznie wymaganej w umowie, ale uprzedni odbiór takiego produktu może być uznany za wyraz woli stron co do ukształtowania zakresu obowiązków wykonawcy. Ma to zwłaszcza miejsce w sytuacjach nieostrych, gdy konieczne jest dookreślenie zobowiązań wykonawcy – wtedy odbiór produktu może stanowić takie dookreślenie w ramach umowy. Okoliczność ta ponownie wskazuje na obowiązek zachowania wyjątkowej staranności przy dokonywaniu odbiorów.

Konieczne jest też zwrócenie uwagi na częsty zarzut obstrukcji odbiorów przez zamawiającego. Obstrukcja taka może przejawiać się np. zgłaszaniem niemających pokrycia w umowie uwag, niedotrzymaniem terminów czy niedochowaniem należytej staranności przy procedurach testowych – np. przerywanie testów, niezgłoszenie wszystkich uwag, zgłaszanie uwag do już przeprowadzonych testów itp. Część z tych zagadnień można uregulować procedurą (np. prawo przerywania testów i zwrotu oprogramowania przy stwierdzonym pierwszym błędzie krytycznym), ale takie zachowania zamawiającego mogą prowadzić do obciążenia go za nie odpowiedzialnością i stają się też przedmiotem postępowań sądowych.

§ 13.

GWARANCJA

1. Wykonawca oświadcza, że udziela Zamawiającemu gwarancji na System na zasadach opisanych poniżej.
2. Gwarancja udzielana jest w ramach Wynagrodzenia, a Wykonawcy nie jest należne jakiegokolwiek dodatkowe wynagrodzenie z tytułu wykonania świadczeń gwarancyjnych.
3. Gwarancja udzielona jest na okres _____, począwszy od Odbioru Wdrożenia.

ZAMIENNIE: Gwarancja na każdy Etap jest udzielona na okres _____, począwszy od dnia Odbioru danego Etapu, przy czym nie może skończyć się wcześniej niż po upływie _____ od dnia Odbioru Wdrożenia.

4. Gwarancja udzielona zostaje bez ograniczeń terytorialnych, tj. obejmuje terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i całego świata. Dla uniknięcia wątpliwości przyjmuje się, że Wykonawca usunie wszystkie zgłoszone Błędy nawet pomimo zakończenia okresu gwarancyjnego, o ile zostały one zgłoszone przed zakończeniem terminu obowiązywania gwarancji.
5. W ramach udzielonej gwarancji Zamawiający jest uprawniony do żądania usunięcia Błędów, które ujawnią się w trakcie okresu obowiązywania gwarancji. Wykonawca będzie zobowiązany do usuwania Błędów niezwłocznie, nie później niż w terminie:
 - 1) ___ od otrzymania zgłoszenia Błędu Krytycznego,
 - 2) ___ od otrzymania zgłoszenia Błędu Poważnego,
 - 3) ___ od otrzymania zgłoszenia Błędu Niskiej Kategorii.

6. OPCJONALNIE: W zakresie usuwania Błędów mają zastosowanie zasady (w tym procedura zgłaszania Błędu, analizy Błędu i Odbioru poprawionego Oprogramowania) i parametry (w tym Czas Reakcji, Czas Naprawy) opisane w paragrafie regulującym świadczenie Usług Utrzymania. W przypadku niedotrzymania takich parametrów, Zamawiający naliczy kary umowne za niedotrzymanie SLA zgodnie z paragrafem opisującym kary umowne.

7. Jeżeli Wykonawca stwierdzi, iż przyczyna Błędu leży poza Oprogramowaniem, w szczególności w Infrastrukturze Zamawiającego, Wykonawca nie jest zobowiązany do usunięcia Błędu lecz jest zobowiązany:
 - 1) wskazać przyczynę nieprawidłowego działania Systemu poprzez wskazanie elementu, który ją powoduje, a jeżeli to możliwe także podmiotu odpowiedzialnego za usunięcie takiej nieprawidłowości działania Systemu;
 - 2) w razie zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego – do wsparcia osoby trzeciej usuwającej przyczynę zgłoszenia, w tym udzielenia takiej osobie wszelkich informacji o Oprogramowaniu, potrzebnych do przywrócenia pełnej funkcjonalności Systemu.
8. Powyższe nie ma zastosowania w przypadku, gdy przyczyna Błędu leży poza Oprogramowaniem, ale Wykonawca ponosi odpowiedzialność za jej wystąpienie, w szczególności w przypadku gdy przyczyna Błędu leży w Infrastrukturze Zamawiającego, ale jest skutkiem nieprawidłowej konfiguracji lub parametryzacji Infrastruktury Zamawiającego przez Wykonawcę.

9. OPCJONALNIE: W przypadku stwierdzenia, że przyczyna Błędu leży w Standardowym Oprogramowaniu Systemowym lub Standardowym Oprogramowaniu Aplikacyjnym, Wykonawca jest zobowiązany do wykonania Obejścia, a do usunięcia Błędu jest zobowiązany niezwłocznie po zapewnieniu odpowiedniej poprawki przez producenta Standardowego Oprogramowania Systemowego lub Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego. W celu uniknięcia wątpliwości w takim przypadku wykonanie Obejścia w czasie uzgodnionym na usunięcie Błędu stanowi należyte wykonanie Umowy i nie jest podstawą do naliczenia kar umownych, co nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku usunięcia Błędu po udostępnieniu odpowiedniej poprawki przez producenta oprogramowania.

10. Umowa stanowi dokument gwarancyjny bez konieczności składania dodatkowego dokumentu na okoliczność udzielenia gwarancji.

11. Zamawiający nie jest zobowiązany do wydania Systemu lub jego elementu w celu świadczenia usług gwarancyjnych, w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego o gwarancji.
12. W przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy wywołującym skutek wyłącznie w stosunku do jej części, gwarancja w zakresie Produktów nieobjętych skutkiem odstąpienia rozpoczyna bieg od momentu złożenia oświadczenia o odstąpieniu i trwa _____. Warunki niniejszego paragrafu mają zastosowanie.
13. W zakresie jakichkolwiek utworów dostarczonych przez Wykonawcę w ramach wykonywania gwarancji mają zastosowanie postanowienia paragrafów regulujących prawa własności intelektualnej. Zamawiający nabywa – odpowiednio – autorskie prawa majątkowe lub licencje do utworów dostarczonych w ramach gwarancji.
14. Gwarancja nie wyłącza, nie ogranicza ani nie zawiesza uprawnień Zamawiającego wynikających z przepisów prawa o rękojmi za wady dzieła. Zamawiający uprawniony jest do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi za wady dzieła, niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji.

KOMENTARZ

Gwarancja w odniesieniu do systemu informatycznego może być gwarancją na dzieło w rozumieniu przepisu art. 638 par. 2 k.c. Ze względu na zagwarantowanie bezpieczeństwa zamawiającego wymaga opisanie w umowie i określenia warunków, w szczególności terminów usuwania błędów. Często w umowach zobowiązanie do świadczenia „gwarancji na system” jest w istocie zobowiązaniem do świadczenia usług, w tym usług konsultingowych, co wykracza poza kodeksowe pojęcie gwarancji. W niektórych umowach gwarancja jest w istocie umową utrzymania rozliczaną w cenie wdrożenia.

Należy podkreślić, że z uwagi na odpowiednie stosowanie do gwarancji na dzieło przepisów o gwarancji przy sprzedaży, w poszczególnych przypadkach konieczne jest zwrócenie uwagi na skutki wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego i ewentualne wprowadzenie dodatkowych regulacji adekwatnych do danej sytuacji. Proponowane klauzule nie odnoszą się np. do art. 581 k.c., który przewiduje, że w określonych przypadkach gwarancja rozpoczyna bieg na nowo (np. w przypadku dokonania istotnych napraw). W realiach wdrożeń systemów informatycznych taki mechanizm może nie być możliwy do obsłużenia przez wykonawców, którzy w celu zapewnienia skutku wynikającego z art. 581 § 1 k.c. musieliby wykupić de facto nieograniczone w czasie wsparcie u producentów oprogramowania standardowego.

W proponowanej koncepcji klauzul gwarancja obejmuje przede wszystkim błędy oprogramowania, a nie np. przypadki niezgodności z umową polegające na nieuwzględnieniu określonego parametru czy zakresu funkcjonalnego oprogramowania. Takie okoliczności powinny być badane w ramach procedury odbioru i są elementem weryfikacji należytego wykonania umowy. Zamawiający może także podnieść roszczenia z rękojmi. W odniesieniu do problemów tkwiących w infrastrukturze, która również stanowi element systemu, przewidziane zostały jedynie mocno ograniczone obowiązki wykonawcy (ograniczone do wsparcia przy diagnostyce problemu), ponieważ w modelu umowy przewidzianym wzorcowymi klauzulami, wykonawca nie dostarcza infrastruktury ani nie przyjmuje odpowiedzialności za jej funkcjonowanie.

Gwarancja powinna obejmować zobowiązanie do usunięcia błędów (o poszczególnych kategoriach) w określonym terminie. Możliwe jest odwołanie do SLA i przyjęcie zasad z umowy utrzymaniowej lub opracowanie odrębnego reżimu dla gwarancji. Można wskazać na różne praktyki w tym zakresie, od bardzo ogólnego określania obowiązku usunięcia błędu (np. niezwłocznie), do budowania szczegółowego SLA gwarancyjnego, w podziale na kategorie błędów, analogicznego do stosowanego w ramach utrzymania. Wybór w tym zakresie należy do zamawiającego, który powinien ocenić, na ile istotne w danym przypadku jest określenie lub wzmocnienie reżimu odpowiedzialności gwarancyjnej.

W zależności od projektu może być celowe udzielenie gwarancji, począwszy od dnia odbioru wdrożenia albo od innych odbiorów, jeżeli np. wykonawca oddaje w ramach odbiorów zamknięte moduły funkcjonalne (w ramach wyodrębnionego etapu), z których zamawiający korzysta od dnia odbioru danego modułu (etapu). Ważne jest skoordynowanie terminów upływu gwarancji, aby uniknąć sytuacji, gdy gwarancja za etap I upływa wcześniej niż za etap II, jeżeli te etapy są ze sobą powiązane lub etap II jest rozbudową etapu I. Okoliczność ta powinna być zweryfikowana przez zamawiającego.

Zamawiający nie powinien być zobowiązany do dostarczenia wykonawcy elementów systemu, natomiast umowa może przewidywać w tym zakresie różne mechanizmy, np. w zakresie zdalnego dostępu do oprogramowania czy obowiązków udostępniania określonych środowisk, na których będą diagnozowane i usuwane błędy.

W przypadku (często spotykanym w umowach IT) gdy zakres gwarancji pokrywa się z usługami utrzymania czy wręcz jest węższy od usług utrzymania, istnieje uzasadniona wątpliwość co do celowości przewidywania w umowach wdrożeniowych gwarancji na system, jeżeli równolegle przedmiotem umowy jest nabycie usług utrzymania (serwisu) dla tego systemu. W zdecydowanej większości przypadków zamawiającemu jest wygodniej korzystać z usług utrzymania, dla których zostały jasno zdefiniowane zasady zgłaszania błędów i terminy ich usuwania oraz zostały przewidziane poziomy dostępności czy też inne parametry SLA, a z reguły wartość gwarancji jest kalkulowana w wycenie oferty. Gwarancja na system w tego rodzaju przypadkach de facto pokrywa się więc w dużej części z zakresem świadczonych usług utrzymaniowych. Gwarancja może mieć praktyczne uzasadnienie właściwie tylko w przypadkach, w których dojdzie do rozwiązania umowy w zakresie usług utrzymaniowych, a zamawiający będzie potrzebował określonego wsparcia ze strony dotychczasowego wykonawcy przy dalszym korzystaniu z oprogramowania.

§ 14.

USŁUGI UTRZYMANIA

1. Z dniem Odbioru Wdrożenia Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług Utrzymania na zasadach opisanych poniżej oraz w innych postanowieniach Umowy.
2. Celem Usług Utrzymania jest zapewnienie poprawnego i nieprzerwanego działania Systemu oraz zapewnienie świadczenia dodatkowych usług wspomagających korzystanie z Systemu przez Zamawiającego.
3. Usługi Utrzymania obejmują:
 - 1) zapewnienie poprawnego i nieprzerwanego działania Systemu, w tym usuwanie Błędów, zgodnie z Załącznikiem nr __ [SLA];
 - 2) świadczenie innych usług opisanych Umową.

OPCJONALNIE:

- 3) zapewnienie aktualizacji Standardowego Oprogramowania Systemowego i Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego udostępnianych przez producentów takiego oprogramowania;
- 4) świadczenie usług Service Desk, zgodnie z Załącznikiem nr __ [SLA];
- 5) zapewnienie konsultacji w siedzibie Zamawiającego w wymiarze ___ dni w ciągu każdego miesiąca Usług Utrzymania;
- 6) do uzupełnienia w zależności od projektu.

ZASADY ŚWIADCZENIA USŁUG UTRZYMANIA

4. Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia Usług Utrzymania w miejscu aktualnej lokalizacji Systemu.

5. OPCJONALNIE: Wykonawca może wykonywać Usługi Utrzymania przez zdalny dostęp do Systemu na warunkach określonych w Załączniku nr _ [WYMAGANIA ORGANIZACYJNE ZAMAWIAJĄCEGO].

6. Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Usług Utrzymania w sposób zapobiegający utracie danych Zamawiającego, w tym także tych, do których będzie miał dostęp w trakcie wykonywania usług. W przypadku gdy wykonanie danej czynności przez Wykonawcę lub przez Zamawiającego w oparciu o rekomendację Wykonawcy wiąże się z ryzykiem utraty danych, Wykonawca zobowiązany jest poinformować o tym Zamawiającego przed przystąpieniem do wykonania takiej czynności lub z chwilą przekazania takiej rekomendacji Zamawiającemu.

7. Każdy miesiąc świadczenia Usług Utrzymania będzie potwierdzany odpowiednim raportem. Raport zostanie przygotowany przez Wykonawcę w terminie _____ dni po zakończeniu danego miesiąca i będzie określał co najmniej:

- 1) liczbę zgłoszonych Błędów wraz z opisem dotrzymania lub opóźnienia w SLA,
- 2) wysokość ewentualnych należnych Zamawiającemu kar umownych;
- 3) opis przekazanych uaktualnień, patchy, update'ów, etc;
- 4) na żądanie Kierownika Projektu ze strony Zamawiającego – inne informacje przez niego wskazane.

8. OPCJONALNIE: Raport przygotowany przez Wykonawcę będzie przedmiotem akceptacji Zamawiającego zgodnie z następującą procedurą:

- 1) w terminie do _____ dni od przesłania Zamawiającemu pocztą elektroniczną raportu Zamawiający zweryfikuje raport oraz dokona jego akceptacji albo zgłosi zastrzeżenia;
- 2) w przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń Wykonawca w terminie do _____ dni zobowiązany jest do ich uwzględnienia oraz ponownego przedstawienia raportu do akceptacji;
- 3) procedura akceptacji raportu opisana powyżej powtarzana będzie do czasu zaakceptowania przez

Zamawiającego treści raportu.

9. Usługi Utrzymania, niezależnie od innych postanowień Umowy, będą świadczone zgodnie z następującymi zasadami:

- 1) aktualizacje i poprawki dostarczane Zamawiającemu w ramach Usług Utrzymania (w tym w ramach usuwania Błędów) zawierać będą odpowiednią dokumentację obejmującą w szczególności instrukcje instalacyjne oraz – w odniesieniu do oprogramowania, co do którego Wykonawca zobowiązał się do przekazania kodów źródłowych – także kody źródłowe takich aktualizacji i poprawek;

- 2) OPCJONALNIE: W ramach świadczenia Usług Utrzymania Wykonawca zobowiązany będzie do umożliwienia osobom wskazanym przez Zamawiającego uczestnictwa w pracach Wykonawcy w celu wykształcenia przez te osoby odpowiednich umiejętności oraz kompetencji (know-how), pozwalających na samodzielne utrzymywanie Systemu przez te osoby. Zamawiający oddeleguje w tym celu nie więcej, niż ___ osób o kwalifikacjach _____. Wykonawca będzie zobowiązany zapewnić takim osobom _____.

KOMENTARZ: w przypadku systemów, co do których zamawiający zakłada możliwość przejęcia w utrzymanie przez własny dział IT, konieczne może być wymaganie od wykonawcy zapewnienia możliwości praktycznego szkolenia wykwalifikowanych osób ze strony zamawiającego, poprzez dopuszczenie ich do udziału w pracach wykonawcy.

W takiej sytuacji, aby uniknąć zarzutu niezdefiniowanego zakresu zobowiązań wykonawcy w omawianym zakresie, wskazane jest zdefiniowanie przez zamawiającego liczby i kwalifikacji osób, które mogą być zaangażowane w prace wykonawcy oraz oczekiwań co do zakresu współpracy ze strony wykonawcy. Udział osób oddelegowanych przez zamawiającego nie powinien zakłócać prac wykonawcy, a samo zobowiązanie nie powinno stwarzać stanu niepewności co do zakresu jego zobowiązań, więc umowa powinna precyzować, co konkretnie wykonawca powinien zapewnić (np. dostęp do konkretnych danych, możliwość uczestniczenia w diagnostyce błędów itp.).

ZAPEWNIENIE POPRAWNEGO I NIEPRZERWANEGO DZIAŁANIA OPROGRAMOWANIA

10. Wykonawca odpowiada na zasadzie ryzyka za działanie Systemu zgodnie z parametrami zdefiniowanymi w Załączniku nr _ [SLA], w szczególności zobowiązany jest do usuwania Błędów w Czasie Naprawy.
11. Dla uniknięcia wątpliwości przyjmuje się, że Wykonawca usunie wszystkie zgłoszone Błędy, nawet pomimo zakończenia okresu świadczenia Usług Utrzymania, o ile zostały one zgłoszone przed upływem tego okresu.

KOMENTARZ: poniżej zaprezentowano przykładowe postanowienia dotyczące SLA w zakresie najbardziej typowym, czyli usuwania błędów, natomiast klauzule te powinny być dostosowane do konkretnych przypadków. Nie jest to rekomendowana klauzula, a jedynie przykład.

12. Strony uzgadniają następujące zasady usuwania Błędów:

- 1) Wykonawca zobowiązuje się dotrzymać następujących parametrów:

	Czas Reakcji	Czas Naprawy
Błąd Krytyczny		
Błąd Poważny		

Błąd Niskiej Kategorii		
-------------------------------	--	--

- 2) Wykonawca zapewni przyjmowanie zgłoszeń przez całą dobę przez wszystkie dni w roku (24h/7/365) (lub np. w Godzinach Roboczych, przez które rozumie się godziny od _____ do _____ w Dni Robocze).
 - 3) Czasy wskazane w tabeli powyżej liczone są od chwili dokonania zgłoszenia, w sposób ciągły (lub np. w Godzinach Roboczych).
 - 4) W przypadku wykrycia przez Zamawiającego Błędu Zamawiający dokona jego zgłoszenia oraz nada mu kategorię. Wykonawca zobowiązuje się rejestrować zgłaszane Błędy, wykorzystując rozwiązania umożliwiające raportowanie zgłoszeń wraz z danymi pozwalającymi m.in. na śledzenie czasu ich usunięcia, a w szczególności Czasu Reakcji oraz Czasu Naprawy. Wykonawca będzie przyjmował zgłoszenia przekazywane w następujący sposób:
 - g) za pomocą aplikacji serwisowej (systemu zgłoszeniowego) udostępnionej przez Wykonawcę lub
 - h) przez przesłanie zgłoszenia pocztą elektroniczną na adres: _____, lub
 - i) przez zgłoszenie drogą telefoniczną na numer: _____.
 - 5) Zgłoszenie zawierać będzie posiadane przez Zamawiającego informacje nt. nieprawidłowego działania Oprogramowania istotne w ocenie Zamawiającego dla zdiagnozowania i usunięcia nieprawidłowości w działaniu Oprogramowania. System zgłoszeniowy udostępniony przez Wykonawcę nie może uzależniać rozpoczęcia obsługi zgłoszenia od przekazania innych informacji niż opis Błędu i znane Zamawiającemu okoliczności jego wystąpienia ani nie może wymagać określonego stopnia szczegółowości tych opisów. Zamawiający może dokonać zgłoszenia za pomocą innych kanałów komunikacji wskazanych w niniejszym paragrafie i zgłoszenie dokonane za pomocą każdego z nich jest uznawane za dokonane skutecznie z chwilą, gdy zgłoszenie dotarło do Wykonawcy lub zostało wprowadzone do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że Wykonawca mógł zapoznać się z jego treścią.
 - 6) W razie otrzymania przez Wykonawcę zgłoszenia lub w razie uzyskania przez Wykonawcę wiedzy o wystąpieniu Błędu z innego źródła niż zgłoszenie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany będzie do podjęcia działań zmierzających do usunięcia Błędu. Wykonawca jest zobowiązany do poinformowania Zamawiającego o podjęciu działań w Czasie Reakcji.
 - 7) Wykonawca zobowiązany jest do potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia odpowiednim wpisem w aplikacji serwisowej (dotyczy to również zgłoszeń składanych pocztą elektroniczną lub telefonicznie). Chwila potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia nie ma wpływu na Czas Reakcji lub Czas Naprawy.
 - 8) Czas Naprawy uważa się za dochowany z chwilą zgłoszenia dokonania naprawy, jeżeli Błąd został faktycznie usunięty. Jeżeli okaże się podczas weryfikacji usunięcia Błędu, że Błąd nie został usunięty, Czas Naprawy jest dochowany dopiero z chwilą zgłoszenia poprawki faktycznie usuwającej Błąd.
- KOMENTARZ: Rekomendowane jest określenie w procedurach SLA czasu na weryfikację zgłoszonej poprawki – ewentualne opóźnienia zamawiającego w weryfikacji nie będą opóźnieniem leżącym po stronie Wykonawcy. Procedura weryfikacji błędu powinna zostać zweryfikowana pod kątem możliwości naliczenia kar umownych (możliwe jest np. zatrzymanie liczenia kar umownych w czasie weryfikacji poprawki przez zamawiającego).*
- 9) Jeżeli Wykonawca w Czasie Naprawy dostarczy Obejście, Czas Naprawy wydłuża się o _____ (dwukrotnie).

KOMENTARZ: obejście jest tymczasowym rozwiązaniem problemu, które może być dla zamawiającego satysfakcjonujące przez jakiś czas (w zależności od danego systemu), natomiast nie oznacza definitywnego usunięcia błędu. W praktyce stosowane są mechanizmy, które bądź przedłużają czas naprawy w razie dokonania obejścia (np. czas naprawy wydłuża się dwukrotnie), bądź zawieszają naliczanie kar umownych.

W rozbudowanych SLA możliwe jest stosowanie odrębnego Czasu Obejścia.

- 10) Jeżeli Wykonawca stwierdzi, iż przyczyna Błędu leży poza Oprogramowaniem, w szczególności w Infrastrukturze Zamawiającego, Wykonawca nie jest zobowiązany do usunięcia Błędu w Czasie Naprawy, lecz jest zobowiązany:
- a) wskazać przyczynę nieprawidłowego działania Systemu poprzez wskazanie elementu, który ją powoduje, a jeżeli to możliwe także podmiotu odpowiedzialnego za usunięcie takiej nieprawidłowości działania Systemu;
 - b) w razie zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego – do wsparcia osoby trzeciej usuwającej przyczynę zgłoszenia, w tym udzielenia takiej osobie wszelkich informacji o Oprogramowaniu, potrzebnych do przywrócenia jego pełnej funkcjonalności.
- 11) Powyższe nie ma zastosowania w przypadku, gdy przyczyna Błędu leży poza Oprogramowaniem, ale Wykonawca ponosi odpowiedzialność za jej wystąpienie, w szczególności w przypadku gdy przyczyna Błędu leży w Infrastrukturze Zamawiającego, ale jest skutkiem nieprawidłowej konfiguracji lub parametryzacji Infrastruktury Zamawiającego przez Wykonawcę. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do dotrzymania Czasu Naprawy i innych zobowiązań wynikających z SLA.

12) OPCJONALNIE: W przypadku stwierdzenia, że przyczyna Błędu leży w Standardowym Oprogramowaniu Systemowym lub Standardowym Oprogramowaniu Aplikacyjnym, Wykonawca w Czasie Naprawy jest zobowiązany do wykonania Obejścia, a do usunięcia Błędu jest zobowiązany niezwłocznie po zapewnieniu odpowiedniej poprawki przez producenta Standardowego Oprogramowania Systemowego lub Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego. W celu uniknięcia wątpliwości w takim przypadku wykonanie Obejścia w Czasie Naprawy stanowi należyte wykonanie Umowy i nie jest podstawą do naliczenia kar umownych z tytułu niedochowania Czasu Naprawy, co nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku usunięcia Błędu po udostępnieniu odpowiedniej poprawki przez producenta oprogramowania.

OPCJONALNIE: DOSTĘPNOŚĆ

13. Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia Dostępności Oprogramowania zgodnie z Załącznikiem nr __ [SLA].

OPCJONALNIE: AKTUALIZACJA STANDARDOWEGO OPROGRAMOWANIA SYSTEMOWEGO I APLIKACYJNEGO

14. W przypadku jeżeli producent Standardowego Oprogramowania Systemowego lub Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego udostępni jakiegokolwiek aktualizacje, nowe wersje, patche, zmiany itp. (dalej łącznie zwane aktualizacjami), Wykonawca w ramach Usług Utrzymania zapewni Zamawiającemu takie aktualizacje niezwłocznie po ich udostępnieniu.
15. Decyzja o wykonaniu aktualizacji Oprogramowania należy wyłącznie do Zamawiającego, a Wykonawca nie jest uprawniony do zgłaszania wobec Zamawiającego żądania instalacji danej aktualizacji. Wykonawca może uprzedzić Zamawiającego o konsekwencjach niedokonania aktualizacji.
16. W ramach Usług Utrzymania Wykonawca zapewni usługi wsparcia przy instalacji aktualizacji, obejmujące _____.

ZAKOŃCZENIE USŁUG UTRZYMANIA

17. W zakresie Usług Utrzymania Umowa została zawarta na okres _____.

KOMENTARZ: Umowa w tym zakresie jest umową usługową, która, stosownie do art. 142 ust. 1 Pzp, nie może być zawarta na czas nieoznaczony (i nie ma takiej rynkowej praktyki). Okres usług utrzymania należy do decyzji Zamawiającego, przy czym, stosownie do art. 142 ust. 2 Pzp, nie może być on dłuższy niż 4 lata, chyba że zajdą przesłanki określone w tym przepisie.

18. Zamawiający może wypowiedzieć niniejszą Umowę w odniesieniu do Usług Utrzymania:

- | | |
|----|--|
| 1) | OPCJONALNIE: bez podania przyczyn – z zachowaniem _____ miesięcznego okresu wypowiedzenia; |
|----|--|
- 2) z ważnych powodów – z zachowaniem _____ miesięcznego okresu wypowiedzenia.
Za ważne powody uzasadniające wypowiedzenie Umowy przez Zamawiającego uznawane będą w szczególności następujące sytuacje:
- a) łączna suma kar umownych naliczonych przez Zamawiającego przekroczyła _____;
 - b) niedochowany został w danym miesiącu kalendarzowym Czas Naprawy Błędu Krytycznego więcej niż trzy razy;
 - c) Wykonawca dopuścił się istotnego naruszenia postanowień Umowy, w szczególności w zakresie zasad przetwarzania danych osobowych, zasad zachowania poufności, dostarczenia Zamawiającemu rezultatów obarczonych wadami prawnymi;
 - d) zaszły zmiany organizacyjne Zamawiającego skutkujące tym, że dalsze świadczenie Usług Utrzymania będzie nieuzasadnione gospodarczo.

19. W odniesieniu do Usług Utrzymania Wykonawca może wypowiedzieć niniejszą Umowę tylko z ważnych powodów. Strony wyłączają możliwość wypowiedzenia przez Wykonawcę Umowy z przyczyn innych niż ważne powody. W takiej sytuacji okres wypowiedzenia wynosi _____.

KOMENTARZ: wypowiedzenie z ważnych powodów wynika z kodeksu cywilnego. Rekomendowane jest wprowadzenie takiego okresu wypowiedzenia, który umożliwi zabezpieczenie interesów zamawiającego, np. poprzez zmianę dostawcy. Nie może ono jednak prowadzić do obejścia tego przepisu i wynosić np. dwóch lat.

20. Wypowiedzenie Umowy w zakresie Usług Utrzymania dotyczyć będzie:

- 1) w przypadku wypowiedzenia przez Zamawiającego – całości Usług Utrzymania lub określonej przez Zamawiającego części;
- 2) w przypadku wypowiedzenia przez Wykonawcę – zawsze całości Usług Utrzymania.

KOMENTARZ: konieczne jest w przypadku wypowiedzenia usług w części upewnienie się, czy umowa pozwala skalkulować wynagrodzenie należne wykonawcy po takim częściowym wypowiedzeniu. Może to być możliwe np. w przypadku katalogu usług, gdzie każda usługa ma swoją odrębną wartość lub usługi są rozliczane per lokalizacja.

21. Na żądanie Zamawiającego, zgłoszone po złożeniu przez którąkolwiek ze Stron oświadczenia o wypowiedzeniu, Wykonawca – w ramach Wynagrodzenia za Usługi Utrzymania i na żądanie Zamawiającego – zobowiązany będzie:

- 1) przekazać Zamawiającemu lub osobie trzeciej wskazanej przez Zamawiającego, w terminie 7 dni od przekazania takiego żądania, całości informacji umożliwiających korzystanie z Systemu (loginy, hasła, itp.);

- | |
|---|
| 2) OPCJONALNIE: zapewnić Zamawiającemu lub osobie trzeciej wskazanej przez Zamawiającego, w terminie 7 dni od przekazania takiego żądania, dostęp do systemu zgłoszeniowego Wykonawcy, w tym do repozytorium Błędów wraz z opisem działań podjętych w celu ich usunięcia; |
|---|

KOMENTARZ: jest to przykładowe wymaganie, które może w znaczący sposób ułatwić przejście utrzymania. Nie zawsze tego rodzaju repozytorium będzie prowadzone przez wykonawcę – wprowadzenie takiego wymagania powinno być poprzedzone analizą danego przypadku.

- 3) przeprowadzić transfer wiedzy do Zamawiającego lub osoby trzeciej wskazanej przez Zamawiającego w zakresie, który umożliwi im samodzielną kontynuację działań związanych z utrzymaniem Systemu po wygaśnięciu Umowy;
- 4) do _____ [tu do uzupełnienia pozostałe wymagania zamawiającego].

KOMENTARZ: w zależności od danego przypadku wskazane jest odpowiednie sformułowanie wymagań o charakterze technicznym i organizacyjnym, które ułatwią przejście konkretnych usług utrzymaniowych dla konkretnego systemu.

22. łączny wymiar usług związanych z przekazaniem Usług Utrzymania nie przekroczy ____ godzin.
23. Niezależnie od dalej idących postanowień Umowy, w tym paragrafów regulujących prawa własności intelektualnej, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego wykorzystania lub do przekazania osobie trzeciej, w celu zapewnienia przejęcia Usług Utrzymania, wszelkich Produktów, dokumentów, prezentacji, rezultatów prac Wykonawcy otrzymanych w ramach realizacji Umowy oraz dokumentacji realizacyjnej (np. ustaleń Kierowników Projektu, notatek Komitetu Sterującego etc.).
24. W zakresie jakichkolwiek utworów dostarczonych przez Wykonawcę w ramach Usług Utrzymania mają zastosowanie postanowienia paragrafów regulujących prawa własności intelektualnej. Zamawiający nabywa – odpowiednio – prawa majątkowe lub licencje do utworów dostarczonych w ramach Usług Utrzymania.

KOMENTARZ

Zakres usług utrzymania wynika z OPZ. Standardowo usługi takie polegają na usuwaniu błędów w oprogramowaniu oraz zapewnieniu innych parametrów, takich jak dostępność, wydajność itp. Stosunkowo często w ramach utrzymania zapewniane są aktualizacje oprogramowania standardowego, jednak zamawiający może mieć w tym zakresie odrębną umowę. W rozbudowanych umowach utrzymaniowych spotyka się także inne świadczenia, jak zapewnienie I czy II linii wsparcia, konsultacje, usługi back-up, usługi administracji systemem itp. Umowa musi zostać dostosowana do takich wymagań, w szczególności w przypadku rozbudowanych usług utrzymania rekomendowane jest wprowadzenie załącznika w postaci katalogu usług, gdzie każda usługa może być dokładnie opisana i może zostać jej przyporządkowane określone SLA. W przypadku wprowadzenia takiego załącznika należy umieścić w umowie odwołania do jego treści.

Postanowienia dotyczące SLA mają bardzo różny charakter – od zasad dotyczących czasu usunięcia błędu do bardzo zaawansowanych systemów powiązanych ze sobą wskaźników, metod obliczania poszczególnych parametrów etc. Opisanie parametrów SLA wymaga wiedzy technicznej o funkcjonowaniu danego oprogramowania, o realnych możliwościach i cechach danego produktu. Konstrukcja musi być w pełni dostosowana do danego przypadku nie tylko formalnie, ale przede wszystkim od strony technicznej. Przypisanie skutków nieosiągnięcia danego parametru SLA (np. w postaci kary umownej), wymaga rozważenia wagi poszczególnych parametrów i negatywnych dla zamawiającego skutków ich niedotrzymania. W zdecydowanej większości przypadków uzasadnione jest oparcie odpowiedzialności wykonawcy za dotrzymanie parametrów SLA na zasadzie ryzyka. Tego rodzaju odpowiedzialność wykonawcy zostanie uwzględniona w cenie oferty, w związku z czym zamawiający powinien w sposób adekwatny do swoich uzasadnionych potrzeb kształtować zarówno same parametry SLA, jak i przypisaną do ich niespełnienia odpowiedzialność.

Parametr dostępności jest stosunkowo często stosowany w umowach utrzymaniowych, gdy typowe SLA na czas naprawy może być rozwiązaniem niewystarczającym. Dla zilustrowania problemu można posłużyć się jaskrawym przykładem sytuacji, w której wykonawca wprawdzie wykonuje swoje zobowiązania w zakresie usuwania błędów (np. w terminie 8h od ich zgłoszenia), ale błędy występują codziennie. Dostępność zazwyczaj jest określana jako okres, w którym nie występowały błędy określonej kategorii, np. krytyczne i poważne. Czas

usuwania takich błędów jest czasem niedostępności, a po przekroczeniu określonego poziomu powoduje naliczenie kar umownych. Spotyka się systemy weryfikujące automatycznie czas dostępności 24h na dobę i automatycznie generujące raporty dostępności. Należy zwrócić uwagę, że wielokrotnie parametr dostępności jest ustawiany bardzo restrykcyjnie. Jeżeli zamawiający określi dostępność na poziomie 99% w miesiącu, oznacza to, że maksymalny czas niedostępności (przy miesiącu mającym 30 dni) wynosi 7 godzin i 12 minut. Do rozważenia przez zamawiającego, czy faktycznie potrzebuje tak wysokiego SLA, mając na uwadze wpływ takiego zobowiązania na wynagrodzenie i oferty wykonawców. Wprowadzenie SLA zarówno na czas naprawy jak i dostępność jest rekomendowaną praktyką. Istotne jest skoordynowanie tych parametrów, aby nie doprowadzić do sytuacji, kiedy zgodnie z SLA czas naprawy błędu krytycznego wynosi 24h, a czas gwarantowanej dostępności systemu - 99%, czyli 7 godzin 12 minut dla wszystkich błędów zgłoszonych w danym miesiącu. Oznaczałoby to fikcję SLA na czas naprawy, choć przy bardzo rozbudowanych umowach taka konstrukcja w wyjątkowych sytuacjach może mieć uzasadnienie, np. przy innym reżimie kar umownych.

Należy pamiętać, że istnieją obszary, w które wykonawca z definicji nie będzie w stanie zaingerować, takie jak standardowe oprogramowanie systemowe (a czasem aplikacyjne) zewnętrznego producenta. Jeżeli błąd został spowodowany problemem tkwiącym w takim oprogramowaniu, wykonawca z reguły nie jest w stanie go usunąć i musi polegać na cyklu produkcyjnym danego producenta, który udostępni odpowiednią poprawkę. Należy podkreślić, że fakt wykorzystania w danym systemie oprogramowania osób trzecich nie może stanowić podstawy do uchylenia się przez wykonawcę od podjęcia jakichkolwiek czynności w systemie w razie stwierdzenia błędu. Zamawiający powinien oczekiwać co najmniej wskazania źródła problemu (np. błędu oprogramowania standardowego) i – w zależności od danego przypadku – może oczekiwać, że wykonawca wprawdzie nie usunie błędu, ale wykona obejście, czyli zapewni realizację danej funkcjonalności w sposób tymczasowy i być może w niepełnym zakresie, ale tak, by umożliwić osiągnięcie celu, który miał być zrealizowany przez oprogramowanie. Zamawiający może także oczekiwać udzielenia przez wykonawcę niezbędnego wsparcia przy usuwaniu danego problemu przez osoby trzecie – oczywiście w zakresie kompetencji i możliwości wykonawcy.

Z punktu widzenia zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego w większości przypadków konieczne jest zdefiniowanie w SIWZ możliwości zdalnego dostępu do systemu (np. w celu zdalnej diagnostyki lub usuwania błędów) oraz określenie zasad takiego dostępu, jeżeli zamawiający posiada w tym zakresie jakieś szczególne ograniczenia czy polityki. Jest to jeden z elementów, który może mieć istotny wpływ na cenę oferty, ponieważ np. w razie braku możliwości zdalnego dostępu do zasobów informatycznych zamawiającego, wykonawca powinien skalkulować konieczność zaangażowania dodatkowych środków i osób wykonujących określone czynności w miejscu posadowienia systemu. Zapisy te mogą ulec istotnej modyfikacji jeżeli np. wykonawca posiada własne środowiska, na którym zainstalowana jest kopia oprogramowania.

Przekazanie utrzymania innemu podmiotowi lub samemu zamawiającemu, jeżeli dysponuje on odpowiednimi kompetencjami i zasobami, jest elementem kluczowym ze względu na konieczność dążenia przez zamawiającego do uniknięcia tzw. vendor lock-in, czyli zmonopolizowania przez wykonawcę i wymuszenia ciągłości świadczenia przez niego usług. W zależności od danego systemu oraz zakresu usług wykonawcy proces ten może wymagać różnych działań i świadczeń. Przykładowo w przypadku utrzymania systemu składającego się wyłącznie lub w znacznej większości ze standardowego oprogramowania utrzymanie może być przejęte w stosunkowo prosty sposób, ponieważ w samym systemie nie został w istotnym zakresie wykorzystany know-how wykonawcy, a więc utrzymanie w zakresie standardowego produktu może być świadczone przez jakiegokolwiek partnera producenta lub przez producenta bezpośrednio, w zależności od modelu sprzedaży tego rodzaju świadczeń. Natomiast w przypadku skomplikowanych systemów, które były w istotny sposób współtworzone przez wykonawcę – przez dostarczenie własnego oprogramowania dedykowanego, modyfikacje oprogramowania standardowego lub jego parametryzację – przekazanie wiedzy wykonawcy innemu podmiotowi jest bardziej skomplikowane. Może tak być nie tylko z uwagi na niechęć wykonawcy do ujawnienia konkurentowi swojego know-how, ale także ze względu na czysto techniczne i organizacyjne uwarunkowania, takie jak wiedza, doświadczenie i umiejętności zespołu usług utrzymania. Przekazanie ich wiedzy i doświadczeń może więc wymagać wielu dni szkoleń, konsultacji i współpracy z nowym wykonawcą lub zamawiającym. Nie można przy tym oczekiwać od dotychczasowego wykonawcy, że w ramach świadczenia usług przekazania utrzymania weźmie odpowiedzialność za rezultat w postaci uzyskania odpowiednich umiejętności przez nowego wykonawcę, bowiem dotychczasowy wykonawca nie może mieć żadnego wpływu na to, jakimi kompetencjami i zdolnościami będzie dysponował podmiot przejmujący

utrzymanie. Tak więc w zależności od danego przypadku, zamawiający powinien przewidzieć maksymalny zakres mechanizmów umożliwiających przejęcie utrzymania, takich jak przekazanie praw do produktów wykonawcy, odpowiednie udokumentowanie kodów źródłowych, udostępnienie repozytorium błędów wraz z opisem procesu ich usuwania etc. Tu jednak konieczne jest pozyskanie czysto technicznej i organizacyjnej wiedzy, w celu ustalenia, jakie konkretnie czynności, produkty, dokumenty etc. mogą zamawiającemu ułatwić przejęcie usług utrzymania lub przekazanie ich świadczenia innemu podmiotowi. Ważne jest, aby wszelkie obowiązki wykonawcy w tym zakresie były zdefiniowane wyraźnie w SIWZ i równocześnie, aby ich katalog był przemyślany i rzeczywiście uzasadniony, bowiem będzie to niewątpliwie jeden z czynników mających wpływ na cenę zaoferowaną przez wykonawcę.

Konstruując zapisy o gwarancji i utrzymaniu, należy zwrócić uwagę na komentarz związany z zabezpieczeniem należytego wykonania Umowy. Zgodnie z jego treścią, może okazać się zasadne i rekomendowane przedłużenie okresu rękojmi na czas utrzymania.

§ 15.

USŁUGI ROZWOJU

1. Usługi Rozwoju zostały szczegółowo opisane w OPZ.
2. Usługi Rozwoju będą zlecane przez Zamawiającego zgodnie z następującą procedurą:

1) Zamawiający przekaże Wykonawcy zlecenie Usług Rozwoju, w którym określi:

- a) przedmiot Usług Rozwoju;
- b) oczekiwany termin wykonania Usług Rozwoju.

2) Wykonawca w terminie ___ dni od otrzymania zlecenia Zamawiającego wystosuje do Zamawiającego odpowiedź obejmującą:

- a) wskazanie liczby ___ [roboczogodzin, roboczodni lub innych jednostek przyjętych przez Zamawiającego] koniecznych do wykonania zleconych Usług Rozwoju;
- b) potwierdzenie terminu realizacji zleconych Usług Rozwoju lub propozycję nowego terminu.

3) Zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi Wykonawcy może:

- a) potwierdzić zlecenie Usług Rozwoju zgodnie z treścią zlecenia i odpowiedzi Wykonawcy, albo
- b) złożyć oświadczenie o rezygnacji z realizacji danych Usług Rozwoju objętych zleceniem, albo
- c) zaprosić Wykonawcę do negocjacji celem ustalenia zakresu, pracochłonności i terminu realizacji Usług Rozwoju.

4) Wszelkie oświadczenia składane w toku powyższej procedury przez Zamawiającego i Wykonawcę powinny być dokonane w formie pisemnej, pod rygorem nieważności.

KOMENTARZ

Konieczne jest ustalenie formy komunikacji i osób upoważnionych do składania oświadczeń w toku zamawiania prac rozwojowych. W praktyce często oświadczenia tego rodzaju dokonywane są przez kierowników projektu, pocztą elektroniczną na wskazane w umowie adresy, jednak w umowie o zamówienie publiczne dla bezpieczeństwa wskazane jest zachowanie formy pisemnej. Zlecenie usług rozwoju w określonym wymiarze stanowi bowiem skorzystanie z prawa opcji w zakresie objętym zleceniem, w związku z czym kształtuje ostateczny zakres zamówienia oraz określa wydatkowane przez zamawiającego środki.



§ 16.

PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ – POSTANOWIENIA OGÓLNE

1. Wykonawca oświadcza, że na podstawie Umowy – odpowiednio – przeniesie na Zamawiającego majątkowe prawa autorskie lub zapewni udzielenie / udzieli mu licencji opisanych Umową, lub w inny sposób opisany Umową upoważni go do korzystania ze wszystkich dóbr własności intelektualnej wykonanych lub dostarczonych w ramach Umowy. Celem jest zapewnienie Zamawiającemu możliwości korzystania z Systemu w sposób i w celu opisanym w Umowie. Wszystkie oświadczenia Wykonawcy i zapisy Umowy należy interpretować zgodnie z powyższym celem Umowy.
2. Wykonawca jest świadomy, że celem Zamawiającego jest możliwość samodzielnego lub za pomocą osób trzecich utrzymania i rozwoju Oprogramowania. Wykonawca oświadcza, że warunki, na których Oprogramowanie jest udostępniane Zamawiającemu, nie zawierają ograniczeń, które uniemożliwiałyby dokonanie takich czynności.
3. Wykonawca oświadcza, że przekazane w ramach Umowy dobra własności intelektualnej nie będą posiadały żadnych wad prawnych ani nie będą ograniczać Zamawiającego w korzystaniu z tych dóbr w inny sposób niż wyraźnie opisany Umową. Wykonawca pokryje wszelkie opłaty, koszty, odszkodowania lub zadośćuczynienia, które będzie musiał zapłacić Zamawiający, jeżeli powyższe zapewnienia nie okażą się prawdziwe.
4. W celu uniknięcia wątpliwości Strony zgodnie postanawiają, że w przypadku, w którym możliwa jest modyfikacja sposobu działania Oprogramowania za pomocą wbudowanych lub dostarczonych narzędzi, w tym parametryzacja i konfiguracja Oprogramowania, tworzenie raportów itp. Zamawiający uprawniony jest do dokonania takich czynności bez konieczności zawierania odrębnych umów lub ponoszenia dodatkowych opłat, chyba że obowiązek zawarcia dodatkowej umowy lub dodatkowych opłat wyraźnie wynika z treści Umowy.
5. W zakresie, w jakim z brzmienia Umowy lub właściwości Oprogramowania wynika, że Oprogramowanie lub jego komponenty (np. aplikacja użytkownika końcowego, skrypty, applety, inne elementy stron internetowych lub ekrany interfejsu użytkownika) przeznaczone są do udostępnienia osobom trzecim, udzielone lub zapewniane przez Wykonawcę upoważnienie (licencja) na korzystanie z Oprogramowania obejmuje również obrót takim Oprogramowaniem lub jego komponentami, w tym ich wprowadzenie do obrotu, użyczenie lub najem, a także inne rozpowszechnienie, w tym publiczne wykonywanie, wystawianie, wyświetlanie, odtwarzanie, a także publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym. W zakresie, w jakim jest to niezbędne dla zapewnienia zgodnego z prawem korzystania z komponentów Oprogramowania przez osoby trzecie, Zamawiający jest uprawniony do udzielania takim osobom sublicencji.
6. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że warunki korzystania z Oprogramowania są zgodne z wymaganiami opisanymi w Umowie, w tym co do okresu korzystania, ograniczeń ilościowych (lub ich braku), takich jak liczba stanowisk komputerowych, użytkowników lub serwerów. Jeżeli z Umowy nie wynika wyraźnie co innego, ilekroć Umowa przewiduje udzielenie licencji lub zapewnienie licencji na Oprogramowanie, licencja taka udzielana jest na czas nieoznaczony i nie jest terytorialnie ograniczona, w szczególności uprawnia do korzystania z Oprogramowania na terytorium Polski i całego świata, a Zamawiający jest uprawniony do korzystania z Oprogramowania bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń co do liczby użytkowników oraz urządzeń komputerowych, na których instalowane lub uruchamiane będzie Oprogramowanie.

7. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że warunki korzystania z Oprogramowania nie wymagają ponoszenia dodatkowych opłat na rzecz Wykonawcy lub producentów takiego Oprogramowania. Wynagrodzenie obejmuje całość wynagrodzenia za korzystanie z Oprogramowania.
8. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że jeżeli w ramach opłat należnych producentowi Oprogramowania mieści się opłata za jakiegokolwiek dodatkowe świadczenia, w szczególności dostarczanie aktualizacji lub poprawek błędów lub inne usługi serwisowe, nieprzedłużenie korzystania z tych świadczeń przez Zamawiającego nie może powodować ustania licencji na korzystanie z Oprogramowania lub uprawniać do wypowiedzenia umowy licencyjnej.
9. Wykonawca dostarczy Oprogramowanie na informatycznych nośnikach danych lub w innej postaci umożliwiającej prawidłową instalację tego Oprogramowania oraz certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia najpóźniej w dacie Odbioru tego Oprogramowania, chyba że z Umowy wynika inna data przekazania.
10. Informatyczne nośniki danych, kopie, certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia, o których mowa w poprzednim ustępie, powinny być zgodne z wymaganiami określonymi przez producenta Oprogramowania. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji, czy certyfikaty autentyczności, klucze instalacyjne oraz inne dokumenty i zabezpieczenia są wystarczające i zgodne z wymogami określonymi przez producenta. W tym celu Zamawiający może zwracać się do osób trzecich, w tym producenta Oprogramowania.
11. Wykonawca zapewnia, że korzystanie z Oprogramowania podczas realizacji i na cele Umowy, w szczególności w okresie testów, nie będzie naruszać praw osób trzecich i nie będzie wymagało żadnych opłat na rzecz takich osób. Gdyby okazało się to konieczne, Wykonawca w ramach Wynagrodzenia udzieli lub zapewni udzielenie stosownej licencji na czas realizacji Umowy obejmującej prawo korzystania z Oprogramowania na potrzeby realizacji Umowy do czasu uzyskania – odpowiednio – praw majątkowych lub docelowych licencji opisanych Umową. Prawo do korzystania obejmuje w szczególności trwałe lub czasowe zwielokrotnianie Oprogramowania w całości lub w części, a także tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian do Oprogramowania.
12. Wykonawca oświadcza, że posiada uprawnienia niezbędne do korzystania z Oprogramowania w celu wykonania Umowy. W przypadku przejścia praw majątkowych do Oprogramowania Dedykowanego na Zamawiającego, o ile okaże się to konieczne, Zamawiający udzieli Wykonawcy licencji na korzystanie z Oprogramowania Dedykowanego w celu świadczenia usług opisanych Umową. Licencja taka obejmie prawo do zwielokrotniania Oprogramowania Dedykowanego w całości lub w części oraz tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub wprowadzanie innych zmian do Oprogramowania dedykowanego wyłącznie w zakresie, w jakim jest to niezbędne do wykonania zobowiązań wynikających z Umowy.
13. W przypadku, w którym w wyniku świadczenia przez Wykonawcę gwarancji, Usług Utrzymania lub Usług Rozwoju dojdzie do zmiany Oprogramowania, Dokumentacji lub innych utworów, postanowienia umowne dotyczące odpowiednio przeniesienia praw lub udzielenia licencji na Oprogramowanie, Dokumentację lub inne utwory poddane zmianom stosuje się odpowiednio do takich zmian. Przeniesienie praw lub udzielenie licencji następuje z chwilą odbioru takich zmian.
14. Wykonawca zobowiązuje się i gwarantuje, że osoby uprawnione z tytułu autorskich praw osobistych do utworów objętych postanowieniami Umowy nie będą wykonywać tych praw w stosunku do Zamawiającego lub osób trzecich działających na zlecenie Zamawiającego.

15. Jakiegokolwiek postanowienie Umowy, w tym załączników do niej, nie ogranicza uprawnień Zamawiającego wynikających z obowiązujących przepisów prawa, w tym z art. 75 ust. 1 do 3 Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.
-

§ 17.

PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ – STANDARDOWE OPROGRAMOWANIE SYSTEMOWE

1. Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć Standardowe Oprogramowanie Systemowe zgodnie z specyfikacją określoną w Załączniku nr __ [SPECYFIKACJA STANDARDOWEGO OPROGRAMOWANIA SYSTEMOWEGO]. Warunki korzystania przez Zamawiającego ze Standardowego Oprogramowania Systemowego są określone w Załączniku nr _ [WARUNKI LICENCYJNE STANDARDOWEGO OPROGRAMOWANIA SYSTEMOWEGO]. Wykonawca zobowiązuje się udzielić lub zapewnić udzielenie licencji na warunkach opisanych w Załączniku.

KOMENTARZ: załącznik z warunkami licencyjnymi na standardowe oprogramowanie systemowe nie będzie tworzony przez zamawiającego, lecz będzie obejmował warunki standardowe wskazane przez wykonawcę, złożone wraz z ofertą jako dokument potwierdzający, że oferowane oprogramowanie spełnia wymagania zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zamawiający musi uzyskać pewność, że warunki zapewniane przez producenta oprogramowania odpowiadają postawionym w SIWZ wymaganiom. Jeżeli w treści standardowych warunków licencyjnych znajdują się postanowienia sprzeczne z wymaganiami zamawiającego, będzie to stanowiło podstawę odrzucenia oferty wykonawcy. Oznacza to jednak, że zamawiający powinien świadomie kształtować wymagania co do standardowego oprogramowania, uwzględniając swoje rzeczywiste potrzeby oraz realia rynkowe. Postawienie wymagań nadmiernych musi bowiem doprowadzić do konieczności odrzucenia ofert obejmujących standardowe warunki producentów nieobejmujące takich wymagań. Przykładem może być sytuacja, w której zamawiający wymagałby nieograniczonego uprawnienia do rozpowszechniania oprogramowania. Praktycznie wszystkie standardowe warunki licencyjne są z takim wymaganiem sprzeczne, a więc w praktyce najprawdopodobniej konieczne byłoby odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

2. Uprawnienia z licencji na korzystanie ze Standardowego Oprogramowania Systemowego Zamawiający nabywa z chwilą jego Odbioru.

KOMENTARZ: decyzja dotycząca wyboru chwili nabycia uprawnień licencyjnych należy do zamawiającego. Można wskazać różne momenty w zależności od potrzeb w danym projekcie – od zawarcia umowy, po odbiór wdrożenia. Z pewnością należy dokładnie rozważyć, jakie konsekwencje wiążą się z uzyskaniem licencji, ponieważ w danym przypadku, poza samym uzyskaniem uprawnienia, może to oznaczać także konieczność ponoszenia kosztów, np. serwisu producenta.

§ 18.

PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ – STANDARDOWE OPROGRAMOWANIE APLIKACYJNE

1. Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne zgodnie ze specyfikacją określoną w Załączniku nr __ [SPECYFIKACJA STANDARDOWEGO OPROGRAMOWANIA APLIKACYJNEGO] oraz udzielić lub zapewnić udzielenie licencji na poniższych warunkach, z uwzględnieniem treści Umowy.
2. Uprawnienia z licencji na korzystanie ze Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego Zamawiający nabywa z chwilą *jego Odbioru*.

KOMENTARZ: do decyzji Zamawiającego, zgodnie z wcześniejszymi uwagami.

WARIANT 1: STANDARDOWE WARUNKI LICENCYJNE – ODEŚLANIE DO ZAŁĄCZNIKA

3. Warunki korzystania przez Zamawiającego ze Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego są określone w Załączniku nr __ [WARUNKI LICENCYJNE STANDARDOWEGO OPROGRAMOWANIA APLIKACYJNEGO].

KOMENTARZ: analogicznie jak w przypadku standardowego oprogramowania systemowego, warunki te powinny być dostarczone przez wykonawcę i przeanalizowane pod kątem zgodności z SIWZ.

WARIANT 2 (REKOMENDOWANY): WARUNKI LICENCJI W UMOWIE

4. Licencja na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne obejmuje trwałe lub czasowe zwielokrotnianie Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, w tym zwielokrotnianie dokonywane podczas wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania lub przechowywania Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego, w tym także utrwalanie i zwielokrotnianie dowolną techniką, w tym techniką zapisu magnetycznego lub techniką cyfrową, taką jak zapis na płycie CD, DVD, Blu-ray, urządzeniu z pamięcią flash lub jakimkolwiek innym nośniku pamięci.

OPCJONALNIE do wariantu 2: **modyfikowanie Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego**

5. Licencja na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne obejmuje:

- 1) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w Standardowym Oprogramowaniu Aplikacyjnym;
- 2) zezwolenie na wykonywanie zależnych praw autorskich do wszelkich opracowań Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego, to jest rozporządzanie i korzystanie z takich opracowań w zakresie wszystkich uprawnień nabytych przez Zamawiającego stosownie do postanowień niniejszego paragrafu.

6. Tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w Standardowym Oprogramowaniu Aplikacyjnym może być dokonane przez Zamawiającego lub osobę trzecią działającą na jego rzecz.

UDOSTĘPNIANIE CAŁOŚCI STANDARDOWEGO OPROGRAMOWANIA APLIKACYJNEGO INNYM PODMIOTOM (ROZPOWSZECHNIANIE) – KOMENTARZ

Możliwa jest sytuacja, w której zamawiający ma zamiar rozpowszechnić oprogramowanie i upoważnić inne podmioty (np. poszczególne jednostki samorządu terytorialnego) do korzystania z oprogramowania, w tym poprzez możliwość jego powielenia na komputerach innych podmiotów. Tak daleko idąca licencja może być z punktu widzenia wykonawcy nie do zaakceptowania lub może powodować istotny wzrost ceny – wykonawca musi się liczyć z faktem, że inne podmioty będą mogły korzystać z oprogramowania bez opłaty dodatkowego wynagrodzenia. Zasady takiego rozpowszechniania (jakim podmiotom i w jakim zakresie) muszą być każdorazowo dokładnie zbadane i znaleźć swoje odzwierciedlenie w umowie. Ze względu na wiele możliwych do zastosowania modeli, jak i znaczenie takiej klauzuli nie podajemy jej jako wzorca, jako że w przypadku potrzeby jej zamieszczenia wymagane jest indywidualne określenie jej treści. Tytułem przykładu wskazujemy poniżej szeroką klauzulę, która może być podmiotowo ograniczana w zależności od celów zamawiającego.

PRZYKŁADOWA KLAUZULA:

Udzielona licencja obejmuje również obrót Oprogramowaniem (OPCJA: tylko Standardowym Oprogramowaniem Aplikacyjnym), w tym wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem Oprogramowania, a także rozpowszechnianie Oprogramowania w inny sposób, w tym jego publiczne wykonywanie, wystawianie, wyświetlanie, odtwarzanie, a także publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym.

Dla uniknięcia wątpliwości, Strony potwierdzają, że w granicach uprawnienia wskazanego w poprzednim ustępie Zamawiający może również udzielać sublicencji odbiorcom takiego Oprogramowania, obejmującej korzystanie z tego Oprogramowania zgodnie z przeznaczeniem.

OPCJONALNIE: Strony uzgadniają, że rozpowszechnianie, o którym mowa powyżej, jest ograniczone do następujących podmiotów: _____ (np. jednostki samorządu terytorialnego, spółka celowa itp.).

§ 19.

PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ – OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE

1. Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Oprogramowania Dedykowanego na następujących polach eksploatacji:

- 1) trwałe lub czasowe zwielokrotnianie Oprogramowania Dedykowanego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, w tym zwielokrotnianie Oprogramowania Dedykowanego dokonywane podczas wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania lub przechowywania Oprogramowania Dedykowanego, w tym także utrwalanie i zwielokrotnianie Oprogramowania Dedykowanego dowolną techniką, w tym techniką zapisu magnetycznego lub techniką cyfrową, taką jak zapis na płycie CD, DVD, Blu-ray, urządzeniu z pamięcią flash lub jakimkolwiek innym nośniku pamięci;
- 2) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w Oprogramowaniu Dedykowanym;
- 3) obrót Oprogramowaniem Dedykowanym, w tym wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem Oprogramowania Dedykowanego, a także rozpowszechnianie Oprogramowania Dedykowanego w inny sposób, w tym jego publiczne wykonywanie, wystawianie, wyświetlanie, odtwarzanie, a także publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym.

2. Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego:

- 1) prawo zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich do wszelkich opracowań Oprogramowania Dedykowanego (lub jego poszczególnych elementów), tj. prawo zezwalania na rozporządzanie i korzystanie z takich opracowań na polach eksploatacji wskazanych powyżej;
 - 2) własność wydanych Zamawiającemu nośników, na których zostało utrwalone Oprogramowanie Dedykowane (lub jego poszczególne elementy),
3. Przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego praw, o których mowa powyżej, nastąpi z chwilą Odbioru Oprogramowania Dedykowanego. W protokole odbioru danego Etapu lub Produktu strony wskażą elementy Oprogramowania Dedykowanego jakie podlegają obiorowi. Niezależnie od powyższego, Zamawiający jest uprawniony do korzystania z Oprogramowania Dedykowanego w zakresie uprawnień wskazanych w poprzednich ustępach od daty jego instalacji w Infrastrukturze Zamawiającego, do daty nabycia autorskich praw majątkowych przez Zamawiającego, a Wykonawca

zapewnia, że korzystanie takie nie będzie naruszać praw osobistych lub majątkowych Wykonawcy ani osób trzecich i nie będzie powodować obowiązku zapłaty jakichkolwiek dodatkowych opłat.

KOMENTARZ: analogicznie, jak w przypadku licencji na inne rodzaje oprogramowania, moment nabycia praw do decyzji Zamawiającego, przy czym w tym przypadku z nabyciem prawa zazwyczaj nie wiążą się praktycznie żadne ryzyka, poza ewentualną koniecznością zapłaty wynagrodzenia, w zależności od ukształtowania postanowień o płatnościach.

OPCJONALNIE: **udzielenie licencji** (stosowane wyjątkowo, jeżeli nabycie praw nie ma uzasadnienia ekonomicznego)

4. Wykonawca udzieli Zamawiającemu licencji na następujących polach eksploatacji obejmujących:

- 1) trwale lub czasowe zwielokrotnianie Oprogramowania Dedykowanego w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, w tym zwielokrotnianie Oprogramowania Dedykowanego dokonywane podczas wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania lub przechowywania Oprogramowania Dedykowanego, w tym także utrwalanie i zwielokrotnianie Oprogramowania Dedykowanego dowolną techniką, w tym techniką zapisu magnetycznego lub techniką cyfrową, taką jak zapis na płycie CD, DVD, Blu-ray, urządzeniu z pamięcią flash lub jakimkolwiek innym nośniku pamięci;
- 2) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w Oprogramowaniu Dedykowanym;
- 3) obrót Oprogramowaniem Dedykowanym, w tym wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem, Oprogramowania Dedykowanego, a także rozpowszechnianie Oprogramowania Dedykowanego w inny sposób, w tym jego publiczne wykonywanie, wystawianie, wyświetlanie, odtwarzanie, a także publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym.

5. Licencja udzielana Zamawiającemu obejmuje również:

- 1) zezwolenie na wykonywanie zależnych praw autorskich do wszelkich opracowań Oprogramowania Dedykowanego (lub jego poszczególnych elementów), tj. prawo rozporządzania i korzystania z takich opracowań, na polach eksploatacji wskazanych powyżej;
- 2) uprawnienie Zamawiającego do udzielania sublicencji na Oprogramowanie Dedykowane.

6. Wykonawca przeniesie na Zamawiającego własność nośników, na których zostało utrwalone Oprogramowanie Dedykowane (lub jego poszczególne elementy), z chwilą wydania tych nośników Zamawiającemu.

7. Licencja, o której mowa powyżej, udzielana jest bez ograniczeń co do celu lub sposobu korzystania z Oprogramowania Dedykowanego, w tym umożliwi Zamawiającemu korzystanie z Oprogramowania Dedykowanego we własnej infrastrukturze technicznej, w infrastrukturze udostępnianej Zamawiającemu przez osoby trzecie.

8. Uprawnienia z licencji, o której mowa powyżej, Zamawiający nabywa z chwilą Odbioru Oprogramowania Dedykowanego.

[KOMENTARZ: jw. odnośnie do chwili nabycia uprawnień]

§ 20.

POZOSTAŁE POSTANOWIENIA DOTYCZĄCE WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

DOKUMENTACJA STANDARDOWA

1. Licencja na korzystanie z Dokumentacji dotyczącej Standardowego Oprogramowania Systemowego lub Aplikacyjnego obejmuje prawa Zamawiającego co najmniej w następującym zakresie:

- 1) trwałe lub czasowe zwielokrotnianie Dokumentacji w całości lub w części dla wewnętrznych potrzeb Zamawiającego związanych z korzystaniem z tego Oprogramowania, w tym utrwalanie i zwielokrotnianie takiej Dokumentacji dowolną techniką, w tym techniką zapisu magnetycznego lub techniką cyfrową, taką jak zapis na płycie CD, DVD, Blu-ray, urządzeniu z pamięcią flash lub jakimkolwiek innym nośniku pamięci;
- 2) udostępnienie takiej Dokumentacji użytkownikom końcowym w zakresie w jakim wynika to z charakteru danej dokumentacji lub jej części, a także udostępnianie takiej dokumentacji innym osobom działającym na rzecz Zamawiającego, takim jak dostawcy usług informatycznych, w tym usług serwisowych lub usług rozwoju systemów informatycznych Zamawiającego.

2. Udzielenie przez Wykonawcę licencji na Dokumentację, o której mowa powyżej, nastąpi z chwilą jej wydania Zamawiającemu.

3. O ile Umowa wyraźnie nie stanowi inaczej, licencje na Dokumentację udzielane są bez ograniczeń czasowych i terytorialnych.

4. W zakresie nieuregulowanym w poprzednich ustępach do licencji na Dokumentację dotyczącą Standardowego Oprogramowania Systemowego lub Aplikacyjnego stosuje się odpowiednio postanowienia Umowy dotyczące takiego Oprogramowania, w tym postanowienia dotyczące wypowiedzenia licencji na takie Oprogramowanie.

DOKUMENTACJA DEDYKOWANA

5. Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Dokumentacji stworzonej w wyniku wykonania zobowiązań wynikających z Umowy, w tym do Analizy. Przeniesienie praw obejmuje następujące pola eksploatacji:

- 1) trwałe lub czasowe zwielokrotnianie Dokumentacji w całości lub w części, jakimkolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, w tym także utrwalanie i zwielokrotnianie takiej Dokumentacji dowolną techniką, w tym techniką zapisu magnetycznego lub techniką cyfrową, taką jak zapis na płycie CD, DVD, Blu-ray, urządzeniu z pamięcią flash lub jakimkolwiek innym nośniku pamięci;
- 2) obrót Dokumentacją, w tym wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem Dokumentacji, a także rozpowszechnianie Dokumentacji w inny sposób, w tym jej publiczne wykonywanie, wystawianie, wyświetlanie, odtwarzanie, a także publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym.

6. Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego:

- 1) prawo zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich do wszelkich opracowań Dokumentacji (lub jej poszczególnych elementów), tj. prawo zezwalania na rozporządzenie i korzystanie z takich opracowań na polach eksploatacji wskazanych powyżej;
 - 2) własność wydanych Zamawiającemu nośników, na których została utrwalona Dokumentacja (lub jej poszczególne elementy) w celu ich przekazania Zamawiającemu, z chwilą wydania tych nośników Zamawiającemu.
7. Przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego praw do Dokumentacji, o których mowa powyżej, nastąpi z chwilą jej wydania Zamawiającemu.

INNE UTWORY I KNOW-HOW

8. O ile Umowa wyraźnie nie stanowi inaczej, w przypadku, w którym Wykonawca w wykonaniu zobowiązań wynikających z Umowy dostarczy lub stworzy inne utwory, w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, niż opisane w poprzednich ustępach, w tym instrukcje, opisy i inne materiały dla użytkowników końcowych, struktury baz danych, zbiory i informacje słownikowe lub materiały graficzne, Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do takich utworów na następujących polach eksploatacji:
- 1) trwałe lub czasowe zwielokrotnianie utworów w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, w tym także utrwalanie i zwielokrotnianie utworów dowolną techniką, w tym techniką zapisu magnetycznego lub techniką cyfrową, taką jak zapis na płycie CD, DVD, Blu-ray, urządzeniu z pamięcią flash lub jakimkolwiek innym nośniku pamięci;
 - 2) obrót utworami, w tym wprowadzanie do obrotu, użyczanie lub najem utworów, a także rozpowszechnianie utworów w inny sposób, w tym ich publiczne wykonywanie, wystawianie, wyświetlanie, odtwarzanie, a także publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym.
9. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że Zamawiający ma prawo do dowolnej modyfikacji takich utworów. Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego:
- 1) prawo zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich do wszelkich opracowań utworów (lub ich poszczególnych elementów), tj. prawo zezwalania na rozporządzenie i korzystanie z takich opracowań na polach eksploatacji wskazanych powyżej,
 - 2) własność wydanych Zamawiającemu nośników, na których zostały utrwalone utwory (lub ich poszczególne elementy) w celu ich przekazania Zamawiającemu, z chwilą wydania tych nośników Zamawiającemu.
10. Przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego praw do utworów, o których mowa powyżej, nastąpi z chwilą ich wydania Zamawiającemu.
11. Niezależnie od postanowień poprzednich punktów, Wykonawca zezwala Zamawiającemu na korzystanie z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej, zawartej w przekazanych Zamawiającemu Oprogramowaniu, Dokumentacji i innych utworach. Wiedza ta może być wykorzystana w dowolny sposób przez Zamawiającego teraz i w przyszłości, w tym m.in. przekazana przez Zamawiającego osobom trzecim z nim współpracującym.

OPCJONALNIE: Kod źródłowy (w przypadku prawa do modyfikacji – licencja lub przeniesienie praw)

12. Ilekroć zgodnie z postanowieniami Umowy Zamawiający nabywa na jakiejkolwiek podstawie prawnej uprawnienie do tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub wprowadzania jakichkolwiek innych zmian do określonego Oprogramowania lub korzystania i rozporządzania autorskimi prawami zależnymi do opracowań Oprogramowania, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu Oprogramowanie również w formie kodu źródłowego.

13. Kod źródłowy, o którym mowa w poprzednim ustępie, zostanie dostarczony na informatycznym nośniku danych, w formie umożliwiającej Zamawiającemu swobodny odczyt kodu źródłowego, a także zapisanie kodu na innym nośniku i doprowadzenie tego kodu źródłowego do formy wykonywalnej (w szczególności w drodze kompilacji) na odpowiednio wyposażonym stanowisku komputerowym. Wraz z kodem źródłowym Wykonawca dostarczy kompletny wykaz narzędzi programistycznych, bibliotek i innych elementów niezbędnych do doprowadzenia takiego Oprogramowania do formy wykonywalnej. Wykonawca nie jest uprawniony do stosowania jakichkolwiek technik lub ograniczeń, które uniemożliwiłyby lub istotnie utrudniły Zamawiającemu odczyt lub zapisywanie kodu, w szczególności szyfrowania.
14. Kod źródłowy zostanie przekazany Zamawiającemu wraz z danym Oprogramowaniem, w każdym przypadku nie później niż na ____ dni przed datą Odbioru.
15. W przypadku, w którym Wykonawca zaktualizuje kod źródłowy w wyniku świadczenia usług Utrzymania lub Rozwoju, Wykonawca prześle Zamawiającemu taki kod po wprowadzeniu zmian, przy czym przewidziane Umową wymagania co do sposobu przekazania i udokumentowania kodu oraz co do elementów, które mają być przekazane wraz z kodem źródłowym, stosuje się także do aktualizacji kodu.

OPCJONALNIE: Oprogramowanie Open Source

16. Z zastrzeżeniem postanowień ustępów następnych Wykonawca może wykorzystać Oprogramowanie Open Source.
17. Wykaz Oprogramowania Open Source, z którego może korzystać Wykonawca, wraz z warunkami licencyjnymi jest zawarty w Załączniku nr __ [OPROGRAMOWANIE OPEN SOURCE]. Wykorzystanie innego Oprogramowania Open Source wymaga zachowania Procedury Kontroli Zmian.

ZAMIENNICZYM: W przypadku zamiaru wykorzystania Oprogramowania Open Source Wykonawca prześle Zamawiającemu najpóźniej z chwilą wydania danego produktu do Odbioru wykaz użytego Oprogramowania Open Source wraz z warunkami licencyjnymi.

18. W każdym przypadku wykorzystania Oprogramowania Open Source Wykonawca zapewnia, że jego wykorzystanie na potrzeby Umowy będzie zgodne z postanowieniami odpowiednich licencji przypisanych do danego Oprogramowania.
19. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że wykorzystanie Oprogramowania Open Source nie będzie ograniczać Zamawiającego w zakresie rozpowszechniania innego Oprogramowania połączonego z Oprogramowaniem Open Source, w tym nie może nakładać na Zamawiającego obowiązku rozpowszechniania takiego połączonego Oprogramowania wraz z kodem źródłowym. W przypadku, w którym dana licencja na Oprogramowanie Open Source uzależnia zakres takich obowiązków od sposobu połączenia Oprogramowania Open Source z innym Oprogramowaniem, Wykonawca zobowiązany jest do zrealizowania takiego połączenia w sposób nienakładający na Zamawiającego obowiązku rozpowszechniania połączonego Oprogramowania wraz z kodem źródłowym.
20. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że licencja na Oprogramowanie Open Source nie będzie nakładać na Zamawiającego obowiązku odprowadzania jakichkolwiek opłat lub wynagrodzenia na rzecz podmiotów uprawnionych do takiego Oprogramowania.

WYPOWIEDZENIE LICENCJI

21. Ilekroć Umowa przewiduje udzielenie upoważnienia (licencji lub sublicencji) przez Wykonawcę, intencją Stron jest zbliżenie takiego upoważnienia na korzystanie ze Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego do umowy o charakterze jednorazowej transakcji podobnej do sprzedaży – w związku z tym w zamian za uiszczoną opłatę licencyjną (stanowiącą w przypadku Umowy element Wynagrodzenia) Zamawiający otrzymuje ciągłe, stałe i niewypowiadalne prawo do korzystania z takiego Oprogramowania w zakresie określonym w Umowie.
22. W przypadku gdyby postanowienie o niewypowiadalności licencji na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne przewidziane w poprzednim ustępie okazało się nieskuteczne lub nieważne, a Wykonawca

byłby uprawniony do wypowiedzenia licencji, Strony uzgadniają dla Wykonawcy 10-letni (słownie: dziesięcioletni) termin jej wypowiedzenia ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego, z zastrzeżeniem ustępu następnego.

KOMENTARZ: proponowany dziesięcioletni termin wypowiedzenia stanowi termin przykładowy. Z doświadczenia wynika, że jest to najdłuższy dopuszczalny termin wypowiedzenia który nie powinien zostać uznany za obejście prawa w zakresie możliwości skorzystania z prawa do wypowiedzenia. Termin ten należy jednak dostosować do okoliczności, w szczególności uwzględniając planowany okres korzystania z systemu.

23. Wykonawca zobowiązuje się nie korzystać z uprawnienia do wypowiedzenia licencji z wyjątkiem przypadków, w których Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie musi być wystosowane w formie pisemnej pod rygorem braku skutków i musi zawierać wyraźne zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzeszania się przez Zamawiającego wyraźnie i precyzyjnie wymienionych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (słownie: jeden) rok, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.

KOMENTARZ: termin roczny odpowiada terminowi z prawa autorskiego. W szczególnie ważnych projektach termin ten powinien umożliwiać wdrożenie oprogramowania zastępczego. Należy jednak podkreślić, że wprowadzanie długich okresów wypowiedzenia może być uznane za nieważne.

24. W przypadku gdy podmiotem udzielającym licencji jest podmiot trzeci, Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że podmiot trzeci będzie przestrzegał powyższych zobowiązań.
25. Wykonawca zapewnia i gwarantuje, że podmiot trzeci nie wypowie udzielonych licencji. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że licencja udzielana przez podmiot trzeci będzie zawierać zasady wypowiedzenia analogiczne do opisanych w poprzednich ustępach.
26. W przypadku gdy Wykonawca lub podmiot trzeci, mimo zobowiązania, o którym mowa w poprzednim ustępie, wypowie licencję, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego, na jego żądanie, kwoty odpowiadającej sumie opłaty licencyjnej za Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne określonej w Umowie oraz rzeczywiście poniesionych przez Zamawiającego kosztów zapewnienia (w tym uzyskania licencji i wdrożenia) rozwiązania zastępczego, umożliwiającego dalszą eksploatację Systemu.
27. Powyższe postanowienia dotyczące wypowiedzenia stosuje się odpowiednio do Oprogramowania Dedykowanego, Dokumentacji oraz innych utworów, jeżeli są one przedmiotem licencji.

POZOSTAŁE POSTANOWIENIA

28. Całkowite wynagrodzenie z tytułu udzielenia odpowiednio licencji lub przeniesienia autorskich praw majątkowych na wszystkich polach eksploatacji objętych Umową, w tym – jeżeli znajduje to zastosowanie – w zakresie prawa zezwalania na korzystanie i rozporządzanie opracowaniami, a także wynagrodzenie za przeniesienie własności nośników, na których utwory utrwalono, zawiera się w Wynagrodzeniu.
29. Ilekroć umowa przewiduje uzyskanie przez Zamawiającego licencji, Zamawiający może przenieść prawa i obowiązki wynikające z takiej licencji na inny podmiot publiczny (przez który rozumie się: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały, jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, związki metropolitalne, jednostki budżetowe, samorządowe zakłady budżetowe, agencje wykonawcze, instytucje gospodarki budżetowej, państwowe fundusze celowe, Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane

przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Narodowy Fundusz Zdrowia, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, uczelnie publiczne, Polską Akademię Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne, państwowe i samorządowe instytucje kultury, a także inne państwowe lub samorządowe osoby prawne, w tym przedsiębiorstwa, instytuty badawcze, banki i spółki prawa handlowego, w których Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego posiada akcje lub udziały).

WŁASNOŚĆ INTELEKTUALNA – KOMENTARZ

Zagadnienie praw autorskich do oprogramowania jest często omawiane i analizowane zarówno w systemowych rekomendacjach i wytycznych, jak i w sporach związanych z realizacją umów. Wynika to z istoty takich uprawnień, będących podstawą do korzystania z oprogramowania w świetle monopolu autorskiego – pomijając wyjątki ustawowe, jeżeli zamawiający nie zagwarantuje sobie odpowiednich praw, nie będzie mógł korzystać z danego utworu. Z samego faktu zapłaty za oprogramowanie nie wynika np. prawo do jego rozwoju. Praktyka podnoszenia zarzutów naruszenia praw autorskich jest bardzo częsta (i niejednokrotnie skuteczna) w przypadku sporów.

Przedmiotem prawa autorskiego są nie tylko programy komputerowe, ale może nim być także dokumentacja, zawartość programu (artykuły, zdjęcia) czy wręcz sposób konfiguracji baz danych. Oznacza to, że niezależnie od prezentowanych wzorców, za każdym razem konieczna jest dokładna weryfikacja, jakie dobra mogą powstać w trakcie projektu i jak je należy zabezpieczyć. Nie można wykluczyć, że poza utworami w ramach prawa autorskiego powstaną inna dobra własności intelektualnej, jak bazy danych czy nawet wynalazki. Podejście „maksymalistyczne”, obejmujące nabycie praw do wszystkiego w pełnym zakresie, nie tylko w praktyce bywa niemożliwe (nie zakupimy praw do modyfikacji kodu systemów operacyjnych), ale może też naruszać zasady prawa zamówień publicznych (o czym poniżej).

Trzeba też uwzględnić, że przepisy regulujące obrót prawami autorskimi, zawarte w rozdziale 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, oparte są na założeniu, że podmiot prawa autorskiego jest słabszą stroną umowy, wymagającą szczególnej ochrony w obrocie. To założenie na ogół nie sprawdza się przy obrocie oprogramowaniem. Wymusza jednak szczególnie staranną redakcję umów z tego zakresu, celem uwzględnienia tak wynikających z prawa autorskiego pewnych wymogów formalnych skuteczności umowy (wyraźnego wymienienia pól eksploatacji, wyraźnego postanowienia o przeniesieniu prawa), jak i licznych przepisów dyspozytywnych przewidujących korzystne dla twórcy rozwiązania.

W proponowanych klauzulach wprowadzono postanowienia związane z obserwowanymi niekiedy nieuczciwymi praktykami polegającymi na dostawie komputerów z nielegalnym oprogramowaniem, dostarczaniu nielegalnych kopii oprogramowania, nieautoryzowanych kodów aktywacyjnych oprogramowania, podrobionych certyfikatów autentyczności itp. Z uwagi na zasady odpowiedzialności w prawie autorskim ryzyko takich praktyk obciąża też zamawiającego, gdyż w większości przypadków eksploatując takie oprogramowanie, zamawiający sam narusza autorskie prawa majątkowe producenta oprogramowania. Należy podkreślić, że nie każdy producent stosuje certyfikaty autentyczności, klucze aktywacyjne czy podobne zabezpieczenia przed nieautoryzowanym korzystaniem z oprogramowania. Brak takich kluczy lub certyfikatów nie musi oznaczać, że oprogramowanie jest nielegalne.

STANDARDOWE OPROGRAMOWANIE SYSTEMOWE

Standardowe oprogramowanie systemowe to oprogramowanie tworzące środowisko, w którym uruchamiane jest oprogramowanie aplikacyjne. Przykładem standardowego oprogramowania systemowego mogą być systemy operacyjne, systemy zarządzania bazami danych czy standardowe biblioteki. Regułą w przypadku takiego oprogramowania jest jego udostępnianie użytkownikom końcowym na podstawie standardowych warunków licencyjnych producenta, choć polityka w tym zakresie jest niejednolita i zamawiający – jeżeli tak wynika z danego projektu – może stawiać dodatkowe warunki (np. rozpowszechnianie w obrębie określonych podmiotów).

Zazwyczaj w przypadku tej kategorii oprogramowania nie jest możliwe uzyskanie praw do modyfikacji kodu źródłowego (z wyjątkiem rozwiązań systemowych dostępnych na licencjach typu open source). | W dużej części przypadków dostęp do kodów źródłowych i prawo ich modyfikacji nie są potrzebne (trudno jest uzasadnić np. celowość dostępu do kodów źródłowych systemu Windows). Dodatkowo modyfikacja takiego kodu z reguły wyklucza dalsze wsparcie producenta. Stawianie takiego wymagania będzie w większości sytuacji niecelowe.

W odniesieniu do warunków licencji na standardowe oprogramowanie systemowe zamawiający powinien postawić jedynie takie wymagania, które są rzeczywiście niezbędne w celu korzystania z systemu zgodnie z jego przeznaczeniem. Jak już bowiem zauważono, standardowe warunki licencyjne są napisane dla typowych przypadków i przewidują standardowe ograniczenia. Przewidzenie wymagań sprzecznych z tymi warunkami oznaczać będzie konieczność odrzucenia oferty, co często będzie nieuzasadnione z uwagi na faktyczne potrzeby zamawiającego (uwaga ta ma zastosowanie także do standardowego oprogramowania aplikacyjnego).

STANDARDOWE OPROGRAMOWANIE APLIKACYJNE

Standardowe oprogramowanie aplikacyjne to oprogramowanie, które oferowane jest na rynku jako standardowe rozwiązanie wykonawcy lub zewnętrznego producenta takiego oprogramowania, będące podstawą do stworzenia systemu. Oprogramowanie to jest kluczowym elementem systemu, a czasem jedynym przedmiotem zamówienia. Nabycie praw majątkowych do takiego oprogramowania wiązałoby się z bardzo dużymi kosztami lub wręcz byłoby niemożliwe. Jednocześnie w odniesieniu do standardowego oprogramowania aplikacyjnego zazwyczaj są większe możliwości zmiany warunków licencyjnych niż w odniesieniu do oprogramowania systemowego, z reguły też zamawiający ma inne wymagania w stosunku do aplikacji (np. przewiduje konieczność jej modyfikacji). Konieczne jest dokładne opisanie takich wymagań w SIWZ.

W proponowanych klauzulach zrezygnowano z podziału, pojawiającego się w rekomendacjach, skupionego na tzw. oprogramowaniu standardowym wykonawcy. Taka kategoria opisywała standardowe oprogramowania aplikacyjne, ale tylko takie, do którego prawa miał wykonawca. W tej sytuacji wykonawca mógł swobodnie kształtować swoje uprawnienia. Z punktu widzenia zamawiającego taki podział ma mniejsze uzasadnienie – dla zamawiającego istotne jest, aby aplikacja, będąca podstawą systemu, była objęta warunkami SIWZ. W przeciwnym razie może dojść do niepożądanego sytuacji, kiedy oprogramowanie oferowane przez wykonawcę – polski podmiot – byłoby traktowane jako standardowe oprogramowanie wykonawcy w rozumieniu rekomendacji (a więc np. z prawem do modyfikacji), a funkcjonalnie równoważne oprogramowanie dostawcy zagranicznego – jako oprogramowanie systemowe (narzędziowe) czy „oprogramowanie osób trzecich”, jak to opisano w rekomendacjach. Co więcej, to samo oprogramowanie byłoby różnie traktowane w zależności od tego, czy ofertę złożyłby jego producent, czy partner producenta – w tym drugim przypadku ponownie byłoby kwalifikowane jako „oprogramowanie osób trzecich” w rozumieniu rekomendacji.

Kluczową decyzją – w dużej mierze uzależnioną od charakteru oprogramowania – jest ewentualne wymaganie uzyskania prawa modyfikacji kodu. Mimo że taka praktyka jest często rekomendowana w celu uniknięcia uzależnienia od wykonawcy (tzw. vendor lock-in), zależy ona od wielu uwarunkowań. W części przypadków żądanie takie nie będzie możliwe, biorąc pod uwagę skalę projektu (kluczowi dostawcy oprogramowania nieujawniający kodu), lub nie będzie miało uzasadnienia ze względu na architekturę aplikacji (np. takiej, która dostarcza wbudowane narzędzia do konfiguracji i rozbudowy, bez możliwości i potrzeby ingerencji w kod źródłowy lub w ogóle nie posiada kodu źródłowego jako takiego). W niektórych przypadkach może też nie mieć uzasadnienia ze względu na specyfikę rozwiązania i brak zasobów do ewentualnej modyfikacji po stronie zamawiającego (specjalistyczne rozwiązania autorskie wymagające know-how znanego wyłącznie autorom).

Przy uwzględnieniu zastrzeżenia, że warunki OPZ nie mogą być uznane za dyskryminacyjne, jeżeli będą z nich wynikały wymagania niemożliwe do spełnienia przez danego wykonawcę, kwestia ta powinna być dokładnie zweryfikowana przez zamawiającego na etapie przygotowania SIWZ.

Szczegółowe warunki licencji mogą być określone na dwa sposoby – po pierwsze, przez odesłanie do standardowych warunków licencyjnych producenta standardowego oprogramowania aplikacyjnego; po drugie, przez wskazanie warunków licencji na standardowe oprogramowanie aplikacyjne wprost w umowie. W wariantcie drugim warunki te zapewniają z reguły szerszy i bardziej dostosowany do specyfiki zamawiającego zakres licencji. Z tego powodu wariant ten jest rekomendowany, ale wymaga dokładnego

opisania w umowie. Wzorcowa klauzula jest dość szeroka i może wymagać korekty (np. co do liczby stanowisk, jeżeli może mieć to wpływ na cenę).

Wśród postanowień opcjonalnych podano przykład postanowień zezwalających zamawiającemu na modyfikację standardowego oprogramowania aplikacyjnego. Zwracamy uwagę, że faktyczna możliwość wykonania modyfikacji uzależniona jest od dostępu zamawiającego do kodu źródłowego. Dostęp zamawiającego do kodu źródłowego powinien zostać zapewniony na podstawie odrębnych postanowień umowy.

OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE

Zgodnie z przyjętym podziałem, oprogramowanie dedykowane to oprogramowanie tworzone w związku z realizacją umowy, opracowane w całości zgodnie z potrzebami zamawiającego. W praktyce można rozróżnić dwa rodzaje oprogramowania dedykowanego.

Pierwsza kategoria obejmuje systemy tworzone od podstaw na rzecz zamawiającego. Są to zazwyczaj rozwiązania unikalne i dostosowane do specyfiki zamawiającego, gdzie wykonawca godzi się, że nie wykorzysta stworzonego oprogramowania do innych celów. W takim przypadku dość często dochodzi do przeniesienia praw autorskich. Systemy tworzone od podstaw na rzecz zamawiającego to także systemy finansowane przez zamawiającego, ale mające dużą komercyjną wartość i możliwość wtórnego wykorzystania na rynku. W takich przypadkach część wykonawców preferuje model licencyjny i zatrzymanie praw (co powinno mieć odzwierciedlenie w cenie ofert). Spotyka się także rozwiązania pośrednie, jak wspólne prawa do oprogramowania, ale takie konstrukcje wymagają indywidualnych ustaleń. Jako model rekomendowany przyjęto przeniesienie praw.

Druga kategoria oprogramowania dedykowanego obejmuje rozbudowę (np. nowe moduły, raporty, rozszerzenia) istniejącego oprogramowania standardowego, z reguły standardowego oprogramowania aplikacyjnego. Wykonawca dostarcza „szkielet” rozwiązania w postaci gotowego produktu i w ramach umowy dostosowuje go do potrzeb zamawiającego (np. tworząc nowe funkcjonalności z wykorzystaniem mechanizmu języka programowania będącego częścią rozwiązania standardowego). Takie elementy mogą mieć charakter twórczy i mogą podlegać odrębnym od oprogramowania standardowego regulacjom prawnym (w szczególności może mieć zastosowanie przeniesienie prawa zamiast udzielenia licencji).

W przypadku drugiej kategorii oprogramowania dedykowanego w wielu przypadkach trudno jest rozróżnić, które elementy są oprogramowaniem standardowym, a które dedykowanym.

Do oprogramowania dedykowanego na pewno można zaliczyć odrębnie opracowane wyraźnie wyodrębnione i opracowane w ramach umowy moduły. Problem może stanowić np. modyfikacja standardowego oprogramowania wykonana w trakcie prac, np. w celu optymalizacji pracy kodu. Mimo wykonania jej w ramach umowy, nie jest ona stricte związana z realizacją jej przedmiotu, a usprawnieniem oprogramowania standardowego. Pomocniczym rozwiązaniem jest opisanie w SIWZ kryteriów uznawania danych rezultatów prac jako oprogramowania dedykowanego. Dopuszczalne jest w uzasadnionych przypadkach wprowadzenie w zakresie tej kategorii oprogramowania dedykowanego wyłącznie uprawnień licencyjnych – ma to na celu umożliwienie producentowi lub wykonawcy kontroli nad całym jego rozwiązaniem (standard plus rozbudowa podczas projektu), co może mieć dla niego kluczowe znaczenie i wpływ na cenę, a dla zamawiającego prawa do fragmentów rozwiązania (np. część interfejsów) nie mają znaczenia i uprawnienia licencyjne są wystarczające. Co do zasady nawet w modelu licencyjnym rekomendowane jest nabycie uprawnień w pełnym zakresie, łącznie z prawem do modyfikacji.

Należy pamiętać, że jeżeli oprogramowanie dedykowane nie jest wyraźnie wymienione w umowie (zazwyczaj jest wyraźnie opisane w przypadku pierwszej kategorii, rzadziej – drugiej, gdy na etapie podpisywania umowy konkretne produkty nie są jeszcze znane), strony powinny protokołem (np. przy odbiorze poszczególnych produktów) potwierdzić, jakie elementy oprogramowania stanowią oprogramowanie dedykowane (wymienić poszczególne jego elementy). Taki protokół powinien mieć formę pisemną i być podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji stron. Pospisanie protokołów wymieniających elementy oprogramowania dedykowanego jest bardzo ważne, gdyż minimalizuje ryzyko sporu dotyczącego tego, co wchodziło w skład oprogramowania dedykowanego i czy została zachowana forma pisemna pod rygorem nieważności wymagana dla przeniesienia majątkowych praw autorskich.

PRZENIESIENIE AUTORSKICH PRAW MAJĄTKOWYCH A UDZIELENIE LICENCJI

Jest to jedna z częściej rozważanych kwestii. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych przewiduje dwa główne sposoby nabycia uprawnień do korzystania z utworu – przeniesienie autorskich praw majątkowych oraz udzielenie licencji. W wyniku umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe nabywca staje się podmiotem autorskich praw majątkowych (ich „właścicielem”). W wyniku udzielenia licencji nabywa upoważnienie (na czas oznaczony lub nieoznaczony) do określonego korzystania z utworu. Należy przy tym pamiętać, że treść uprawnień nabytych wskutek umowy przenoszącej prawa może

być identyczna jak nabytych wskutek udzielenia licencji. O treści tych praw decydują głównie tzw. pola eksploatacji, a nie typ umowy.

Nie można z góry rozstrzygnąć, który z tych sposobów jest korzystniejszy (w tym uwzględniając aspekt ekonomiczny). Uprawnienia nabyte na podstawie umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe mają trwalszy charakter niż uprawnienia licencyjne. Wynika to przede wszystkim z faktu, że co do zasady (jest to pogląd dominujący) – poza licencjami udzielonymi na czas oznaczony nie dłuższy niż 5 lat – każda licencja może zostać wypowiedziana przez licencjodawcę. Prawo licencjodawcy do wypowiedzenia licencji można próbować ograniczać rozmaitymi postanowieniami umownymi, można też zastrzec długi okres wypowiedzenia licencji. Nie może on natomiast być zbyt długi, bo mogłoby to zostać uznane za nieskuteczne, w tym za próbę obejścia prawa. Nie zmienia to jednak faktu, że uprawnienia licencyjne mogą okazać się mniej trwałe niż uprawnienia nabyte na podstawie umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe (te wygasają dopiero – co do zasady – 70 lat po śmierci twórcy utworu).

Przeniesienie autorskich praw majątkowych jest jednak ze względu na praktykę rynkową często niemożliwe, a prawie zawsze istotnie droższe niż udzielenie licencji, gdyż pozbawia wykonawcę możliwości korzystania z oprogramowania, do którego przeniósł prawa. Trudno oczekiwać, żeby dostawca, realizując jedno, nawet bardzo duże wdrożenie, sprzedał swój standardowy produkt, który już dostarczył wielu kontrahentom i zamierza dalej oferować na rynku. Jednocześnie uprawnienia licencyjne – nawet biorąc pod uwagę ich mniej trwałe charakter – mogą być wystarczające z perspektywy potrzeb zamawiającego. Oznacza to, że umowa licencyjna może być dla zamawiającego bardziej opłacalna niż dotycząca tych samych pól eksploatacji umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe.

O tym, jaki faktycznie zakres uprawnień do korzystania z utworu zapewnia umowa, decydują tzw. pola eksploatacji. Pola eksploatacji to wymienione w umowie sposoby korzystania z utworu (np. zwielokrotnianie oprogramowania związane z jego instalacją i odtwarzaniem czy prawa do modyfikacji kodu). Umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe wcale nie musi zapewniać szerszych uprawnień do korzystania z utworu niż umowa licencyjna. Przykładowo, uprawnienie do modyfikacji oprogramowania (konieczne do prowadzenia w jego zakresie prac rozwojowych) może zostać zapewnione zarówno w umowie przenoszącej autorskie prawa majątkowe, jak i umowie licencyjnej. Teoretycznie można sobie wyobrazić szerszą licencję (np. obejmującą prawo do rozpowszechniania oprogramowania) niż przeniesienie praw (np. tylko zwielokrotnienie i modyfikacja, bez rozpowszechnienia).

ZAKRES NABYWANYCH PRAW

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa licencyjna obejmuje wyłącznie pola eksploatacji „wyraźnie w niej wymienione”. Wymóg ten należy rozumieć jako konieczność określenia w umowie zakresu autorskich praw majątkowych objętych przeniesieniem praw lub licencją.

Zakres przeniesienia praw lub licencji (pola eksploatacji) do oprogramowania powinien być określany w umowie przy uwzględnieniu przepisu art. 74 ust. 4 pr.aut. Zgodnie z tym przepisem autorskie prawa majątkowe obejmują prawo do:

- zwielokrotniania, obejmujące zarówno wykonanie trwałych kopii jak i zwielokrotnienia krótkotrwałe, w tym wprowadzanie do pamięci komputera (zwykłe korzystanie z programu),
- modyfikacji (tłumaczenia, adaptacji oraz wprowadzania innych zmian),
- rozpowszechniania.

Ponadto uwzględnić należy art. 2 ust. 2 pr. aut., zgodnie z którym podmiotowi autorskich praw majątkowych do programu przysługuje również prawo zezwalania na korzystanie i rozporządzanie autorskimi prawami zależnymi (prawami do opracowań, tj. różnego rodzaju przeróbek, dostosowań, adaptacji dostarczonego oprogramowania itp.).

Zamawiający powinien w każdym przypadku zapewnić sobie prawo do zwielokrotniania dostarczonego oprogramowania w niezbędnym zakresie. Nie chodzi tu jednak tylko o możliwość wytwarzania trwałych kopii (np. sporządzenia kopii zapasowych, nagrania programu na płycie DVD, pendrive itp.), ale

o zwielokrotnienia tymczasowe, dokonywane w pamięci komputera, które ze względów technicznych są niezbędne do uruchomienia każdego programu komputerowego (np. wprowadzenie do pamięci RAM). Od tego, jaki zakres uprawnień do zwielokrotniania umowa przyzna zamawiającemu, zależy m.in. to, czy zamawiający będzie mógł bez ograniczeń korzystać z oprogramowania w ramach swojej organizacji, czy też korzystanie to będzie ograniczone do określonej liczby urządzeń (serwerów, komputerów klienckich), użytkowników czy jednostek organizacyjnych. Prawo zwielokrotniania oprogramowania oznacza więc w praktyce prawo do jego uruchomienia i „zwykłego” wykorzystywania, które może być udzielone w pełnym, jak i ograniczonym zakresie.

O tym, czy zamawiający będzie w stanie wprowadzać zmiany do dostarczonego oprogramowania (np. w ramach utrzymania i rozwoju), decyduje nabycie praw w zakresie modyfikowania programu (art. 74 ust. 4 pkt 2 pr.aut.) oraz prawa zezwalania na korzystanie i rozporządzanie autorskimi prawami zależnymi, tj. prawami do opracowań (art. 2 ust. 2). W odniesieniu do programów komputerowych oba te uprawnienia powinny występować w umowie łącznie. W odniesieniu do innych utworów (np. dokumentacji) wystarczy zabezpieczenie tego drugiego uprawnienia (tj. prawa zezwalania na korzystanie i rozporządzanie autorskimi prawami zależnymi). Warto zwrócić uwagę, że z punktu widzenia prawa autorskiego nie wymaga zgody uprawnionego zmiana sposobu działania, funkcjonalności czy wyglądu programu niebędąca wynikiem wprowadzenia zmian w kodzie programu, a zastosowania wbudowanych w program narzędzi, takich jak jego parametryzacja, konfiguracja, zastosowanie makroprogramów, wtyczek (plug-ins) czy jego uruchomienia za pomocą innej wersji systemu operacyjnego lub sprzętu. Z tego powodu nie zawsze modyfikacja kodu jest warunkiem utrzymania i rozwoju.

Ostatnie uprawnienie to prawo do rozpowszechniania utworu. Z rozpowszechnianiem możemy mieć do czynienia w przypadku np. udostępniania danego elementu wdrażanego rozwiązania użytkownikom końcowym (np. programu klienckiego systemu e-deklaracje), jak również udostępniania oprogramowania pomiędzy podmiotami (np. jednostkami samorządu terytorialnego). Wykorzystanie oprogramowania do świadczenia usług w modelu SaaS (Software as a Service) może również łączyć się z rozpowszechnianiem niektórych jego składników (ekranów interfejsu, skryptów lub apletów wbudowanych w stronę internetową itp.).

Określając zakres pozyskiwanych praw, należy uwzględnić dwa czynniki. Pierwszym z nich jest dostępność. W odniesieniu do rozwiązań standardowych uzyskanie licencji obejmującej np. modyfikowanie takiego rozwiązania lub jego nieograniczone rozpowszechnianie może w ogóle nie być możliwe (licencje uprawniające do dokonywania takich czynności mogą być w ogóle niedostępne na rynku). Drugim czynnikiem jest cena. Uzyskanie licencji w szerszym zakresie wiązać się będzie z reguły z większymi kosztami. Dlatego wyznaczenie zakresu nabywanych praw powinno być poprzedzone analizą realnych potrzeb zamawiającego, uwarunkowań technicznych wdrażanego systemu oraz otoczenia rynkowego.

Przykładowo w typowej sytuacji dla zabezpieczenia zamawiającego przed tzw. vendor lock-in (uzależnieniem od dostawcy) nie jest potrzebne pozyskiwanie zezwolenia zamawiającego na modyfikowanie i korzystanie z opracowań w odniesieniu do standardowego oprogramowania systemowego, a często również aplikacyjnego. Dla zamawiającego zazwyczaj wystarczające będzie, jeżeli umowa nie będzie zakazywać lub ograniczać integracji rozwiązania z innymi systemami, a także wprowadzania zmian do konfiguracji, parametryzacji, stosowania wbudowanych narzędzi, takich jak skrypty czy makroprogramy itp. Wiele nowoczesnych rozwiązań zapewnia możliwość rozwoju bez ingerencji w kod programu.

Natomiast w odniesieniu do oprogramowania dedykowanego, wykonanego przez wykonawcę wdrożenia w wyniku realizacji umowy i niedostępnego na rynku, zazwyczaj celowe jest pozyskanie możliwie szerokiego zakresu uprawnień. Rekomendowane będzie tu zabezpieczenie wprowadzenia zmian do oprogramowania (a więc pozyskanie uprawnień z art. 74 ust. 4 pkt 2 i art. 2 ust. 2 pr.aut.) oraz rozpowszechniania umożliwiającego zamawiającemu udostępnianie wykonanego rozwiązania innym organom państwa lub jednostkom organizacyjnym. Jeżeli bowiem system stanowiący przedmiot zamówienia składa się ze standardowego produktu oferowanego szeroko na rynku oraz z części dedykowanej, stworzonej przez danego wykonawcę na potrzeby konkretnego projektu, to właśnie ta część dedykowana może stanowić przeszkodę w swobodnym rozwijaniu lub utrzymywaniu całego systemu przez zamawiającego, który nie nabył odpowiedniego zakresu uprawnień.

MOMENT NABYCIA PRAW / LICENCJI

Jedną z ważnych decyzji jest określenie momentu nabycia praw majątkowych lub uzyskania praw z licencji. W przypadku nabycia praw majątkowych chwila ta może być ustalona de facto dowolnie (z reguły

najwcześniejszym momentem jest przekazanie oprogramowania), przy czym należy zwrócić uwagę na powiązania płatności wynagrodzenia z faktem przejścia praw. Co do zasady, nabycie majątkowych praw autorskich nie jest dla zamawiającego konieczne w toku realizacji projektu (zwłaszcza że dopiero po zakończeniu wdrożenia utworów, do którego nabywane są prawa, uzyska ostateczny kształt), w związku z czym momentem przejścia majątkowych praw autorskich w większości przypadków może być odbiór potwierdzający realizację całości umowy w zakresie wdrożenia.

W przypadku licencji, zwłaszcza licencji osób trzecich, decyzja jest bardziej skomplikowana i może wymagać dodatkowych warunków umieszczonych w SIWZ. W wielu przypadkach nabycie oprogramowania standardowego, czy to systemowego czy aplikacyjnego, jest związane z koniecznością ponoszenia kosztów usług utrzymania (serwisu) na rzecz takiej osoby trzeciej. Zbyt wczesny moment uzyskania licencji, np. przy podpisaniu umowy, może oznaczać konieczność wczesnego ponoszenia takich opłat. Dodatkowo w takich przypadkach należy pamiętać, aby w razie odstąpienia od umowy uregulować prawa do takiego oprogramowania lub kwestię zwrotu kosztów jego nabycia. Z drugiej strony może okazać się, że prawa do takiego serwisu i wsparcia producenta są niezbędne już podczas wdrożenia i rekomendowane wtedy będzie jak najwcześniejsze nabycie praw.

KOD ŹRÓDŁOWY

Z punktu widzenia prawa kod źródłowy i kod wynikowy (wykonywalny, obiektowy) są formami wyrażenia programu komputerowego. Regulacje tak prawa wspólnotowego, jak i polskiego są w tym zakresie „przezroczyste”, tzn. niezależnie od tego, jaką postać ma program (źródłową, wynikową), jest nadal tym samym programem, do którego prawa przysługują tej samej osobie. Nie istnieją osobne uprawnienia „do źródeł” – z reguły jest to skrót myślowy obejmujący prawo do modyfikacji oprogramowania oraz fizyczne władztwo nad kodem źródłowym.

Nabycie praw lub uzyskanie licencji w zakresie modyfikowania oprogramowania oraz korzystania i rozporządzania prawami zależnymi determinuje prawną możliwość wprowadzenia zmian do programu. Dostęp do kodu źródłowego umożliwia faktyczne wprowadzenie zmian i dokonanie modyfikacji programu, a tym samym efektywne korzystanie z nabytych uprawnień.

Dobłą praktyką jest wymaganie od wykonawcy, aby wraz z kodem źródłowym dostarczył przynajmniej minimalny zakres dokumentacji dotyczącej środowiska programistycznego, w którym kod może być skompilowany (przetworzony do formy kodu wykonywalnego), w szczególności informacje o kompilatorze wykorzystywanym przez wykonawcę, bibliotekach programistycznych niezbędnych do kompilacji oraz parametrach i ustawieniach umożliwiających prawidłowe przeprowadzenie tego procesu.

Chwila przekazania kodu źródłowego powinna uwzględniać okoliczność, czy kod podlega zmianom w czasie realizacji wdrożenia. W odniesieniu do oprogramowania dedykowanego, które podlega zmianom w czasie realizacji wdrożenia, żądanie dostarczenia przez wykonawcę kodu źródłowego po każdej zmianie może być niepraktyczne. W przypadku rozwiązań gotowych kod źródłowy może być dostarczony wraz z odpowiednim pakietem oprogramowania. W przypadku braku potrzeby posiadania kodu źródłowego w czasie realizacji wdrożenia rozwiązaniem najprostszym jest wprowadzenie obowiązku jego dostarczenia z odpowiednim wyprzedzeniem przed datą odbioru wdrożenia, tak aby umożliwić zamawiającemu weryfikację kompletności dostarczonego kodu i towarzyszącej mu dokumentacji. Z drugiej strony umowa może przewidywać obowiązek trzymywania kodu w repozytorium zamawiającego, co oznacza ciągły obowiązek jego aktualizacji.

W przypadku wprowadzenia przez wykonawcę zmian do oprogramowania w ramach usług utrzymania i rozwoju dostarczony kod źródłowy powinien zostać zaktualizowany przez wykonawcę. Aktualizacji powinna ulec również towarzysząca mu dokumentacja i inne narzędzia przekazywane wraz z kodem w celu umożliwienia jego praktycznego wykorzystania.

UMOWA DEPOZYTU

W obrocie spotyka się również tzw. umowy przechowania (depozytu – escrow) kodu źródłowego. Umowa przechowania zawierana z osobą trzecią (przechowawcą) obejmuje zobowiązanie przechowawcy do wydania określonej osobie trzeciej nośnika z kodem źródłowym w razie ziszczenia się określonego warunku (najczęściej zaprzestania lub zmiany profilu działalności przez producenta, jego likwidacji lub ogłoszenia upadłości). Równocześnie umowa łącząca producenta z użytkownikiem zobowiązuje producenta do oddania kodu źródłowego na przechowanie oraz przyznaje użytkownikowi określone uprawnienia eksploatacyjne po jego wydaniu z depozytu. W typowej sytuacji zawarcie takiej umowy nie jest rozwiązaniem rekomendowanym przede wszystkim z uwagi na trudność w takim skonstruowaniu warunków wydania kodu źródłowego z depozytu, aby dostatecznie zabezpieczyć interes zamawiającego (m.in. dyskusyjny stan prawny w przypadku ogłoszenia upadłości czy nawet złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości). W razie potrzeby zawarcia takiej umowy powinna ona być opracowana oddzielnie.

Nie w każdym przypadku odrębne przekazanie kodu źródłowego jest uzasadnione. Część technologii (np. często wykorzystywane przy tworzeniu serwisów internetowych PHP czy Java Script) zakłada wykonywanie oprogramowania wprost z postaci, w jakiej zapisał je programista (źródłowej). W takim przypadku postać wykonywalna programu, jaką otrzymuje Zamawiający, jest tożsama z kodem źródłowym.

DOKUMENTACJA

Zamawiający powinien zabezpieczyć odpowiednie minimum uprawnień do korzystania z dokumentacji oprogramowania, takiej jak dokumentacja użytkowa lub dokumentacja techniczna. Mimo że dokumentacja taka podlega z reguły ochronie na zasadach ogólnych i nie znajdują do niej zastosowania przepisy szczególne dotyczące programów komputerowych, dokonanie takich czynności jak wydruk, umieszczenie na serwerze w sieci wewnętrznej zamawiającego lub aktualizacja w związku ze zmianami w oprogramowaniu wymagają z reguły pozyskania odpowiednich uprawnień.

INNE UTWORY

W ramach wdrożenia i utrzymania może dojść do opracowania lub przekazania także innych utworów – zdjęć, tekstów itp. Klauzule zawierają przykładową treść nabycia szerokich uprawnień, ale w zależności od projektu może i powinna być ona modyfikowana – np. w przypadku nabywania zdjęć z tzw. banków zdjęć narzucających własne reguły licencyjne.

OPEN SOURCE

Oprogramowanie open source stanowi podstawę wielu profesjonalnych rozwiązań. Szczególnie często wykorzystywane są udostępniane na tej licencji systemy operacyjne, oprogramowanie serwerowe (np. serwery HTTP), biblioteki programistyczne czy niektóre systemy bazodanowe. Zazwyczaj przez open source rozumie się oprogramowanie udostępniane przez jego twórców na licencjach umożliwiających swobodne korzystanie z programu dla potrzeb własnych użytkownika, jego dalszą nieograniczoną dystrybucję (zwielokrotnianie w celu udostępnienia osobom trzecim i rozpowszechnianie oprogramowania), dostęp do kodu źródłowego i swobodę wprowadzania modyfikacji – warunki open source są umieszczone na licznych stronach internetowych.

Z praktycznego punktu widzenia największe znaczenie mają różnice pomiędzy licencjami copyleft i non-copyleft. Najogólniej ujmując, licencje copyleft zobowiązują do udostępniania efektów dalszego rozwijania programu i dokonywania w nim zmian (opracowań, utworów pochodnych) na takich samych zasadach, jak w przypadku programu pierwotnego. Decydując się na wykorzystanie w swoim produkcie fragmentów programu objętego jedną z licencji copyleft, licencjobiorca w istocie „zaraża” go tego rodzaju licencją, bowiem program pochodny powinien być również objęty licencją typu copyleft. Ten szczególnie skutek licencji copyleft (tzw. copyleft effect) zabezpieczać ma utrzymanie „otwartości” danego programu i tego rodzaju postanowienia obecne są przede wszystkim w licencji GNU GPL.

W innych licencjach copyleft (przede wszystkim LGPL) spotkać można pewne wyjątki, umożliwiające – pod pewnymi warunkami – łączenie rozwiązań „zamkniętych” i „otwartych”. Przykładowo licencja LGPL – w pewnym uproszczeniu – dopuszcza linkowanie (łączenie) oprogramowania na „nie-wolnej” licencji z bibliotekami programistycznymi objętymi licencją copyleft pod warunkiem, że zastosowane zostanie tzw. linkowanie dynamiczne. Warto zauważyć, że w przypadku większości licencji tego typu obowiązkiem

udostępnienia oprogramowania na takiej samej licencji (wspomniany copyleft effect) pojawia się tylko wówczas, gdy dochodzi do dalszej dystrybucji programu bazującego na licencji copyleft. Samo wykorzystanie oprogramowania na licencji copyleft dla własnych potrzeb zamawiającego zazwyczaj nie rodzi takiego obowiązku.

Z punktu widzenia zamawiającego jako użytkownika końcowego zastosowanie licencji nie powinno powodować trudności – użytkownik takiej licencji (zamawiający) zawsze uzyskuje stosunkowo szerokie prawa. Warto zwrócić jednak uwagę, że zastosowanie w oferowanym rozwiązaniu licencji z copyleft effect może prowadzić do daleko idących konsekwencji dla wykonawcy – obowiązku przekazania całości kodu źródłowego, uprawnień do modyfikacji tego kodu, a nawet zakazu pobierania opłat licencyjnych.

ODPŁATNOŚĆ

Z art. 43 ust. 1 pr. aut. wynika zasada odpłatności umów przenoszących autorskie prawa majątkowe i umów licencyjnych. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli z umowy nie wynika, że przeniesienie autorskich praw majątkowych lub udzielenie licencji nastąpiło nieodpłatnie, twórcy przysługuje prawo do wynagrodzenia. Ponadto zgodnie z art. 45 pr. aut., w braku odmiennych postanowień umownych twórcy przysługiwać powinno odrębne wynagrodzenie za korzystanie z utworu na każdym odrębnym polu eksploatacji. W przypadku, w którym umowa przewiduje wynagrodzenie, nie precyzując za co to wynagrodzenie przysługuje, może się zdarzyć że wykonawca będzie twierdzić, że jest to wynagrodzenie wyłącznie za wykonanie dzieła (wdrożenia), nie zaś za przeniesienie praw bądź udzielenie licencji. Z tych względów konieczne jest zamieszczenie w umowie postanowień, które jednoznacznie przesądzą, że otrzymane przez wykonawcę wynagrodzenie stanowi całość należnego mu wynagrodzenia i obejmuje również wynagrodzenie za przeniesienie praw lub udzielenie licencji.

CZAS TRWANIA LICENCJI I WYPOWIEDZENIE LICENCJI

Nie jest jednoznacznie przesądzone, czy możliwe jest zawarcie umowy licencyjnej na czas dłuższy niż 5 lat, której licencjodawca nie może wypowiedzieć. Taka możliwość jest raczej niedopuszczalna, choć pojawiają się głosy przeciwnie. W praktyce wykonywania umów licencyjnych na oprogramowanie ryzyko wypowiedzenia umowy licencyjnej pojawia się w przypadku konfliktu pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, do którego może dojść np. w przypadku nieprzedłużenia przez zamawiającego korzystania z usług serwisu oprogramowania. Zamieszczone w klauzulach propozycje postanowień zmierzają do zabezpieczenia trwałości korzystania z oprogramowania przez licencjobiorcę na dwa sposoby. Po pierwsze, mają na celu umowne ograniczenie przysługującego licencjodawcy uprawnienia do wypowiedzenia umowy licencyjnej. Po drugie, mają tak ukształtować zasady rozliczeń stron na wypadek wypowiedzenia, żeby wypowiedzenie tej umowy uczynić nieopłacalnym.

Warto podkreślić, że możliwość wypowiedzenia umowy licencyjnej jest właśnie jednym z kluczowych elementów odróżniających licencje od nabycia praw majątkowych, która to czynność ma co do zasady charakter stały.

OPROGRAMOWANIE A PRAWO ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH

W realiach projektów publicznych trzeba wziąć pod uwagę fakt, że w niektórych przypadkach postawienie nawet racjonalnych wymagań zmierzających do ochrony interesów zamawiającego może praktycznie wykluczyć możliwość złożenia ofert przez niektórych wykonawców. Posługiwanie się przez producentów oprogramowania standardowymi wzorcami umów licencyjnych jest elementem rynkowej rzeczywistości i z punktu widzenia niektórych producentów (zwłaszcza dużych, międzynarodowych korporacji), nie będzie możliwe złożenie oferty w sytuacji wymagającej dokonania modyfikacji wzorca, zwłaszcza istotnie ingerującej w sam model udostępniania oprogramowania (np. wymóg modyfikacji i dostępu do kodu źródłowego). Z drugiej strony większość producentów oprogramowania zdaje sobie sprawę z faktu, że zamawiający, zwłaszcza publiczni, mają uzasadnione oczekiwania co do zabezpieczenia swoich interesów (np. w zakresie unikania tzw. vendor lock-in lub uprawnień do rozpowszechnienia oprogramowania w ramach zdefiniowanej grupy podmiotów), w związku z czym oferują własne, zazwyczaj specyficzne dla danego produktu i rynku publicznego, rozwiązania, które zapewniają zamawiającym odpowiedni poziom bezpieczeństwa.

Zamawiający zawsze będzie miał więc do wykonania zadanie w postaci takiego sformułowania wymagań dotyczących własności intelektualnej, które z jednej strony nie będzie prowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, a z drugiej – zabezpieczy odpowiednio interes zamawiającego. Należy przy tym podkreślić, że przez „odpowiednie zabezpieczenie” interesów zamawiającego nie należy rozumieć zawsze „maksymalnego możliwego” zabezpieczenia, lecz takie, które faktycznie odpowiada uzasadnionym potrzebom w danym przypadku. Jeżeli przykładowo celem zamawiającego jest uzyskanie możliwości integracji nabytego oprogramowania z innymi systemami, które mogą zostać nabyte w przyszłości, to zamawiający nie musi wymagać bezwzględnie uprawnienia do modyfikacji oprogramowania, lecz może dopuścić skorzystanie z oferowanych przez dany produkt mechanizmów zapewniających taką integrację. Możliwe jest w takich przypadkach elastyczne sformułowanie odpowiednich wymagań w SIWZ, które umożliwi złożenie ofert zarówno wykonawcom oferującym możliwość modyfikacji ich oprogramowania, jak i wykonawcom, którzy z uwagi na wewnętrzne ograniczenia nie są w stanie takiego uprawnienia zapewnić, ale w inny sposób umożliwiają osiągnięcie celu zamawiającego. Z drugiej strony w poszczególnych przypadkach, zwłaszcza systemów o newralgicznym znaczeniu, np. z punktu widzenia bezpieczeństwa informatycznego, uzasadnione może być postawienie restrykcyjnych wymagań w zakresie kontroli nad nabytym oprogramowaniem, możliwości jego modyfikacji, audytu kodu etc., nawet skutkujące wyłączeniem możliwości złożenia ofert przez niektórych wykonawców. Jak wynika z powyższego, odpowiedzialne i świadome podejście do sformułowania wymagań w kwestii zakresu nabywanych uprawnień wymaga dokładnej analizy zarówno potrzeb zamawiającego w danym przypadku, jak i możliwych do zaoferowania rozwiązań i stosowanych przez wykonawców modeli licencjonowania. Tylko przeprowadzenie takiej analizy i wyciągnięcie z niej odpowiednich wniosków umożliwi dopasowanie wymagań umownych do okoliczności danego przypadku.

§ 21.

WYNAGRODZENIE

1. łączne maksymalne Wynagrodzenie brutto za realizację przedmiotu Umowy (*OPCJONALNIE: łącznie z częścią opcjonalną przedmiotu zamówienia*) wynosi ____ zł (słownie: ____), w tym podatek VAT: ____ zł (słownie: _____), w tym:
 - 1) za realizację Umowy w zakresie Wdrożenia - ____ zł brutto (słownie: _____), w tym podatek VAT: ____ zł (słownie: _____);
 - 2) za realizację Umowy w zakresie Usług Utrzymania - ____ zł brutto (słownie: _____), w tym podatek VAT: ____ zł (słownie: _____);
 - 3) *maksymalne wynagrodzenie z tytułu wykonania opcjonalnej części zamówienia: ____ zł brutto (słownie: ____), w tym podatek VAT: ____ zł (słownie: _____).*
2. Wynagrodzenie za realizację Umowy w zakresie Wdrożenia będzie płatne zgodnie z Załącznikiem nr __ [WYNAGRODZENIE], po Odbiorze określonych tam świadczeń.
3. Wynagrodzenie za realizację Umowy w zakresie Utrzymania będzie płatne przez okres ____ lat za każdy *miesiąc / kwartał / rok* z dołu w wysokości _____ zł brutto / *OPCJONALNIE: zgodnie z Załącznikiem nr __ [WYNAGRODZENIE]*.
4. Podstawą obliczenia wynagrodzenia za realizację danej części zakresu opcjonalnego stanowią ceny jednostkowe zgodne z ofertą Wykonawcy, wskazane w Załączniku nr __ [ZAKRES OPCJONALNY]. Wynagrodzenie takie będzie płatne po Odbiorze świadczeń Wykonawcy.
5. Wynagrodzenie (*poza opcjonalną część zamówienia*) jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Podział Wynagrodzenia na poszczególne Etapy, jak również wszelkie ewentualne przekazywane zestawienia dotyczące czasochłonności wykonywania poszczególnych prac w żadnym wypadku nie stanowią przesłanki do zapłaty opartej na zasadzie rozliczania czasu pracy. Wykonawca będzie zobowiązany do pełnej realizacji Umowy w ramach Wynagrodzenia nawet w przypadku przekroczenia zakładanej czasochłonności prac.
6. Jeżeli rozpoczęcie lub zakończenie świadczenia usług w zakresie Usług Utrzymania nastąpi w trakcie danego miesiąca, Wynagrodzenie miesięczne za Usługi Utrzymania zostanie ustalone proporcjonalnie do liczby dni świadczenia Usług Utrzymania.
7. Wynagrodzenie obejmuje w szczególności wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych, udzielenie licencji oraz udzielenie Zamawiającemu innych uprawnień wskazanych w paragrafach regulujących prawa własności intelektualnej.
8. Wynagrodzenie stanowi całość wynagrodzenia Wykonawcy w związku z realizacją Umowy. Wykonawcy nie przysługują żadne inne roszczenia w stosunku do Zamawiającego, w szczególności zwrot kosztów podróży oraz zakwaterowania członków Personelu Wykonawcy czy też zwrot jakichkolwiek innych, dodatkowych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę związanych z wykonywaniem Umowy.

ZAPŁATA WYNAGRODZENIA

9. Wynagrodzenie będzie płatne przelewem w terminie ____ dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z załączoną kopią Protokołu Odbioru /*raportu ze świadczenia Usług Utrzymania*. Wynagrodzenie będzie płatne na rachunek Wykonawcy _____.
10. Podstawą wystawienia faktury w części Wdrożenia jest odpowiedni Protokół Odbioru lub Protokoły Odbioru.

11. Podstawą wystawienia faktury w części Usług Utrzymania jest odpowiedni Protokół Odbioru / *raport ze świadczenia Usług Utrzymania*.
12. Za datę zapłaty Strony ustalają dzień, w którym Zamawiający wydał bankowi polecenie przelewu Wynagrodzenia na rachunek bankowy Wykonawcy.

KOMENTARZ

Zapłata wynagrodzenia jest podstawowym zobowiązaniem zamawiającego. Ewentualne opóźnienie w tym zakresie może skutkować obowiązkiem zapłaty odsetek w wysokości ustawowej.

W zakresie powyższych klauzul zwracamy uwagę na odpowiednie sformułowanie harmonogramu płatności, tj. załącznika nr ____ [WYNAGRODZENIE]. W szczególności w przypadku zapłaty częściami, za wykonane elementy systemu, np. w danych etapach (co jest często praktykowane w kontraktach IT) konieczne jest prawidłowe (nieprzekraczające wartości poszczególnych świadczeń) przypisanie części wynagrodzenia do produktów lub etapów. Praktykowane jest zatrzymanie części takiego wynagrodzenia do czasu odbioru wdrożenia lub odbioru końcowego. Oznacza to, że np. jeżeli analiza ma wartość 100.000 złotych, po jej odbiorze wypłacane jest np. 80.000 PLN, a kwota 20.000 jest płacona z chwilą odbioru wdrożenia. W zakresie usług utrzymania praktykowane jest płacenie wynagrodzenia za określone okresy, z reguły z dołu.

Zgodnie z powszechną praktyką wynagrodzenie jest płatne na podstawie protokołów. Zwracamy uwagę, że odbiór jest obowiązkiem zamawiającego. W sytuacji gdy dane świadczenie zostało należycie wykonane, a zamawiający nie dokonuje jego odbioru lub nie podpisuje protokołu odbioru, wykonawca może mieć skuteczne roszczenie o zapłatę wynagrodzenia mimo niespełnienia formalnych przesłanek (protokołu).

§ 22.

ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

1. Wykonawca ustanowił zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości ____% ceny zaofertowanej w postępowaniu poprzedzającym zawarcie Umowy. Zabezpieczenie wniesione zostało w formie _____ [do uzupełnienia forma, w jakiej wniesiono zabezpieczenie].
2. Zamawiający dokona zwrotu 70% kwoty zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia Odbioru Wdrożenia. Pozostałe 30% kwoty zabezpieczenia Zamawiający zwróci w terminie 15 dni od dnia upływu okresu rękojmi za wady.

KOMENTARZ: wskazane wartości i terminy zwrotu są przykładowe. Zgodnie z art. 151 ust. 2 Pzp kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia i musi zostać zwrócona w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia, natomiast kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi jest zwracana do 15 dni od upływu okresu rękojmi. Kwotę potrzebną na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi należy oszacować indywidualnie, uzależniając ją od wartości wdrożenia oraz czasu trwania usług utrzymania. Im dłuższy czas usług utrzymania tym wyższa powinna być kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi. Jeżeli, tak jak w przykładzie, 70% zwracane jest po dokonaniu odbioru wdrożenia, a nie odbioru końcowego, to okres rękojmi powinien pokrywać się z okresem utrzymania, aby uniknąć sytuacji, w której zamawiający nie posiada zabezpieczenia w okresie świadczenia utrzymania (zob. też dalszy komentarz w tej kwestii).

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">3. OPCJONALNIE: Zamawiający dokona zwrotu kwoty zabezpieczenia w całości w terminie 30 dni od dnia Odbioru Końcowego. |
|---|

KOMENTARZ

Zgodnie z art. 147 ust. 2 Pzp, zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu nienależytego wykonania umowy. Oznacza to, że aby zachować realny charakter zabezpieczenia, powinno ono zostać wniesione przy zawarciu umowy – teoretycznie bowiem już od tego momentu możliwe jest powstanie roszczeń zamawiającego. Powyższe potwierdzają także pośrednio przepisy o zwrocie wadium – zamawiający ma obowiązek zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia (art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp), natomiast wadium ma być co do zasady zwrócone niezwłocznie po zawarciu umowy i wniesieniu zabezpieczenia. Stąd w proponowanych klauzulach przewidziano model, w którym zabezpieczenie wnoszone jest przy zawarciu umowy, co w praktyce oznacza, że w przypadku zabezpieczenia gotówkowego, zamawiający powinien zawrzeć umowę najwcześniej z chwilą zaksięgowania zabezpieczenia na rachunku, natomiast w przypadku innych form – z chwilą otrzymania odpowiedniego dokumentu.

Postanowienia umowne dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie są kluczowe z tego względu, że kwestie związane z zabezpieczeniem są w sposób wyczerpujący uregulowane ustawą Pzp. Dlatego nie jest konieczne regulowanie umową celu zabezpieczenia, możliwych jego form, możliwości zmiany formy zabezpieczenia, możliwości i warunków wniesienia zabezpieczenia częściowego, etc.

Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, iż jeżeli zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia, to powinno ono mieć realny charakter, tzn. powinno faktycznie pozwalać zamawiającemu na uzyskanie odpowiedniej kwoty w przypadku nienależytego wykonania umowy. Z tego względu, biorąc pod uwagę obserwowaną na rynku praktykę składania zabezpieczeń w postaci gwarancji (zwłaszcza ubezpieczeniowych) obejmujących np. restrykcyjne warunki skorzystania z zabezpieczenia, zamawiający powinni rozważyć zamieszczenie w dokumentacji postępowania postanowień zabezpieczających przed tego rodzaju praktykami. Przykładowe klauzule mogą brzmieć w następujący sposób:

<i>W przypadku wniesienia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, gwarancja musi obejmować jednoznaczne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłaty sumy zabezpieczenia na rzecz Zamawiającego w terminie obowiązywania gwarancji, na pierwsze żądanie Zamawiającego, w którym powołał się on na fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań Wykonawcy, bez konieczności wykazywania jakichkolwiek podstaw odpowiedzialności Wykonawcy. Zamawiający nie dopuszcza</i>

wprowadzenia do gwarancji jakichkolwiek postanowień, które utrudniają lub uniemożliwiają skorzystanie przez Zamawiającego z ustanowionego zabezpieczenia i dokonanie wypłaty żądanej sumy w okresie obowiązywania gwarancji. W szczególności Zamawiający uzna zabezpieczenie za niewniesione, jeżeli:

- gwarancja będzie uzależniać wypłatę sumy zabezpieczenia od wykazania materialnych przesłanek odpowiedzialności Wykonawcy lub
- gwarancja będzie uzależniać wypłatę sumy zabezpieczenia od spełnienia formalnych warunków zapłaty innych niż zmierzające do ustalenia formalnego umocowania osób działających w imieniu Zamawiającego do wystąpienia w imieniu Zamawiającego z żądaniem wypłaty kwoty zabezpieczenia.

Zgodnie z art. 151 ust. 1 Pzp, zamawiający powinien zwrócić zabezpieczenie „w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane”. Termin zwrotu zabezpieczenia wskazany w tym przepisie jest terminem maksymalnym, strony mogą ustalić krótszy termin zwrotu zabezpieczenia. Stosownie do art. 151 ust. 2, „kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia”.

W przypadku umowy której przedmiotem jest wdrożenie systemu (wykonanie dzieła) oraz świadczenie usług utrzymania, (wdrożenie systemu oraz np. 4-letnie utrzymanie), to niewątpliwie całe zamówienie zostanie wykonane po upływie 4 lat utrzymania. Strony mogą jednak ustalić, że zwrot większej części zabezpieczenia nastąpi wcześniej. Przykładowo, strony mogą ustalić, iż zwrot większości zabezpieczenia następuje z chwilą odbioru wdrożenia. Jeżeli rękojmia za wady rozpoczyna bieg od odbioru systemu (odbioru wdrożenia zgodnie z niniejszymi klauzulami) strony mogą wydłużyć okres rękojmi na czas utrzymania, tak by utrzymać zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi przez cały okres utrzymania.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że restrykcyjne podejście do stosowania przepisu i wymaganie wniesienia zabezpieczenia na cały okres realizacji umowy (np. roczne wdrożenie i 4-letnie utrzymanie), oznacza konieczność poniesienia przez wykonawców kosztu utrzymania zabezpieczenia, który z pewnością zostanie uwzględniony w cenie oferty. Z tego względu – zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż żądanie zabezpieczenia jest fakultatywne, więc tym bardziej można ograniczyć jego zakres – możliwe jest przewidzenie konstrukcji, w ramach której po wykonaniu zasadniczej części zamówienia (wdrożenie) zwolnione zostanie nie mniej niż 70% zabezpieczenia, a pozostała część (nie więcej niż 30%) po zakończeniu rękojmi, której okres należy wydłużyć tak, by pokrywała się ona z okresem utrzymania. W proponowanym rozwiązaniu osiągnie się dzięki temu efekt zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie utrzymania na poziomie 30% pierwotnego zabezpieczenia.

§ 23.

KARY UMOWNE

POSTANOWIENIA WSTĘPNE

1. Naliczenie zastrzeżonych Umową kar umownych nie wyłącza możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych do pełnej wysokości szkody poniesionej przez Zamawiającego w związku ze zdarzeniem, które było podstawą naliczenia danej kary.

KOMENTARZ: jeżeli umowa przewiduje limit odpowiedzialności, to odszkodowanie uzupełniające będzie również ograniczone do wysokości tego limitu.

2. Kary umowne są niezależne od siebie i należą się Zamawiającemu w pełnej wysokości nawet w przypadku, gdy z powodu jednego zdarzenia naliczona jest więcej niż jedna kara. Kary będą naliczane za każdy przypadek naruszenia Umowy odrębnie (np. naruszenie obowiązku poufności, zasad ochrony danych osobowych etc.).
3. Kary umowne są należne także w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia, niezależnie od przyczyn odstąpienia lub wypowiedzenia.
4. Kwoty kar umownych będą płatne w terminie wskazanym w żądaniu Zamawiającego. Powyższe nie wyłącza możliwości potrącenia naliczonych kar, jak również zaspokojenia roszczeń z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

KARA ZA OPÓŹNIENIE W WYKONANIU UMOWY

5. O ile wyraźnie nie postanowiono inaczej, w zakresie kar umownych odpowiedzialność Wykonawcy za przekroczenie terminu wskazanego w Umowie lub wyznaczonego zgodnie z postanowieniami Umowy jest odpowiedzialnością z tytułu zwłoki.

ZAMIENNIE (zasada ryzyka): O ile wyraźnie nie postanowiono inaczej, w zakresie kar umownych opisanych Umową, odpowiedzialność za opóźnienie oznacza przyjęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za przekroczenie terminu wskazanego w Umowie lub wyznaczonego zgodnie z postanowieniami Umowy na zasadzie ryzyka, od której może się uwolnić wyłącznie wykazując, że opóźnienie nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający lub było spowodowane przyczynami o charakterze siły wyższej.

KOMENTARZ: konsekwentnie w treści umowy należy używać pojęcia zwłoka lub opóźnienie.

6. PRZYKŁAD: Zamawiający naliczy kary umowne w przypadku *zwłoki / opóźnienia* w Odbiorze każdego z Etapów opisanych Harmonogramem, w wysokości:

1) ___ PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki / opóźnienia,

ZAMIENNIE (kary progresywne):

1) ___ PLN za każdy z rozpoczętych pierwszych ___ dni zwłoki / opóźnienia,

2) ___ PLN za każdy rozpoczęty dzień zwłoki / opóźnienia, począwszy od ___ dnia zwłoki / opóźnienia, aż do ___ dnia zwłoki / opóźnienia,

3) ___ PLN za każdy rozpoczęty dzień powyżej ___ dnia zwłoki / opóźnienia.

7. Dla uniknięcia wątpliwości, kara jest naliczana za każdy Etap niezależnie i okoliczność zapłaty kary za *zwłokę / opóźnienie* w jednym Etapie nie wyklucza możliwości naliczenia kary za kolejne Etapy.

8. Zamawiający naliczy kary umowne w przypadku *zwłoki / opóźnienia* w Odbiorze Wdrożenia w wysokości ____ PLN za każdy rozpoczęty dzień *zwłoki / opóźnienia*.
9. Zamawiający naliczy kary umowne w przypadku *zwłoki / opóźnienia* w Odbiorze Końcowym w wysokości ____ PLN za każdy rozpoczęty dzień *zwłoki / opóźnienia*.

10. OPCJONALNIE: Kary umowne za *zwłokę / opóźnienie* nie przekroczą łącznie __% Wynagrodzenia / kwoty ____ PLN.

KOMENTARZ: limity kar umownych powinny być stosowane w sposób przemyślany i odpowiednio wysoki, z uwagi na fakt, że w większości przypadków kary stanowią jedyny realny instrument dochodzenia od wykonawcy odszkodowania w związku z nienależytym wykonaniem umowy. Zauważalną praktyką w umowach wdrożeniowych zawieranych w sektorze publicznym jest brak jakichkolwiek limitów w tym zakresie. Z drugiej strony budzi wątpliwość możliwość nielimitowanego naliczania kar – zarówno ze względu na szacowanie przez wykonawcę ryzyka i wpływ tego szacowania na cenę, jak i z uwagi na samą konstrukcję kar umownych (naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez zapłatę określonej sumy). W orzecznictwie podnosi się, że nielimitowana możliwość naliczania kar umownych oznacza niemożliwość ustalenia maksymalnej wysokości kar, więc taka konstrukcja może być uznana za nieważną. Z tych powodów rekomendowane jest co najmniej rozważenie takiego limitu.

KARY ZA NIENALEŻYTE WYKONANIE ZOBOWIĄZAŃ GWARANCYJNYCH I SLA

11. OPCJONALNIE: Wykonawca ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w wykonywaniu zobowiązań SLA (Czas Naprawy), przez co należy rozumieć przyjęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, od której może się uwolnić wyłącznie wykazując, że niewykonanie Naprawy w terminie nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający lub z przyczyn o charakterze siły wyższej.

12. Zamawiający naliczy kary umowne za niedochowanie – zgodnie z SLA – Czasu Naprawy:

- 1) w odniesieniu do Błędu Krytycznego – _____ PLN za każdą rozpoczętą godzinę *zwłoki / opóźnienia*;
- 2) w odniesieniu do Błędu Poważnego – _____ PLN za każdą rozpoczętą godzinę *zwłoki / opóźnienia*;
- 3) w odniesieniu do Błędu Niskiej Kategorii – _____ za każdą rozpoczętą godzinę / każdy rozpoczęty dzień *zwłoki / opóźnienia*.

13. OPCJONALNIE (DOSTĘPNOŚĆ): Zamawiający naliczy kary umowne za niedochowanie – zgodnie z SLA – poziomu Dostępności:

- 1) w przypadku Dostępności poniżej 99% zgodnie z SLA – _____ PLN za każdy rozpoczęty punkt procentowy obniżenia Dostępności;
- 2) w przypadku Dostępności poniżej 95% zgodnie z SLA – _____ PLN za każdy rozpoczęty punkt procentowy obniżenia Dostępności,

KOMENTARZ: kary takie można też umieścić w załączniku SLA. Kluczowe jest zapewnienie jednoznaczności podstaw do naliczenia kary (definicja dostępności, sposób jej obliczania). Powyższe kary mogą uwzględniać także np. zastosowanie obejścia – np. przewidując w SLA wydłużenie czasu naprawy w takim przypadku.

14. OPCJONALNIE: Kary umowne za niedotrzymanie SLA nie przekroczą łącznie __% Wynagrodzenia / kwoty ____ PLN.

15. OPCJONALNIE (kary za Usługi Rozwoju): Zamawiający naliczy kary umowne w zakresie Usług Rozwoju za *zwłokę / opóźnienie* w wykonaniu uzgodnionej usługi – w wysokości ___% uzgodnionego wynagrodzenia z tytułu tej usługi za każdy dzień *zwłoki / opóźnienia*,
16. OPCJONALNIE: Kary umowne za *zwłokę / opóźnienie* w wykonaniu Usług Rozwoju nie przekroczą łącznie ___% Wynagrodzenia / kwoty _____ PLN.

KARY ZA ODSTĄPIENIE / WYPOWIEDZENIE UMOWY

17. Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości ____ PLN w przypadku odstąpienia od Umowy z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy. Dla uniknięcia wątpliwości kara jest należna zarówno w przypadku odstąpienia umownego, jak i na podstawie przepisów ustawy, zarówno odstąpienia ze skutkiem do całej Umowy, jak i odstąpienia w części, jeżeli Umowa lub przepis to przewiduje.

KOMENTARZ: Zgodnie z obecnym orzecnictwem raczej jest niedopuszczalne naliczanie kary umownej za zwłokę / opóźnienie i jednocześnie kary za odstąpienie. W związku z powyższym w przypadku odstąpienia od umowy zastosowanie będzie miała wyłącznie kara za odstąpienie.

18. Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości ____ PLN w przypadku wypowiedzenia Umowy w zakresie Usług Utrzymania z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy.

KARY ZA INNE PRZYPADKI NIENALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

19. Niezależnie od kar umownych opisanych powyżej, Zamawiający naliczy kary umowne:
- 1) w przypadku naruszenia zasad ochrony Informacji Poufnych – w wysokości _____ PLN za każdy przypadek naruszenia;
 - 2) w przypadku naruszenia zasad ochrony lub w przypadku naruszenia zasad przetwarzania danych osobowych – w wysokości _____ PLN za każdy przypadek naruszenia;
 - 3) w innych przypadkach opisanych Umową.

KOMENTARZ

Dochodzenie odszkodowania na zasadach ogólnych jest rzadko spotykane w kontraktach wdrożeniowych. Jak zaznaczono w części dotyczącej ogólnych zasad odpowiedzialności, samo wykazanie szkody może być w przypadku zamówień publicznych niemożliwe, a w niektórych przypadkach trudno jest wykazać związek niewykonania zobowiązania ze szkodą. Zdecydowanie wskazane jest więc wprowadzenie do umowy precyzyjnego i dostosowanego do realnych ryzyk zamawiającego systemu kar umownych. W większości sporów kary umowne są podstawowym sposobem zabezpieczenia interesów zamawiającego, także w sektorze prywatnym. Warto zwrócić uwagę, że kary umowne mogą też pełnić rolę sygnalizacyjną czy „dyscyplinującą” – ich naliczenie może nie mieć znaczenia z punktu widzenia odszkodowań, ale może wskazywać na określone przypadki nienależytego wykonania umowy – taką karą może być np. kara za zmianę członka personelu kluczowego bez zachowania umownej procedury.

Kary umowne mogą być skutecznym mechanizmem oceny jakości i terminowości projektu przy zachowaniu dwóch przesłanek: odpowiedniego zdefiniowania, w jakich przypadkach mają one zastosowanie, oraz odpowiedniego ustalenia ich wysokości. Jedną z kluczowych kwestii w kształtowaniu postanowień o karach umownych za zwłokę czy opóźnienie jest odpowiednie przypisanie danej kary do zdarzenia, którego niewykonanie w terminie skutkuje naliczeniem kary. Postanowienia o karach powinny być pisane w sposób spójny z zakładanym harmonogramem realizacji umowy oraz z przyjętym podziałem realizacyjnym, w szczególności powinna zostać zachowana spójność terminologiczna pomiędzy postanowieniami o karach umownych a załącznikami do umowy (np. jeżeli w harmonogramie przewidziane są fazy realizacji umowy, a nie np. etapy, to taką terminologię należy stosować w postanowieniach o karach). W praktyce przypisuje się kary umowne do terminów wykonania poszczególnych wydzielonych części realizacji umowy (faz, etapów etc.) czy nawet dostarczenia poszczególnych produktów, ale – szczególnie w mniejszych projektach – możliwe jest przypisanie kary wyłącznie do przekroczenia terminu odbioru wdrożenia. Kara powinna dotyczyć tych zdarzeń, które mają faktycznie kluczowe znaczenie dla zamawiającego (np. – w zależności od projektu – można przewidzieć jedną karę za zwłokę w wykonaniu analizy, a drugą dopiero za zwłokę w odbiorze wdrożenia, albo można przewidzieć inne kary za etapy czy fazy pośrednie, jeżeli w ramach tych etapów lub faz oddawane są kluczowe produkty). Nie jest celowe i nie jest praktykowane przewidywanie kar za niespełnienie każdego cząstkowego świadczenia wykonawcy. Należy pamiętać, że

nadmierzona restrykcyjność umowy, wyrażona m.in. w zbyt dużej liczbie przypadków zagrożonych karą, może wpłynąć negatywnie na jakość współpracy stron, a w związku z tym na powodzenie projektu, bowiem racjonalnie działający wykonawca, chcąc uniknąć ryzyka, może skupić się na eskalacji potencjalnych problemów leżących po stronie zamawiającego, aby wykazać brak swojej winy, a nie na celu w postaci wykonania umowy.

Jednym z najczęściej poruszanych zagadnień jest zastosowanie konstrukcji opóźnienia lub zwłoki. Co do zasady opóźnienie oznacza odpowiedzialność za przekroczenie terminu na zasadzie ryzyka, zwłoka – na zasadzie winy. O ile umowa nie wprowadzi odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, podstawą będzie zasada winy, czyli zwłoka. Zmiana tej zasady może być uzasadniona, ale podobnie jak katalog kar czy ich wysokość może pociągnąć za sobą skutki dla całego postępowania i ograniczyć krąg wykonawców lub wpłynąć na cenę. Jeżeli zamierzeniem zamawiającego jest wprowadzenie zasady ryzyka, rekomendujemy wpisanie tej zasady wprost, nie tylko przez zastosowanie pojęcia „opóźnienia”. Należy zwrócić uwagę że wprowadzenie pojęcia „opóźnienie” nie oznacza odpowiedzialności absolutnej wykonawcy, obejmującej swoim zakresem także przyczyny opóźnienia leżące po stronie zamawiającego (o ile w ogóle można w takiej sytuacji mówić o opóźnieniu wykonawcy). Można postawić tezę, że jeżeli przyczyną opóźnienia będą działania zamawiającego, to nawet przy reżimie ryzyka wykonawca może zwolnić się od zapłaty kar i odpowiedzialności.

Proponowane klauzule obejmują typowe przypadki kar umownych przewidywanych w umowach dotyczących wdrożeń systemów IT, a więc kary za zwłokę / opóźnienie w wykonaniu wdrożenia oraz za zwłokę / opóźnienie w wykonaniu obowiązków wynikających z umowy serwisowej (tu bardziej uzasadnione jest ukształtowanie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka), a także kary dotyczące naruszenia obowiązków ochrony informacji, danych osobowych oraz przypadków odstąpienia lub wypowiedzenia umowy.

Kary mogą regulować specyficzne dla danego projektu obszary, stąd ich katalog jest otwarty i powinien zostać uzupełniony przez zamawiającego. Można np. przy procedurze odbioru konstruować system kar umownych odwołujących się do jakości produktu przekazywanego do testów (np. wymóg odpowiedniego przetestowania produktu przez wykonawcę określonymi scenariuszami i przekazania raportu z wynikami – w przypadku powtórzenia scenariuszy i stwierdzenia nieujawnionych w raporcie błędów naliczana jest kara), niepoprawienia zgłoszonego błędu (po zgłoszonych błędach i przekazaniu przez wykonawcę teoretycznie poprawionego produktu ponownie odkrywane i zgłaszane są te same błędy) czy nawet liczby błędów krytycznych (wychodząc z założenia, że produkt przekazywany do odbioru powinien być odpowiedniej jakości i nie wykazywać dużej liczby błędów, przynajmniej krytycznych). Spotykane są też kary np. za brak określonej wydajności. Powyższe wyliczenie nie ma na celu rekomendacji wprowadzenia wszystkich możliwych kar, a wyłącznie zwrócenie uwagi na dość twórczy charakter systemu kar umownych. W wielu projektach wystarczą „klasyczne” kary za zwłokę czy odstąpienie. Decyzja jest uzależniona od samego projektu i wymagań zamawiającego.

Wysokość kar może być ustalona w dowolny, ale niebudzący wątpliwości sposób. Praktykowane jest ustalanie wysokości kary jako określonej części procentowej wynagrodzenia wykonawcy (np. 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki). Rzadziej przyjmuje się mniej uniwersalny, ale najbezpieczniejszy model określania wysokości kar w kwotach bezwzględnych. Zamawiający, wybierając pierwszy z tych modeli, musi pamiętać, że odesłanie do wynagrodzenia, które jest podstawą obliczenia kary, musi być jednoznaczne. Jeżeli np. umowa przewiduje opcje albo wydzielone wynagrodzenie za różne świadczenia, to samo wskazanie, że kara wynosi X% wynagrodzenia, może nie być wystarczające, aby dało się w jednoznaczny sposób określić wysokość kary. Ponieważ kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 k.c. musi być „określoną sumą”, brak precyzji we wskazaniu kary może wręcz skutkować nieważnością danego postanowienia. Z tego m.in. względu za bezpieczniejsze należy uznać wskazywanie kary w postaci określonej kwoty pieniężnej. Należy pamiętać, że jakkolwiek możliwość dochodzenia kar umownych jest – w świetle ustabilizowanego orzecznictwa – oderwana od faktu poniesienia szkody, to jednak kara stanowi zryczałtowane odszkodowanie i nie jest jej celem przysporzenie po stronie zamawiającego, lecz zniwelowanie skutków nienależytego wykonania zobowiązania. Co więcej, w praktyce kwestia relacji wysokości rzeczywiście poniesionej szkody do wysokości dochodzonej kary i tak jest badana w ramach instytucji miarkowania kary. W związku z tym wysokość kary powinna być dostosowana do realnej dolegliwości zamawiającego i do istotności (nie tylko w wymiarze majątkowym) wykonania zobowiązań, które ma zabezpieczać.

Najbardziej oczywistą konsekwencją wprowadzenia zbyt wysokich kar jest prawdopodobieństwo otrzymania ofert z wyższymi cenami, uwzględniającymi takie ryzyko. Mniej oczywistą, ale w praktyce mającą duże znaczenie, konsekwencją jest praktyka zabezpieczenia wykonawcy przed karami w trakcie projektu. Wykonawca liczący się z ryzykiem naliczenia nieproporcjonalnie wysokich kar (w skrajnych przypadkach sięgających setek tysięcy złotych dziennie) od samego początku projektu podejmuje działania mające na celu

ochronę swoich interesów, zarówno poprzez dokumentowanie i wykazywanie każdego zaniedbania zamawiającego, jak i bardzo rygorystycznego podejścia do metodyk. Wykonawca skupia się na wykazaniu przesłanek braku podstaw do naliczenia kar, co zazwyczaj prowadzi do wykazywania winy po stronie zamawiającego i nieustających sporów projektowych.

Spotykaną praktyką (aczkolwiek rzadką w umowach wdrożeniowych zawieranych w sektorze publicznym) jest wprowadzanie limitów kar umownych. Co do samej instytucji limitowania odpowiedzialności odsyłamy do uwag w paragrafie o odpowiedzialności. Zwracamy uwagę, że w praktyce kary są jedynym realnym instrumentem sankcji finansowej – jeżeli ich limit jest stosunkowo niski, nawet przy wysokim limicie ogólnym odszkodowania na zasadach ogólnych, łączne roszczenia zamawiającego mogą być de facto ograniczone do limitu kar umownych. Zwracamy także uwagę, że brak limitu może mieć wpływ na wycenę oferty, a także w świetle niektórych poglądów może być kwestionowany co do zasady ze względu na niemożliwość oszacowania maksymalnej wysokości kar.

Warto też wskazać, że w świetle uchwały Sądu Najwyższego z 18 lipca 2012 roku (sygn. akt III CZP 39/12) roszczenie o zapłatę kary umownej przewidzianej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. Wedle tego poglądu nie może dojść do kumulacji kar za zwłokę/opóźnienie oraz kary za odstąpienie. Praktyczną wskazówką jest ustanowienie odpowiednio wysokiej kary na wypadek odstąpienia, która będzie równoważyć niemożliwość naliczenia kary za zwłokę / opóźnienie.

§ 24.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ STRON

1. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy poprzez zapłatę kar umownych lub odszkodowania na zasadach ogólnych, chyba że Umowa w danym przypadku przewiduje modyfikację tych zasad.

2. OPCJONALNIE: Całkowita łączna odpowiedzialność Stron z tytułu szkód wyrządzonych drugiej Stronie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy jest ograniczona:

- 1) do kwoty równej ___ % Wynagrodzenia wskazanego w paragrafie dotyczącym Wynagrodzenia / do kwoty _____ PLN;
- 2) wyłącznie do strat, z wyłączeniem utraconych korzyści.

3. Powyższe ograniczenia odpowiedzialności nie mają zastosowania w odniesieniu do:

- 1) przypadków, w których ograniczenie odpowiedzialności jest niemożliwe ze względu na bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym w przypadku szkód wyrządzonych z winy umyślnej;
- 2) szkód wynikających z wad prawnych świadczeń Wykonawcy, w szczególności w przypadku konieczności zapłaty odszkodowania lub zadośćuczynienia na rzecz osób trzecich w związku z eksploatacją utworów dostarczonych przez Wykonawcę. Postanowienie powyższe stosuje się również w przypadku powstania obowiązku zapłaty przez Zamawiającego opłat licencyjnych lub serwisowych nieprzewidzianych Umową na rzecz producentów Oprogramowania;
- 3) szkód wynikających z ujawnienia Informacji Poufnych;
- 4) szkód wynikających z naruszenia zasad przetwarzania danych osobowych;
- 5) _____ do ewentualnego uzupełnienia przez zamawiającego w zależności od specyfiki projektu.

KOMENTARZ

Postanowienia dotyczące odpowiedzialności są jednymi z najważniejszych i najczęściej analizowanych postanowień umowy. Coraz częstszą praktyką wykonawców jest podejmowanie prób zmierzających do zmiany przyjętych przez zamawiającego wzorców, zarówno poprzez składanie wniosków o wyjaśnienie SIWZ (czy raczej w tym przypadku – wniosków o zmianę SIWZ), jak i poprzez wnoszenie odwołań.

Jedną z kluczowych kwestii w obszarze odpowiedzialności jest możliwość jej limitowania. Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego jest to, co do zasady, możliwe i w praktyce przetargów informatycznych na rynku prywatnym jest regułą. Nie ma badań, które mogłyby wskazać ustalony standard rynkowy, ale można wskazać, że najczęściej wyłączone są szkody w zakresie utraconych korzyści (czasami też utraty danych), jak i wprowadzane są limity kwotowe, z reguły w granicach 100% łącznego wynagrodzenia wykonawcy. Praktyka taka jest też powszechna w innych branżach – warto zauważyć, że stosowany na rynku, w tym także w sektorze publicznym, wzorzec kontraktowy w obszarze projektów budowlanych, przyjęty przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC) jako standard, przyjmuje wyłączenie odpowiedzialności z tytułu utraconych korzyści oraz ograniczenie kwotowe do sumy równej wynagrodzeniu wykonawcy.

Na rynku zamówień publicznych w przetargach IT widoczna jest wyraźnie tendencja do nielimitowania odpowiedzialności wykonawcy. Takie podejście jest z jednej strony zrozumiałe, ponieważ z czysto prawnego punktu widzenia każdy limit odpowiedzialności pogarsza sytuację prawną zamawiającego. Z drugiej jednak strony taka polityka może wpływać na ograniczenie kręgu potencjalnych oferentów lub na podwyższenie wynagrodzenia w związku z koniecznością uwzględnienia w cenie wysokiego ryzyka. Warto

jednakże zaznaczyć, że ze względu na wartość i rangę zamówień publicznych część wykonawców wprowadza dla tych kontraktów osobny tryb uzyskiwania zgód korporacyjnych i nie jest wykluczone, że zgody takie otrzyma. Utrzymanie kodeksowej zasady Nielimitowanej odpowiedzialności nie zawsze ma więc pierwszorzędne znaczenie i, w zależności od stanu faktycznego, może być zarówno niezbędnym elementem umowy, jak i regulacją zbyt restrykcyjną.

W orzecznictwie i piśmiennictwie związanym z zamówieniami publicznymi widoczna jest tendencja do rekomendowania zakazu wprowadzania przez zamawiających publicznych ograniczeń odpowiedzialności, wywodzonego z przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którymi naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest w szczególności nieustalenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo ustalenie takiej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia, jak również niepobranie lub niedochodzenie takich należności (art. 5 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Podkreśla się także rolę zamawiającego jako strażnika interesu publicznego, który może w celu ochrony tego interesu sięgać do rozwiązań restrykcyjnych, w szczególności może w sposób jednostronnie dla siebie korzystny kształtować postanowienia umowy o zamówienie publiczne.

Oczywiście nie sposób polemizować z faktem, że zamawiający publiczny powinien odpowiedzialnie kształtować relacje umowne z wykonawcami, zabezpieczając interes publiczny, który stoi za realizacją danego kontraktu. Należy jednak podkreślić, że przepisy o dyscyplinie finansów publicznych, prawo zamówień publicznych ani jakiegokolwiek inne przepisy prawa nie przewidują żadnych regulacji, które wprost nakazują lub zakazują zamawiającym wprowadzania do umów o zamówienia publiczne konkretnych postanowień dotyczących odpowiedzialności, w tym także nie przewidują wyraźnego zakazu wprowadzenia do umowy o zamówienia publiczne ograniczenia czy limitu odpowiedzialności wykonawcy. Cytowany powyżej przepis art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dotyczy sytuacji, w której – z jakiegokolwiek tytułu prawnego – może powstać należność podmiotu publicznego. Jeżeli więc zostało zaciągnięte zobowiązanie, które nie zostało wykonane, to zamawiający publiczny powinien niewątpliwie podjąć kroki, które w konsekwencji doprowadzą do uzyskania przewidzianych umową kar umownych lub odszkodowania. Samo zawarcie danej umowy oraz jej treść zależne są jednak od wielu czynników, które muszą być przez zamawiającego wzięte pod uwagę. Oczywiście sama umowa również nie może być ukształtowana w sposób, który

z definicji pozbawia zamawiającego należnych mu świadczeń, jednak zamawiający powinien, kształtując jej treść, wyważyć ryzyka i korzyści wynikające z jej postanowień, w tym także w obszarze odpowiedzialności. Można sobie łatwo wyobrazić sytuację, w której umowa przewidująca odpowiednie kary umowne, określająca równocześnie maksymalny limit odpowiedzialności, zabezpiecza interesy zamawiającego w sposób w pełni wystarczający. Zależy to m.in. od wysokości szkody, którą zamawiający w danym przypadku może ponieść, od prawdopodobieństwa jej wystąpienia oraz wyważenia potencjalnych ryzyk wynikających z ograniczenia odpowiedzialności i korzyści, które poprzez jego wprowadzenie można osiągnąć (np. zwiększenie konkurencyjności i obniżenie ceny w danym przypadku). Zamawiający muszą przy tym pamiętać, że szkoda w prawie polskim obejmuje wyłącznie uszczerbek majątkowy i to o naprawienie takiego uszczerbku (ustalenie, a następnie ściągnięcie należności podmiotu publicznego) chodzi w przytoczonych regulacjach ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Tymczasem w wielu sytuacjach nienależyte wykonanie umowy naraża wprawdzie zamawiającego na szereg komplikacji (np. niemożliwość obsługi

obywateli w danym obszarze, który miał zostać z informatyzowany), ale niekoniecznie jest z tym związana szkoda majątkowa. Może się też okazać, że Nielimitowana odpowiedzialność ma wpływ na wycenę ofert, ale realnie nie istnieje możliwość wyrządzenia szkody w takim rozmiarze, by standardowe ograniczenia (np. do 100% wartości umowy) były przekroczone. Częstość zapomina się też o tym, że w rzeczywistości i w czysto praktycznym ujęciu odpowiedzialność wykonawcy względem zamawiającego, rozumiana jako maksymalna kwota, którą wykonawca może zapłacić zamawiającemu w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia, i tak jest limitowana wartością zasobów wykonawcy. Jeżeli wykonawca wyrządzi zamawiającemu szkodę w wysokości przekraczającej majątek wykonawcy, to prostą tego konsekwencją jest jego upadłość i zaspokojenie roszczeń zamawiającego do wysokości możliwej do zaspokojenia zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa upadłościowego. Tak więc nawet najbardziej restrykcyjna umowa nie jest w stanie zabezpieczyć w praktyce możliwości uzyskania odszkodowania w dowolnie wysokiej kwocie. Trzeba przy tym jednak zaznaczyć, że wprowadzenie skutecznego limitu odpowiedzialności oznacza wyłączenie możliwości dochodzenia przez zamawiającego odszkodowania ponad zdefiniowaną kwotę, jeżeli więc w danym projekcie zamawiający jest w

stanie zidentyfikować ryzyko wystąpienia okoliczności powodujących szkodę w określonej wysokości, to jest oczywistym, że nie powinien wprowadzać ograniczeń, które uniemożliwią pokrycie tego ryzyka.

Równocześnie kwestie interesu bezpośrednio majątkowego nie są jedynymi, jakie należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy dane postanowienie umowne jest dla zamawiającego korzystne. Umowa jest elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia która powinna podlegać ocenie pod względem zasady konkurencyjności i równości, zatem w ocenie autora komentarza kwestie odpowiedzialności również powinny być pod tym kątem oceniane. Umowa o zamówienie publiczne jest jednym z elementów istotnie wpływających na ocenę rentowności lub w ogóle możliwości podjęcia się wykonania zamówienia. Przewidziane umową zasady odpowiedzialności – w tym właśnie limit odpowiedzialności albo jego brak czy wysokość kar umownych – mogą wpłynąć na sytuację wykonawców dokładnie tak samo, jak wszelkie inne postanowienia SIWZ dotyczące przedmiotu umowy, terminów czy sposobu jego realizacji, a nawet warunków udziału w postępowaniu. Przykładowo, wysokie kary umowne mogą być możliwym do zaakceptowania ryzykiem dla dużych podmiotów posiadających znaczne zasoby finansowe, a równocześnie mogą stanowić ryzyko niemożliwe do zaakceptowania przez małych i średnich przedsiębiorców. Paradoksalnie, brak limitu odpowiedzialności może zadziałać dokładnie odwrotnie – duża korporacja, działająca zgodnie z restrykcyjnie przestrzeganymi zasadami wewnętrznymi, może nie uzyskać zgód wewnętrznych na zaakceptowanie umowy, w której nie został zdefiniowany maksymalny poziom odpowiedzialności wykonawcy (lub może znacząco podnieść cenę oferty), a mniejsze przedsiębiorstwo, działające bardziej elastycznie, może ryzyko takie przyjąć. W realiach danego zamówienia wprowadzenie limitu odpowiedzialności może więc być dla zamawiającego korzystne, jeżeli w ten sposób zamawiający np. rozszerzy krąg potencjalnych wykonawców i uzyska lepszą cenę lub ograniczy ryzyko zmonopolizowania przez danego wykonawcę czy produkt.

Należy jednak zauważyć, że istnieją poglądy przeciwne przyjmujące, iż postanowienia umowne dotyczące odpowiedzialności nie mają wpływu na ograniczenie zasady konkurencyjności i równości, w szczególności z uwagi na fakt, iż problem kar umownych może pojawić się dopiero w toku realizacji umowy, a nie na etapie wyboru wykonawcy. Nie zmienia to jednak faktu, iż z punktu widzenia bezpieczeństwa prawnego zamawiającego, korzystniejsze jest przyjęcie założenia, że także postanowienia dotyczące odpowiedzialności, w tym kar umownych, mogą podlegać ocenie KIO oraz organów kontrolnych z punktu widzenia zgodności z przepisami prawa zamówień publicznych, w szczególności z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego, z pewnością można wskazać przypadki, kiedy zamawiający nie powinien stosować limitów. Zależy to od specyfiki projektu, ale w praktyce obrotu dotyczy obszarów szczególnie wrażliwych, w których ryzyko jest dla zamawiającego szczególnie duże, a wykonawca, dochowując najwyższej profesjonalnej staranności, powinien potrafić nad takim ryzykiem zapanować. Chodzi w szczególności o odpowiedzialność za wady prawne dostarczanych produktów czy też za utratę danych (zwłaszcza w kontraktach chmurowych lub outsourcingowych).

Jak wynika z powyższego, nie można udzielić uniwersalnej rekomendacji, aby do umów o zamówienia publiczne zawsze wprowadzane były limity odpowiedzialności. Nie można też uznać za właściwe wprowadzanie takich limitów do każdej umowy niezależnie od realnego ryzyka kontraktowego i możliwych skutków wprowadzenia lub braku limitu. Zamawiający muszą pamiętać o tym, że decyzja o pozostawieniu w umowie ogólnej zasady nielimitowanej odpowiedzialności lub o wprowadzeniu limitu ma z punktu widzenia wykonawców istotne znaczenie i wpływa na ich sytuację w danym postępowaniu. Rekomendowane jest więc podejmowanie decyzji w tym przedmiocie po wnikliwej analizie okoliczności danego przypadku, przy założeniu, że wprowadzenie limitu odpowiedzialności (np. do kwoty równej łącznemu wynagrodzeniu wykonawcy brutto) może w poszczególnych przypadkach być z punktu widzenia interesów zamawiającego działaniem nawet nie tyle dopuszczalnym, co wręcz wskazanym.

§ 25.

ODSTĄPIENIE OD UMOWY

ODSTĄPIENIE OD UMOWY PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO (UMOWNE PRAWO ODSTĄPIENIA)

1. Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy (umowne prawo odstąpienia) bez wyznaczania terminu dodatkowego w przypadku, w którym:
 - 1) *zwłoka / opóźnienie Wykonawcy w wykonaniu Analizy wyniesie co najmniej _____ dni;*
 - 2) *zwłoka / opóźnienie Wykonawcy skutkująca opóźnieniem Odbioru Etapu _____ / Odbioru Wdrożenia wyniesie co najmniej _____ dni;*
 - 3) *zwłoka / opóźnienie Wykonawcy skutkująca opóźnieniem Odbioru Wdrożenia wyniesie co najmniej _____ dni.*
2. Jeżeli Wykonawca będzie realizował Umowę w sposób wadliwy albo sprzeczny z Umową, Zamawiający wezwie Wykonawcę do zmiany sposobu jej wykonywania i wyznaczy mu w tym celu dodatkowy termin, nie krótszy ___ 30 dni. Po bezskutecznym upływie tego terminu Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy (umowne prawo odstąpienia). Wezwanie będzie wystosowane w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności.

SKUTKI ODSTĄPIENIA: WARIANT 1 – ODSTĄPIENIE W CAŁOŚCI

4. W razie wykonania przez Zamawiającego umownego prawa odstąpienia od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, oświadczenie o odstąpieniu ma skutek w stosunku do całej Umowy.
5. W takim przypadku:
 - 1) Zamawiający zwróci Wykonawcy lub usunie w sposób uniemożliwiający produkcyjne wykorzystanie wszelkie przekazane przez Wykonawcę Produkty lub inne świadczenia, a Wykonawca zobowiązany będzie zwrócić otrzymane Wynagrodzenie w terminie ___ dni od daty otrzymania oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy;
 - 2) Zamawiający w każdym przypadku będzie uprawniony do zatrzymania pojedynczych kopii Produktów lub świadczeń, o których mowa powyżej, na potrzeby ewentualnego dochodzenia roszczeń przysługujących Zamawiającemu w stosunku do Wykonawcy lub osób trzecich lub ochrony przed roszczeniami takich osób;
 - 3) z tytułu korzystania przez Zamawiającego z Produktów, usług lub innych świadczeń w okresie od ich dostarczenia przez Wykonawcę, do dnia ich zwrotu lub zniszczenia Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie lub odszkodowanie.

SKUTKI ODSTĄPIENIA: WARIANT 2 – ODSTĄPIENIE W ODNIESIENIU DO PRODUKTÓW NIEODEBRANYCH

KOMENTARZ: wariant zakładający częściowe odstąpienie od umowy, z zatrzymaniem odebranych świadczeń. W tym wariantcie kluczowe jest poprawne zdefiniowanie produktów i procedury ich odbiorów.

6. W razie wykonania przez Zamawiającego umownego prawa odstąpienia od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, Strony uzgadniają, że oświadczenie o odstąpieniu – o ile Umowa dalej wyraźnie nie stanowi inaczej – ma skutek wyłącznie do nieodebranych Produktów i Etapów.
7. W takim przypadku:
 - 1) Zamawiający zachowa Produkty lub Etapy które zostały odebrane (w tym uprawnienia nabyte na podstawie Umowy, takie jak autorskie prawa majątkowe lub udzielone licencje), a Wykonawca:
 - a) zachowa prawo do Wynagrodzenia za odebrane Produkty lub Etapy;
 - b) ma prawo do wynagrodzenia za odebrane Produkty lub Etapy, które nie zostały zapłacone. Wysokość tego wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o Wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające (np. w przypadku niedokończonych prac) – proporcjonalnie do stanu zaawansowania prac;
 - 2) jeżeli do odebranych Produktów lub Etapów Zamawiający nie nabył praw lub licencji zgodnie z zasadami opisanymi w paragrafach regulujących prawa własności intelektualnej, Zamawiający – w ramach należnego Wykonawcy wynagrodzenia – nabywa do nich stosowne prawa lub licencje na zasadach opisanych w paragrafach regulujących prawa własności intelektualnej, z chwilą złożenia oświadczenia o odstąpieniu;
 - 3) Zamawiający zwróci Wykonawcy lub usunie w sposób uniemożliwiający produkcyjne wykorzystanie inne Produkty lub otrzymane świadczenia, a Wykonawca zobowiązany będzie zwrócić Wynagrodzenie otrzymane za te Produkty lub świadczenia w terminie ___ 30 dni od daty otrzymania oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy;
 - 4) Zamawiający w każdym przypadku będzie uprawniony do zatrzymania pojedynczych kopii Produktów lub świadczeń, o których mowa powyżej, na potrzeby ewentualnego dochodzenia roszczeń przysługujących Zamawiającemu w stosunku do Wykonawcy lub osób trzecich lub ochrony przed roszczeniami takich osób;
 - 5) z tytułu korzystania przez Zamawiającego z Produktów, usług lub innych świadczeń, o których mowa powyżej, w okresie od ich dostarczenia przez Wykonawcę do dnia ich zwrotu lub zniszczenia Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie lub odszkodowanie.

8. OPCJONALNIE: Niezależnie od powyższego, Zamawiający jest uprawniony do wskazania w oświadczeniu o odstąpieniu od Umowy, które z przekazanych mu a nieodebranych Produktów lub świadczeń chce zatrzymać ponad odebrane Produkty lub Etapy.

9. W takim przypadku:

- 1) Zamawiający wskaże, które z nieodebranych Produktów lub świadczeń (nawet nieukończonych), mają dla niego samodzielne znaczenie i chce je zatrzymać;
- 2) Wykonawca ma prawo do wynagrodzenia za Produkty lub świadczenia które zostały przez Zamawiającego zatrzymane, o ile nie zostały wcześniej zapłacone. Wysokość tego wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o Wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające (np. w przypadku niedokończonych prac) – proporcjonalnie do stanu zaawansowania prac;
- 3) w ramach wynagrodzenia zapłaconego zgodnie z poprzednim ustępem, Zamawiający nabywa, na zasadach opisanych w paragrafach regulujących prawa własności intelektualnej, odpowiednio prawa lub licencje do utworów, wchodzących w zakres zatrzymanych Produktów lub świadczeń,

co do których nie nabył takich praw lub licencji do dnia odstąpienia. W takim przypadku nabycie takich praw lub licencji nastąpi z chwilą złożenia oświadczenia o zatrzymaniu danego Produktu lub świadczenia.

10. Ilekroć Umowa zastrzega dla Zamawiającego umowne prawo odstąpienia od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, *Zamawiający jest uprawniony do wykonania tego uprawnienia w terminie 6 miesięcy od daty, w której powziął wiadomość o przyczynie uzasadniającej odstąpienie od Umowy, w każdym przypadku nie później niż w terminie 12 miesięcy od daty przewidzianej w Harmonogramie na Odbiór Końcowy.*

KOMENTARZ: wskazanie terminu na wykonanie umownego prawa odstąpienia wynika z przepisów prawa (art. 395 § 1 k.c.) i przy jego wyznaczaniu zamawiający powinien dla bezpieczeństwa zakładać ryzyko wystąpienia opóźnień w realizacji projektu. Należy także zwrócić uwagę, aby zamiast terminu nie odwoływać się do zdarzeń przyszłych i niepewnych (warunku).

Art. 145 Pzp

11. Z zastrzeżeniem następných ustępow, postanowienia niniejszej Umowy nie mają zastosowania do odstąpienia od Umowy na podstawie art. 145 Pzp lub jej rozwiązania na podstawie art. 145a Pzp.
12. W przypadku odstąpienia na podstawie art. 145 Pzp lub rozwiązania umowy na podstawie art. 145a Pzp, Zamawiający zapłaci wynagrodzenie Wykonawcy, przy czym wysokość tego wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o Wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające (np. w przypadku niedokończonych prac) – proporcjonalnie do stanu zaawansowania prac.
13. Strony zastrzegają dla oświadczenia o odstąpieniu od Umowy formę pisemną pod rygorem nieważności.

KOMENTARZ

USTAWOWE I UMOWNE PRAWO ODSTĄPIENIA

Umowa wdrożeniowa jest zazwyczaj kwalifikowana jako umowa o dzieło i jest umową wzajemną. Oznacza to możliwość zastosowania szeregu przepisów, przyznających stronom umowy uprawnienie do odstąpienia od niej. Odstąpienie może wynikać zarówno z przepisów ustawy (ustawowe prawo odstąpienia) jak i regulacji umownych (umowne prawo odstąpienia).

Ustawowe prawo odstąpienia wynika tu przede wszystkim z przepisów Kodeksu cywilnego, ale też prawa zamówień publicznych oraz ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Pomijając przypadki wykonywania uprawnień z rękojmi lub przypadki niemożliwości świadczenia, ustawowe prawo odstąpienia od umowy przysuguje:

- *każdej ze stron umowy na podstawie art. 491 KC (niewykonanie zobowiązania z umowy wzajemnej mimo wezwania i wyznaczenia w tym celu odpowiedniego terminu), art. 492 KC (niewykonanie zobowiązania w terminie ściśle oznaczonym, jeżeli umowa zastrzega na tę okoliczność uprawnienie do odstąpienia od umowy albo wykonanie po terminie nie miaoby dla wierzyciela znaczenia), art. 492[1] KC (odmowa spełnienia świadczenia, z którym dłużnik pozostaje w zwłoce);*
- *wyłącznie wykonawcy na podstawie art. 640 KC (brak współdziałania zamawiającego mimo wezwania i wyznaczenia w tym celu odpowiedniego terminu).*
- *wyłącznie zamawiającemu na podstawie art. 631 KC (znaczny wzrost wynagrodzenia kosztorysowego), art. 635 KC (opóźnienie w rozpoczęciu lub ukończeniu dzieła w takim stopniu, że nie jest prawdopodobne, żeby wykonawca ukończył je w terminie umówionym), art. 636 KC (wadliwe lub sprzeczne z umową wykonywanie dzieła mimo wezwania i wyznaczenia w tym celu odpowiedniego terminu), art. 644 KC (odstąpienie za zapłatą całości wynagrodzenia mimo nieukończenia dzieła), art. 145 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (odstąpienie z uwagi na*

istotną zmianę okoliczności powodującą, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy), art. 54 pr.aut. (nieterminowe dostarczenie utworu), art. 55 (dostarczenie utworu z usterkami i nieusunięcie ich mimo wezwania i wyznaczenia odpowiedniego terminu oraz dostarczenie utworu z wadami prawnymi). Ustawa Pzp przewiduje również możliwość rozwiązania umowy przez zamawiającego w przypadkach przewidzianych w art. 145a Pzp (w razie dokonania zmian umowy z naruszeniem określonych przepisów Pzp, zawarcia umowy z wykonawcą podlegającym wykluczeniu lub orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów). Ustawa w odniesieniu do tego uprawnienia posługuje się terminem „rozwiązanie”, a nie „odstąpienie”, przy czym w skutkach zrównuje je z odstąpieniem na podstawie art. 145 ust. 1 Pzp.

Należy podkreślić, że przepis art. 640 KC stanowi narzędzie, które może być wykorzystane przez wykonawcę w sporze z zamawiającym, w związku z czym szczególnie istotne jest odpowiednie dokumentowanie przez zamawiającego podejmowania wszelkich czynności, które zgodnie z umową oraz przepisami prawa powinny być podejmowane w ramach współdziałania niezbędnego do wykonania umowy. W poszczególnych przypadkach uzasadnione może być wprowadzenia mechanizmów umownych, które utrudnią wykonawcy odstąpienie od umowy w sytuacjach, w których niewykonanie obowiązku współdziałania nie jest oczywiste. Mechanizmem takim mogłoby np. być przewidzenie obowiązku wskazania przez wykonawcę oczekiwanego sposobu współdziałania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu, nie krótszego niż czas, który w danym przypadku jest dla zamawiającego bezpieczny.

Niezależnie od przypadków wynikających z przepisów prawa, także umowa może zastrzegać dla jednej lub obu stron kontraktu umowne prawo odstąpienia (art. 395 k.c.). Umowne prawo odstąpienia może przysługiwać stronie bezwarunkowo albo być ograniczone warunkiem, który może również polegać na określonym zachowaniu drugiej strony (np. nieprawidłowej realizacji umowy). Skuteczne zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia od umowy wymaga wskazania terminu (nie warunku), w jakim strona może skorzystać z tego uprawnienia.

W ujęciu kodeksu cywilnego wykonanie zarówno ustawowego, jak i umownego prawa odstąpienia od umowy wywołuje skutek wsteczny (ex tunc). W szczególności oznacza to zwrot świadczeń. W wielu sytuacjach taki skutek nie leży w interesie zamawiającego. Mimo nieudanego wdrożenia zamawiający może mieć uzasadniony interes w zatrzymaniu części świadczeń. Dzieje się tak w szczególności, kiedy dane oprogramowanie może być dalej rozwijane przez zamawiającego lub inne podmioty. W przypadku, kiedy dane rozwiązanie – choćby ze względu na specyficzny know-how i brak specjalistów – nie może być rozwijane przez podmiot inny niż wykonawca, preferowanym rozwiązaniem jest pełen skutek odstąpienia i zwrot świadczeń. Pełen skutek może mieć też zastosowanie w przypadku projektów, w których minął termin wykonania, a świadczenie po terminie nie ma dla zamawiającego znaczenia (np. obsługa konkretnego wydarzenia).

Możliwość wprowadzenia w umowie modyfikacji skutków odstąpienia (a więc określenia takiego skutku jedynie „na przyszłość”) jest szeroko aprobowana w przypadku umownego prawa odstąpienia. Tak też opisano wariant II w powyższych klauzulach. W przypadku ustawowego prawa odstąpienia (czy to przez wykonawcę, czy zamawiającego) regulacje takie budzą bardzo uzasadnione wątpliwości (jasne reguły wyznacza tu ustawa Pzp). Nadal możliwe jest odstąpienie od umowy w części (w szczególności zgodnie z art. 491 par. 2 k.c.) ale wymaga to zbadania, czy świadczenia wykonawcy można uznać za podzielne. Taka weryfikacja musi odwoływać się do konkretnego projektu i opisu przedmiotu zamówienia (decydująca rola OPZ) i nie jest opisana we wzorcu. Jeżeli kluczowe dla zamawiającego jest zatrzymanie części świadczeń, rekomendowane jest stosowanie wyłącznie umownego prawa odstąpienia, a żeby uniknąć ryzyka odstąpienia ze skutkiem wstecznym przez wykonawcę – przewidzenie podzielności świadczeń na etapie opracowywania OPZ.

W przypadku odstąpienia częściowego, a także na podstawie przepisów Pzp, wykonawcy należne jest wynagrodzenie za zatrzymane produkty. Optymalnie rozliczenie powinno zostać dokonane w oparciu o listę produktów z przypisanymi cenami. W niektórych przypadkach jest to możliwe, jeżeli taka szczegółowa specyfikacja cenowa była załącznikiem do oferty wykonawcy. Jeżeli lista taka nie istnieje, możliwe jest przyjęcie wielu wariantów, w zależności od uwarunkowań danego projektu. Można zaproponować rozliczenie np. w oparciu o listę wykonanych prac i produktów stanowiących efekt inwentaryzacji przeprowadzonej wspólnie przez zamawiającego i wykonawcę. Oczywiście – zwłaszcza w wypadku konieczności przeprowadzenia wspólnej inwentaryzacji – nie jest możliwe do uniknięcia ryzyko sporów co do tego, czy i w jakim zakresie dany produkt jest gotowy lub przydatny dla zamawiającego.

Należy wskazać, że zgodnie z obecnym orzecnictwem raczej jest niedopuszczalne naliczanie kary umownej za zwłokę / opóźnienie i jednocześnie kary za odstąpienie. W związku z powyższym w przypadku odstąpienia od umowy zastosowanie będzie miała wyłącznie kara za odstąpienie.

ODSTĄPIENIE Z UWAGI NA BRAK WSPÓŁDZIAŁANIA

Najczęstszym przypadkiem, w którym wykonawca odstępuje od umowy, jest odstąpienie z przyczyn przewidzianych w art. 640 k.c., tj. z uwagi na brak współdziałania zamawiającego. Ocena, czy wystąpił brak współdziałania po stronie zamawiającego oraz tego, czy stanowi on podstawę do odstąpienia, a zatem czy współdziałanie zamawiającego jest potrzebne do wykonania dzieła, musi być dokonywana indywidualnie na podstawie postanowień umownych (które mogą wskazywać katalog czynności zamawiającego które są niezbędne do wykonania dzieła) oraz konkretnej sytuacji. Konsekwencje takiego odstąpienia dla rozliczeń stron są dyskusyjne. W starszym orzecznictwie przyjmowano, że w razie odstąpienia przez wykonawcę od umowy na podstawie art. 640 k.c., wykonawca może, zgodnie z art. 639 k.c., domagać się pełnego wynagrodzenia za wykonanie dzieła, a zamawiający może jedynie odliczyć to, co wykonawca oszczędził, nie wykonując dzieła. W nowszym orzecznictwie przyjmuje się, że w razie odstąpienia od umowy rozliczenie stron następuje na podstawie 494 k.c. Wykonawca może więc dochodzić odszkodowania za utracone korzyści w postaci niezyskanego zarobku, ale nie może żądać zapłaty wynagrodzenia umownego. W obu wariantach ryzyka związane ze skorzystaniem przez wykonawcę z uprawnienia z art. 640 k.c. są dla zamawiającego bardzo wysokie, łącznie z obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia mimo niezyskania systemu.

ODSTĄPIENIE NA GRUNCIE ART. 145 PZP

Art. 145 ust. 1 Pzp przyznaje zamawiającemu uprawnienie do odstąpienia od umowy z przyczyn szczególnych, tj. istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub jeżeli dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. Uprawnienie to przysługuje zamawiającemu w terminie 30 dni od daty, w której dowiedział się o okolicznościach uzasadniających odstąpienie od umowy.

Uprawnienia wykonawcy w razie wykonania przez zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy określa art. 145 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. Roszczenie to przysługuje mu, o ile przystąpił do wykonywania umowy, i tylko w takim zakresie, w jakim wykonał już swoje zobowiązania wynikające z umowy. W praktyce problemem może być ustalenie konkretnej wartości świadczeń wykonanych do dnia skorzystania z uprawnienia do odstąpienia. W zależności od danej umowy, podstawą ustalenia tej wartości może być albo wprost treść umowy (jeżeli np. przewidziany został załącznik opisujący ceny jednostkowe za poszczególne produkty i usługi), albo też wyłącznie czynności dokonywane po rozwiązaniu, czyli inwentaryzacja stanu realizacji umowy i obliczenie stopnia jej zrealizowania. W celu ograniczenia ryzyka sporów w tym przedmiocie, wskazane może być wymaganie od wykonawcy szczegółowych specyfikacji cenowych, z zastrzeżeniem, że ceny wskazywane w takich specyfikacjach powinny być rzeczywistymi rynkowymi cenami za poszczególne świadczenia. Naturalną tendencją zmierzającą do zminimalizowania ryzyka może być bowiem przypisywanie jak największych wartości produktom realizowanym na samym początku realizacji umowy.

Przepis art. 145 PZP, zarówno jeżeli chodzi o przesłanki, jak i skutki odstąpienia od umowy, ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie może być modyfikowany w umowie.

Na marginesie trzeba wskazać na regulacje art. 145a Pzp, które wprowadzają uprawnienie zamawiającego do rozwiązania umowy w określonych przypadkach (sprzeczna z przepisami zmiana umowy, zawarcie umowy z wykonawcą podlegającym wykluczeniu i stwierdzone przez Trybunał Sprawiedliwości naruszenie prawa). Skutki rozwiązania umowy w takich okolicznościach zrównane są ze skutkami odstąpienia zgodnie z art. 145 Pzp, tzn. w razie wykonania uprawnienia przez zamawiającego, wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia z tytułu wykonania części umowy. Tak więc także z tego względu wskazane jest wprowadzenie do umowy mechanizmu umożliwiającego obliczenie wynagrodzenia wykonawcy należnego za realizację poszczególnych świadczeń, opisywanego przy okazji wykonania prawa odstąpienia.

STOSUNEK PRZEPISÓW PRAWA AUTORSKIEGO DO PRZEPISÓW K.C.

Na gruncie obowiązującego prawa niejasne jest, jaki jest stosunek przepisów art. 54 i 55 pr.aut., dotyczących nieterminowego dostarczenia utworu i dostarczenia utworu z usterkami, do przepisów kodeksu cywilnego regulujących uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w razie pozostawania w zwłoce z wykonaniem dzieła (przede wszystkim art 635 k.c.) oraz wadliwego wykonywania umowy (art. 636 k.c.).

Wypowiedzi w nauce prawa są bardzo rozbieżne, a problemu nie rozstrzyga również orzecznictwo sądów. Jakkolwiek wykonywane w czasie wdrożenia prace nie zawsze mają charakter twórczy i podlegają ochronie prawa autorskiego (charakteru takiego nie mają często np. różnego rodzaju parametryzacje czy konfiguracje systemów), to część prac z reguły ma taki charakter (np. analiza czy prace deweloperskie).

Praktycznym rozwiązaniem tych trudności jest wprowadzenie do umowy umownego prawa odstąpienia w przypadku dwóch najczęstszych sytuacji, w których wykonawca nienależycie wykonuje umowę, tj. niedostarczenia dzieła w terminie i wadliwego jego wykonywania. Nawet jeżeli te postanowienia będą bliskie treści art. 635 i 636 k.c., to dzięki ich wprowadzeniu do kontraktu jako umownego prawa odstąpienia usuwa się wątpliwości co do relacji pomiędzy przepisami k.c. i prawa autorskiego.

§ 26.

§ 27.

PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH

1. Zamawiający powierza Wykonawcy przetwarzanie danych osobowych w zakresie, w celu i na zasadach określonych w Załączniku nr __ [UMOWA O POWIERZENIE PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH].
2. Wykonawca oświadcza, że dysponuje środkami technicznymi i organizacyjnymi wystarczającymi do zapewnienia bezpieczeństwa powierzonych danych osobowych oraz zgodności przetwarzania danych osobowych z obowiązującym prawem.
3. Wykonawca zobowiązuje się na bieżąco śledzić zmiany regulacji ochrony danych osobowych i dostosowywać sposób przetwarzania danych, w szczególności procedury wewnętrzne i sposoby zabezpieczenia danych osobowych, do aktualnych wymagań prawnych.
4. Wykonawca ma obowiązek niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu 3 dni od nastąpienia określonego zdarzenia lub powzięcia określonej informacji, poinformować Zamawiającego:
 - 1) jeśli Wykonawca nie jest w stanie zapewnić bezpieczeństwa powierzonych danych osobowych lub zgodności ich przetwarzania z prawem;
 - 2) jeśli Wykonawca otrzyma informację o planowanej u Wykonawcy kontroli organu nadzoru, w szczególności Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych;
 - 3) jeśli Wykonawca otrzyma żądanie udostępnienia powierzonych danych osobowych, pochodzące od osoby trzeciej;
 - 4) jeśli Wykonawca otrzyma żądanie osoby, której dane dotyczą, dotyczące zaprzestania przetwarzania jej danych osobowych lub udzielenia informacji o zakresie, celu lub sposobie przetwarzania powierzonych danych osobowych lub jakichkolwiek innych informacji dotyczących przetwarzania danych jej dotyczących;
 - 5) w każdym przypadku wystąpienia incydentu związanego z przetwarzaniem danych osobowych przetwarzanych przez Wykonawcę, polegającego w szczególności na ujawnieniu danych osobowych osobom nieuprawnionym, utracie danych osobowych, utracie nośników danych zawierających dane osobowe przetwarzane przez Wykonawcę.
5. Wykonawca ma ponadto obowiązek poinformować Zamawiającego, na każde jego żądanie, w terminie 5 dni od otrzymania żądania o:
 - 1) wszelkich kwestiach związanych z przetwarzaniem powierzonych danych osobowych, w szczególności o środkach technicznych i organizacyjnych zastosowanych przez Wykonawcę, w celu zabezpieczenia powierzonych danych osobowych;
 - 2) o osobach upoważnionych przez Wykonawcę do przetwarzania powierzonych danych osobowych;
 - 3) o wynikach kontroli organów nadzoru dotyczących przetwarzania danych osobowych, w zakresie, w jakim dotyczą one powierzonych danych osobowych.

KOMENTARZ

Powierzenie przetwarzania danych osobowych jest niezbędne w sytuacji, w której w toku wdrożenia lub utrzymywania systemu informatycznego wykonawca w normalnym toku czynności uzyskuje lub może uzyskać dostęp do rzeczywistych danych osobowych zamawiającego. Specyfika projektów wdrożeniowych oraz utrzymaniowych powoduje, że w zdecydowanej większości przypadków wykonawca uzyskuje taki dostęp, dlatego postanowienia dotyczące powierzenia przetwarzania danych występują zasadniczo we wszystkich umowach wdrożeniowych / utrzymaniowych, dotyczących systemów informatycznych, w których przetwarzane są jakiegokolwiek dane osobowe.

Powierzenie przetwarzania danych osobowych nie zwalnia administratora danych z odpowiedzialności za zgodne z prawem przetwarzanie tych danych. Należy zwrócić uwagę, że egzekwowanie w praktyce zobowiązań wykonawcy wynikających z umów powierzenia jest możliwe właściwie tylko za pomocą kar umownych, które rekomendujemy opisać w umowie głównej.

Poniższy wzór załącznika do umowy obejmujący klauzule dotyczące powierzenia przetwarzania danych osobowych będzie wymagał aktualizacji po 25 maja 2018 r. Od tego dnia do powierzenia przetwarzania danych osobowych będzie miało zastosowanie rozporządzenie ogólne w sprawie przetwarzania danych osobowych, które w sposób istotny wpłynie na zakres obowiązków i odpowiedzialność obu stron umowy powierzenia.

Poniższy wzór nie jest wystarczający w sytuacji, gdy podmiot przetwarzający dane na zlecenie administratora dokonuje czynności przetwarzania poza Europejskim Obszarem Gospodarczym (np. jeśli podwykonawca Wykonawcy przetwarza dane poza EOG). W przypadku gdy przetwarzanie danych osobowych miałyby odbywać się poza EOG konieczne jest, obok umowy powierzenia, znalezienie i zastosowanie odpowiedniej podstawy prawnej dla przekazania danych do państwa trzeciego.

Należy odróżnić powierzenie przetwarzania danych od upoważnienia do przetwarzania danych osobowych. Upoważnienie do przetwarzania odnosi się jedynie do osób fizycznych, bezpośrednio wykonujących czynności przetwarzania danych osobowych. Skutkiem upoważnienia osoby jest zobowiązanie do poufności w zakresie przetwarzanych danych i zastosowanych zabezpieczeń danych. W przeciwieństwie do powierzenia przetwarzania danych, upoważnienie nie nakłada na osobę upoważnioną obowiązków określonych w art. 36 – 39a ustawy o ochronie danych osobowych, np. obowiązków dokumentacyjnych. W praktyce, upoważnienie do przetwarzania danych osobowych jest udzielane pracownikom lub współpracownikom podmiotu przetwarzającego dane, którzy wykonują czynności przetwarzania samodzielnie (nie zatrudniają zastępców w celu dokonywania tych czynności). W przypadku posługiwania się przez administratora zewnętrznym podmiotem, który świadczy za pomocą swoich pracowników / współpracowników usługi obejmujące przetwarzanie danych, administrator powinien zawrzeć z tym podmiotem umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych.

§ 28.

POUFNOŚĆ

1. Informacje Poufne – niezależnie od formy ich utrwalenia lub przekazania – to informacje Zamawiającego, które nie zostały podane do publicznej wiadomości, a zostały przekazane Wykonawcy w związku z realizacją Umowy, które Zamawiający oznaczył jako poufne lub w inny sposób poinformował Wykonawcę, że traktuje je jako poufne. Informacjami poufnymi są także informacje przekazane Wykonawcy w toku postępowania poprzedzającego zawarcie Umowy, oznaczone jako poufne.
2. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że za Informacje Poufne nie są uważane informacje, które Zamawiający jest zobowiązany ujawnić na mocy obowiązujących przepisów, w tym Prawa zamówień publicznych.
3. Wykonawca zobowiązuje się:
 - 1) nie ujawniać Informacji Poufnych innym podmiotom bez zgody Zamawiającego, udzielonej na piśmie pod rygorem nieważności;
 - 2) wykorzystywać Informacje Poufne jedynie do potrzeb realizacji Umowy;
 - 3) nie powielać Informacji Poufnych w zakresie szerszym, niż jest to potrzebne dla realizacji Umowy;
 - 4) zabezpieczać otrzymane Informacje Poufne przed dostępem osób nieuprawnionych w stopniu niezbędnym do zachowania ich poufnego charakteru, ale przynajmniej w takim samym stopniu, jak postępuje wobec własnej tajemnicy przedsiębiorstwa.
4. Wykonawca może, jeżeli jest to potrzebne do realizacji Umowy, udostępnić Informacje Poufne personelowi Wykonawcy oraz doradcom prawnym, przy czym korzystanie z Informacji Poufnych przez takie podmioty nie może wykraczać poza zakres, w jakim Wykonawca może z nich korzystać. Wykonawca zobowiąże te osoby do przestrzegania poufności. Wykonawca jest odpowiedzialny za naruszenia spowodowane przez takie osoby i podmioty.
5. W przypadku rozwiązania Umowy (niezależnie od powodu rozwiązania) lub jej wygaśnięcia Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego zwrotu w terminie 7 (słownie: siedmiu) dni materiałów zawierających Informacje Poufne, a Informacje Poufne przechowywane w wersji elektronicznej usunie ze swoich zasobów i nośników elektronicznych. Ten sam obowiązek będzie ciążył na osobach i podmiotach, o których mowa w poprzednim ustępie.
6. Wykonawca na pisemne żądanie Zamawiającego zobowiązuje się do niezwłocznego zniszczenia materiałów zawierających Informacje Poufne.

KOMENTARZ

Jest oczywiste, że zarówno w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w odniesieniu do umowy o takie zamówienie obowiązuje generalna zasada jawności. Należy jednak podkreślić, że zasada ta nie jest bezwzględna i możliwe są przypadki, w których nie wszystkie informacje powinny być jawne. Okoliczność ta została dostrzeżona przez ustawodawcę w nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. Kontrowersyjne dotychczas próby obejmowania tajemnicą niektórych informacji zawartych w SIWZ uzyskały ustawową podstawę: zgodnie z art. 8 ust. 2a Pzp „zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania”.

W konsekwencji, nie tylko w samym postępowaniu, ale także w toku realizacji umowy może być konieczne kontynuowanie ochrony informacji poufnych przekazanych w toku postępowania lub dalszych informacji poufnych, dotyczących informacji przekazanych w toku postępowania. Tak więc w przypadkach, w których zamawiający uzna za konieczne utrzymanie danych informacji w tajemnicy, powinien przewidzieć to w SIWZ i określić po pierwsze, jakie informacje będą traktowane jako poufne, a po drugie,

jakiego standardu ochrony tych informacji zamawiający oczekuje. Zaproponowana klauzula to typowy przykład postanowień dotyczących ochrony informacji, wymagania w tym zakresie można rozszerzyć, np. poprzez wskazanie konkretnych kanałów, jakimi będą przekazywane informacje poufne. W przypadkach, w których zamawiający – z uwagi na charakter informacji – uzna to za stosowne, możliwe jest też przewidzenie kary umownej za nieuprawnione ujawnienie informacji poufnych.

Kwestie dotyczące udostępnienia informacji publicznej zostały celowo pominięte w powyższych klauzulach. W przypadku gdy informacja stanowić będzie informację publiczną w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej, dostęp do niej zostanie udzielony na zasadach i zgodnie z warunkami opisanymi w tej ustawie. Natomiast w przypadku, gdy w ocenie Zamawiającego dane informacje nie powinny być ujawniane ze względów bezpieczeństwa, należy rozważyć zastosowanie procedur opisanych w ustawie o ochronie informacji niejawnych.

§ 29.

POSTANOWIENIA KOŃCOWE

1. Wykonawca nie ma prawa dokonywać cesji, przeniesienia bądź obciążenia swoich praw lub obowiązków wynikających z Umowy bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego, udzielonej na piśmie pod rygorem nieważności.
2. Umowa zawarta jest pod prawem polskim. Wszelkie spory będą poddane pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego właściwego dla siedziby Zamawiającego.
3. Wszelkie zmiany Umowy będą dokonywane za zgodą obu Stron, w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zmiany będą dokonywane w postaci aneksów do Umowy, chyba że w Umowie wskazano inaczej.
4. Umowę sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla każdej ze Stron.
5. Integralną część Umowy stanowią Załączniki *[poniżej katalog przykładowych załączników do umowy, w kolejności ich występowania w treści umowy]*:
 - 1) Kategorie Błędów
 - 2) Wymagania Dokumentacji
 - 3) Infrastruktura Zamawiającego
 - 4) Oprogramowanie Open Source
 - 5) Wzory Protokołów Odbioru
 - 6) SLA
 - 7) Wymagania Organizacyjne Zamawiającego
 - 8) Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ)
 - 9) Harmonogram
 - 10) Zakres Współdziałania
 - 11) Personel Kluczowy
 - 12) Testy i Procedura Odbioru
 - 13) Katalog Usług
 - 14) Specyfikacja Standardowego Oprogramowania Systemowego
 - 15) Specyfikacja Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego
 - 16) Warunki licencyjne na Standardowe Oprogramowanie Systemowe
 - 17) Warunki Licencyjne Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego
 - 18) Wynagrodzenie
 - 19) Zakres Opcjonalny
 - 20) Umowa o Powierzenie Przetwarzania Danych Osobowych

UMOWA O POWIERZENIE PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

§ 1.

OŚWIADCZENIA WSTĘPNE

1. Niniejsza Umowa o Powierzenie Przetwarzania Danych Osobowych stanowi załącznik do _____ [informacje o umowie głównej] („Umowa Główna”).

KOMENTARZ: umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych może być niezależną umową, załącznikiem do umowy głównej lub jej częścią. W tym wzorze proponujemy formę załącznika do umowy głównej. W przypadku, gdyby ten wzór miał być wykorzystany jako niezależna umowa, powinien zostać uzupełniony o dodatkowe postanowienia dotyczące m.in. odpowiedzialności, rozwiązania umowy, kar umownych, poufności oraz inne, szczególnie w zakresie w jakim ten wzór odsyła do umowy głównej.

2. Zamawiający oświadcza, że:

- 1) przetwarza dane osobowe, w następujących zbiorach danych:
 - a) „[nazwa zbioru]” obejmującym dane osobowe [kategorie osób, których dane dotyczą] w zakresie [kategorie danych];
 - b) „[...]” obejmującym dane osobowe [...] w zakresie [...];
 - c) „[...]” obejmującym dane osobowe [...] w zakresie [...];
- 2) przetwarza dane osobowe objęte zbiorami danych opisanymi w lit a) pkt 1 i pkt 2 powyżej, jako administrator danych w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych („Ustawa”).

OPCJONALNIE [do zastosowania jedynie w przypadkach, w których przedmiotem powierzenia są dane osobowe, które Zamawiający przetwarza na podstawie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, jako podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie administratora. Szerzej na ten temat w komentarzu do § 1 ust. 3]:

- 3) przetwarza dane osobowe objęte zbiorem opisanym w pkt 1) lit. a) i b) powyżej jako podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie _____ [informacje o administratorze: firma, NIP, adres] – administratora danych, na podstawie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zawartej zgodnie z art. 31 Ustawy.

KOMENTARZ: umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych powinna określać zakres danych powierzonych do przetwarzania. W tym wzorze zakres danych, które zamawiający powierza wykonawcy jest określony w § 1 ust. 2 pkt 1), do którego odwołuje się definicja danych osobowych z § 2 ust. 1 wzoru. Zakres powierzanych danych osobowych powinien zostać określony na podstawie konkretnych okoliczności faktycznych z uwzględnieniem celu powierzenia. Zakres powierzanych danych powinien być uzasadniony celem powierzenia, tzn. przetwarzanie powierzonych danych osobowych przez wykonawcę powinno być potrzebne dla osiągnięcia celu powierzenia. W przypadku umów wdrożeniowych i utrzymaniowych zakres powierzonych wykonawcy do przetwarzania danych

powinien odzwierciedlać zakres danych, do których wykonawca uzyskuje lub może uzyskać dostęp, w normalnym toku czynności wykonywanych na podstawie umowy głównej.

Zakres powierzanych danych powinien zostać określony poprzez wskazanie kategorii osób, których dotyczą powierzane dane osobowe, np. pracownicy zamawiającego, oraz rodzajów danych osobowych przetwarzanych dla każdej z tych kategorii osób. Opis zakresu powinien wskazywać kategorie osób oraz rodzaje danych możliwie precyzyjnie, aby na podstawie opisu można było określić, czy dana jednostka informacji mieści się w zakresie powierzenia czy też nie.

W zależności od liczby zbiorów danych osobowych objętych powierzeniem ten wzór należy uzupełnić dodając kolejne podpunkty w ust. 2 pkt 1). Ze względów praktycznych, opis zakresu powierzanych danych można przenieść do załącznika.

OPCJONALNIE [do zastosowania jedynie w przypadkach, w których przedmiotem powierzenia są dane osobowe, które Zamawiający przetwarza na podstawie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, jako podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie administratora]:

3. Zamawiający jest uprawniony, na zasadach i w zakresie określonych w Umowie, do dalszego powierzenia Wykonawcy przetwarzania danych osobowych, które Zamawiający przetwarza w zbiorze opisanym w ust. 2 pkt 1) lit. c powyżej.

KOMENTARZ: ust. 3 odnosi się do sytuacji w której umową powierzenia objęty jest zbiór lub zbiory, których administratorem (tj. podmiotem decydującym o celach i środkach przetwarzania danych osobowych) nie jest zamawiający, ale podmiot trzeci, który powierzył zamawiającemu do przetwarzania dane osobowe, na podstawie odrębnej umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Powierzenie przetwarzania takich danych osobowych jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, w której takie dalsze powierzenie przetwarzania danych zostało przewidziane w pierwotnej umowie powierzenia (między administratorem tych danych a zamawiającym). Jeśli pierwotna umowa powierzenia przewiduje dalsze powierzenie (podpowierzenie / subpowierzenie) to jest ono dopuszczalne z uwzględnieniem ewentualnych ograniczeń wynikających z tej umowy. Przed dalszym powierzeniem do przetwarzania określonego zbioru danych należy zweryfikować czy jest ono dopuszczalne oraz czy istnieją jakieś szczególne ograniczenia opisane w umowie. W szczególności takim ograniczeniem może być obowiązek uzyskania zgody administratora danych przed dalszym powierzeniem przetwarzania.

4. Wykonawca oświadcza, że znane mu są wszelkie obowiązki wynikające z przepisów Ustawy oraz przepisów wykonawczych do Ustawy, które zobowiązany jest wykonywać podmiot przetwarzający dane osobowe na zlecenie administratora danych.

KOMENTARZ: w obecnym stanie prawnym obowiązki związane z przetwarzaniem danych osobowych są określone w Ustawie oraz przepisach wykonawczych do Ustawy. Od 25 maja 2018 roku będziemy stosować tzw. ogólne rozporządzenie, tj. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE. Rozporządzenie to określa obowiązki podmiotów przetwarzających dane osobowe, zasady ich odpowiedzialności oraz zasady na jakich możliwe jest powierzenie przetwarzania danych osobowych. Zmiana prawa oraz praktyka jaka zostanie wykształcona na jej gruncie mogą powodować konieczność odpowiedniej aktualizacji tego wzoru.

§ 2.

POWIERZENIE PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

1. Zamawiający powierza Wykonawcy przetwarzanie danych osobowych osób fizycznych, w zakresie wszystkich zbiorów wymienionych w § 1 ust. 2 pkt 1) Umowy („Dane Osobowe”) w celach opisanych w ust. 2 poniżej oraz w sposób wskazany w ust. 3 poniżej.
2. Wykonawca będzie przetwarzał Dane Osobowe wyłącznie w celu realizacji Umowy Głównej, tj. _____ [cel wynikający z umowy głównej].

KOMENTARZ: powierzenie przetwarzania danych osobowych jest możliwe pod warunkiem wskazania celu i zakresu powierzenia. Warto zwrócić uwagę, że cel powierzenia będzie determinował także zakres danych jakie można w tym celu powierzyć. Celem powierzenia może być m.in. wykonywanie na rzecz zamawiającego usług wsparcia technicznego, testów, świadczenie usług hostingowych przez wykonawcę. Szczegółowy zakres czynności przetwarzania powinien wynikać z umowy głównej.

3. Wykonawca jest uprawniony do przetwarzania Danych Osobowych poprzez wykonywanie wszelkich czynności uzasadnionych wykonywaniem Umowy Głównej oraz poleceń i instrukcji Zamawiającego pozostających w związku z Umową Główną, w szczególności Wykonawca jest uprawniony do: utrwalania, zwielokrotniania, przechowywania i udostępniania Danych Osobowych w zakresie i na zasadach wynikających z Umowy i Umowy Głównej oraz poleceń i instrukcji Zamawiającego.

KOMENTARZ: zakres czynności, które mogą być wykonywane przez wykonawcę pośrednio wynika z celu powierzenia przetwarzania. W ust. 3 umowa zawiera doprecyzowanie tego zakresu (sposobu przetwarzania danych) poprzez wskazanie katalogu czynności przetwarzania, które może wykonywać wykonawca.

4. Wykonawca będzie przetwarzał Dane Osobowe w następujących lokalizacjach: _____ [adresy miejsc w których będą przetwarzane dane osobowe]. Wykonawca niezwłocznie poinformuje Zamawiającego o wszelkich zmianach lokalizacji, w których przetwarzane są Dane Osobowe.
5. Wykonawca zapewni, że przetwarzanie Danych Osobowych przez Wykonawcę i jego ewentualnych podwykonawców, będzie się odbywało wyłącznie na terytorium Polski.

KOMENTARZ: miejsce przetwarzania danych przez wykonawcę (nie chodzi to o adres siedziby, ale o miejsce rzeczywistego przetwarzania danych, np. lokalizację serwerów wykonawcy o ile są na nich przechowywane powierzone dane osobowe), oraz podwykonawców powinno być znane zamawiającemu. Ponadto, istotne znaczenie ma okoliczność czy dane osobowe są przetwarzane poza terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Jeśli tak, konieczne jest spełnienie dodatkowych warunków, legalizujących przekazanie danych osobowych poza EOG, np. zawarcie dodatkowej umowy opartej na tzw. Standardowych Klauzulach Umownych lub uzyskanie zgody GIODO. W tym wzorze proponujemy ograniczenie terytorium przetwarzania do lokalizacji terytorium Polski.

6. Wykonawca może powierzyć przetwarzanie Danych Osobowych, następującym podmiotom trzecim (podwykonawcom):
 - 1) [dane identyfikujące podwykonawcę: firma, adres, NIP];
 - 2) [dane identyfikujące podwykonawcę: firma, adres, NIP].

7. Wykonawca może powierzyć przetwarzanie Danych Osobowych także innym podmiotom niż wymienione w ust. 6 powyżej, wyłącznie po uzyskaniu odrębnej, pisemnej zgody Zamawiającego na dalsze powierzenie przetwarzania Danych Osobowych danemu podmiotowi.
8. W każdym przypadku dalszego powierzenia przetwarzania Danych Osobowych na podstawie ust. 6 lub 7, Wykonawca ma obowiązek niezwłocznie przekazać Zamawiającemu informacje o dacie zawarcia umowy dalszego powierzenia przetwarzania Danych Osobowych, firmie, adresie siedziby podwykonawcy oraz adresie rzeczywistego przetwarzania Danych Osobowych przez podwykonawcę. W przypadku jakichkolwiek zmian w zakresie wykorzystywanych podwykonawców, miejsca przetwarzania przez nich Danych Osobowych, ich danych identyfikacyjnych lub kontaktowych, Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie poinformować o nich Zamawiającego.
9. Zamawiający może wycofać zgodę na dalsze powierzenie przetwarzania Danych Osobowych podwykonawcom, o których mowa w ust. 6 i 7 powyżej, jeśli z okoliczności wynika, że przetwarzanie przez nich Danych Osobowych odbywa się niezgodnie z prawem, Umową lub zagraża bezpieczeństwu Danych Osobowych. W przypadku wycofania zgody, Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie doprowadzić do zaprzestania przetwarzania danych przez podwykonawcę.
10. Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego odpowiedzialność za działania i zaniechania swoich podwykonawców jak za własne. W przypadku gdyby w wyniku działania lub zaniechania podwykonawcy, Zamawiający poniósł szkodę, Wykonawca zobowiązuje się do jej naprawienia.

KOMENTARZ: postanowienia z ust. 6 – 10 odnoszą się do sytuacji, w której wykonawca posługuje się podwykonawcami przy czynnościach przetwarzania danych osobowych. Jest to dopuszczalne jeśli taka możliwość została przewidziana w umowie. W tym wzorze - w ust. 6 - wprowadzono postanowienie, na podstawie którego wykonawca może powierzyć czynności przetwarzania danych osobowych określonym podwykonawcom. W ust. 7 przewidziano możliwość dalszego powierzenia przetwarzania innym podwykonawcom (np. tym, których udziału nie przewidywano w momencie zawierania umowy), pod warunkiem uzyskania zgody zamawiającego. Ust. 8 i 9 określają obowiązki wykonawcy związane z dalszym powierzeniem przetwarzania danych osobowych oraz uprawnienie zamawiającego do wycofania zgody na dalsze powierzenie w określonych okolicznościach.

§ 3.

ZASADY PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

1. Przy przetwarzaniu Danych Osobowych Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania przepisów prawa, w tym Ustawy oraz aktów wykonawczych do Ustawy oraz postanowień Umowy. W szczególności Wykonawca jest zobowiązany do:
 - a) zastosowania środków technicznych i organizacyjnych zapewniających ochronę i zabezpieczenie przetwarzanych Danych Osobowych, w tym zabezpieczenie Danych Osobowych przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabraniami przez osobę nieuprawnioną, uszkodzeniem lub zniszczeniem;
 - b) przeszkolenia w zakresie ochrony danych osobowych osób, które będą przetwarzały dane osobowe;
 - c) dopuszczenia do obsługi systemu informatycznego oraz urządzeń wchodzących w jego skład, służących do przetwarzania danych osobowych, wyłącznie osób posiadających imienne upoważnienie od Wykonawcy;
 - d) zapewnienia kontroli nad prawidłowością przetwarzania danych osobowych;

- e) prowadzenia dokumentacji przetwarzania Danych Osobowych na zasadach określonych w Ustawie i odpowiednich przepisach wykonawczych, w tym prowadzenia ewidencji osób upoważnionych do przetwarzania Danych Osobowych;
- f) zapewnienia, aby osoby upoważnione do przetwarzania Danych Osobowych zachowały w tajemnicy te Dane Osobowe, również po zakończeniu realizacji Umowy, między innymi poprzez poinformowanie ich o prawnych konsekwencjach naruszenia poufności danych oraz odebranie od tych osób oświadczeń o odbytym przez nich szkoleniu z zakresu ochrony danych osobowych oraz zachowaniu w tajemnicy tych danych.

KOMENTARZ: w szczególności, wykonawca powinien wypełnić wymagania w zakresie bezpieczeństwa przetwarzania danych w systemach informatycznych oraz wymagania w zakresie dokumentacji procesów przetwarzania danych osobowych. Wymagania w zakresie dokumentacji to m.in. posiadanie polityki bezpieczeństwa informacji oraz udzielenia osobom bezpośrednio wykonującym czynności przetwarzania danych osobowych upoważnień i ich ewidencjonowania. Wymagania w zakresie bezpieczeństwa przetwarzania danych osobowych są istotnie modyfikowane przez rozporządzenie ogólne, na co warto zwracać uwagę wykonawcom już teraz.

- 2. Wykonawca zapewni, że jego podwykonawcy będą spełniać, w zakresie przetwarzania Danych Osobowych, wszystkie wymagania ochrony danych osobowych wynikające z przepisów prawa i postanowień Umowy. W szczególności Wykonawca zawrze z podwykonawcami umowy, w których zagwarantuje standard przetwarzania przez podwykonawców Danych Osobowych nie niższy niż określony w Umowie.
- 3. Wykonawca zapewni, że jego podwykonawcy umożliwią na żądanie Zamawiającego, przeprowadzenie przez Zamawiającego kontroli przetwarzania przez podwykonawców Danych Osobowych, odpowiednio do zasad określonych w ust. 5 – 7.

KOMENTARZ: Wykonawca powinien zawrzeć ze swoimi podwykonawcami odpowiednie umowy. Umowy te powinny spełniać wymogi prawne dla powierzenia przetwarzania danych osobowych, a także nakładać na podwykonawców dodatkowe obowiązki w zależności od potrzeb administratora danych (zamawiającego). Wykonawca powinien zagwarantować, że jego podwykonawcy będą zobowiązani do przetwarzania danych osobowych zgodnie ze standardem nie niższym niż wynikający z umowy między wykonawcą a zamawiającym. Ponadto, wykonawca powinien zagwarantować zamawiającemu możliwość przeprowadzenia kontroli przetwarzania powierzonych danych osobowych u podwykonawców. Ma to szczególne znaczenie zważywszy na okoliczność, że zamawiający jako administrator danych ponosi zawsze odpowiedzialność administracyjną za niezgodne z prawem przetwarzanie danych osobowych.

- 4. Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia przeprowadzenia przez właściwy organ administracji (np. GIODO) kontroli zgodności przetwarzania Danych Osobowych z przepisami prawa na zasadach opisanych w Ustawie.
- 5. Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenia kontroli wykonywania Umowy oraz do należytego współdziałania w czynnościach kontrolnych. W szczególności Wykonawca zobowiązany jest do:
 - 1) udostępnienia Zamawiającemu dokumentacji przetwarzania Danych Osobowych;
 - 2) udostępnienia Zamawiającemu _____ [opis zasobów potrzebnych do przeprowadzenia kontroli, np. pomieszczeń, pracowników posiadających informacje o sposobie przetwarzania danych osobowych, itp.];

- 3) umożliwienia Zamawiającemu sporządzania kopii dokumentów, dotyczących przetwarzania Danych Osobowych.
6. Zamawiający jest uprawniony do przeprowadzenia kontroli za pośrednictwem zewnętrznego audytora, który może egzekwować od Wykonawcy zobowiązania opisane w ust. 5 powyżej.
7. Po przeprowadzeniu kontroli Zamawiający przedkłada Wykonawcy protokół pokontrolny, w którym Zamawiający wskazuje na zakres ewentualnych niezgodności zakresu, celów i sposobu przetwarzania Danych Osobowych oraz może sformułować zalecenia pokontrolne.

KOMENTARZ: ust. 5 – 7 odnoszą się do uprawnień kontrolnych zamawiającego. Zamawiający powinien być uprawniony do przeprowadzenia kontroli przetwarzania powierzonych danych osobowych. Uprawnienie to powinno być określone poprzez wskazanie zakresu wymaganego współdziałania. Zakres współdziałania powinien być opisany odpowiednio do potrzeb zamawiającego. Ust. 5 zawiera przykładowy opis zakresu współdziałania. Ust. 6 gwarantuje zamawiającemu, że może zlecić przeprowadzenie kontroli zewnętrznemu podmiotowi.

§ 4.

WYNAGRODZENIE

1. Wynagrodzenie należne Wykonawcy na podstawie Umowy Głównej obejmuje wynagrodzenie należne z tytułu Umowy.
2. Wykonawca nie jest uprawniony do żądania od Zamawiającego jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia lub zwrotu kosztów poniesionych w związku z wykonywaniem Umowy.

§ 5.

OKRES OBOWIĄZYWANIA UMOWY

1. Umowa zawarta została na czas wykonywania Umowy Głównej. Umowa wygasa z chwilą wygaśnięcia lub rozwiązania Umowy Głównej.
2. W przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest do:
 - 1) natychmiastowego zaprzestania wszelkiego przetwarzania Danych Osobowych;
 - 2) zwrotu lub usunięcia, zgodnie z wyborem Zamawiającego, wszystkich posiadanych Danych Osobowych niezależnie od formy ich utrwalenia.
3. Wykonawca, na żądanie Zamawiającego zapewni dostęp do własnych urządzeń na których przetwarzane były Dane Osobowe, w celu sprawdzenia czy dane zostały zwrócone lub usunięte zgodnie z ust. 2.

KOMENTARZ: okres obowiązywania umowy powierzenia powinien być powiązany z celem powierzenia. Tak długo jak cel umowy powierzenia istnieje (np. jest wykonywana umowa utrzymania systemu informatycznego w którym przetwarzane są dane osobowe) istnieje uzasadnienie dla przetwarzania danych osobowych przez wykonawcę. Po rozwiązaniu tej umowy, co do zasady odpada uzasadnienie dla powierzenia przetwarzania danych osobowych. Jeśli wykonawca nie ma samodzielnej podstawy do przetwarzania powierzonych mu do przetwarzania danych osobowych, to powinien niezwłocznie zaprzestać przetwarzania, tj. usunąć lub zniszczyć dane. Umowa główna powinna opisywać dodatkowe wymagania w zakresie zniszczenia / zwrotu danych, m.in. w zakresie przekazania danych w określonej strukturze, tak aby możliwe było samodzielne przetwarzanie tych danych w systemach informatycznych

zamawiającego lub w zakresie kontroli zniszczenia/skasowania danych, np. obowiązek przekazania odpowiedniego protokołu.

§ 6.

POSTANOWIENIA KOŃCOWE

1. Wszelkie zmiany Umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności, w postaci Aneksu do Umowy.
2. Wszelka korespondencja związana z Umową kierowana będzie na zasadach opisanych w Umowie Głównej.
3. Strony postanawiają, że wszelkie spory wynikłe w związku z zawarciem lub wykonaniem Umowy rozstrzygane będą przez sąd powszechny miejscowo właściwy dla siedziby Zamawiającego.
4. Umowa została zawarta w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla każdej ze Stron.
5. W sprawach nieuregulowanych w Umowie stosuje się przepisy prawa polskiego, w szczególności przepisy Ustawy oraz Kodeksu cywilnego.