Sebastian Pietrzyk
Adwokat, ekspert prawa zamówień publicznych.

Bartosz Tomaszewski
Radca prawny, wspierający globalne koncerny ITC w prawnych aspektach nowych technologii i zamówień publicznych od blisko 20 lat. Wspierał swoim doświadczeniem i pomocą prawną kluczowe wdrożenia informatyczne i projekty transformacji cyfrowej w Europie.

Umowy IT w zamówieniach publicznych – co należy zmienić?

Poniżej chcielibyśmy wskazać na kilka obszarów, wraz z przykładowymi klauzulami, które pojawiają się w projektach umów o zamówienie publiczne, które stanowią dla integratora IT barierę przystąpienia do realizacji projektu, a w konsekwencji często uniemożliwiają złożenie skutecznej oferty i podjęcia współpracy z Zamawiającym.

Truizmem jest powiedzieć, że pandemia wywróciła nasze życie do góry nogami. Covid-19 z całą pewnością i z pełną mocą przemodelował zarówno nasze życie prywatne jak i sposób funkcjonowania biznesu Polsce i na świecie. Z przyczyn obiektywnych biznes zaczął przenosić się do przestrzeni cyfrowej, zarówno jeżeli chodzi o bieżące zarządzanie działalnością gospodarczą – spotkania zamiast w fizycznych salach konferencyjnych, odbywają się teraz często w pokojach na Zoomie lub Teams – pracę nad dokumentami (wszystko już jest gromadzone i procesowane w świecie digitalizowanym), jak i przyjętych kanałów sprzedaży – wykorzystywanie platform internetowych to już jest codzienność (i ten trend z dnia na dzień przyśpiesza).

Czy administracja publiczna i podmioty zobowiązane stosować ustawę Prawo zamówień publicznych również zauważyły konieczność transformacji cyfrowej i przemodelowania funkcjonowania swojej działalności, implementując coraz więcej rozwiązań i narzędzi cyfrowych – twierdzimy, że tak. Czy w ślad za tym poszła otwartość na szerszą współpracę ze dostawcami rozwiązań informatycznych – stawiamy tezę, że niekoniecznie.... Widać to chociażby na przykładzie projektów umów tworzonych przez Zamawiających będących częścią dokumentacji przetargowej.

Przeniesienie praw autorskich

Jedną z kluczowych barier jest oczekiwanie Zamawiającego, iż Wykonawca dokona przeniesienia autorskich praw majątkowych do utworów powstałych lub dostarczonych w trakcie realizacji umowy.

„Wykonawca, z chwilą podpisania Protokołu odbioru, przenosi a Zamawiający nabywa ogół autorskich praw majątkowych do utworów w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o Prawie autorskim i prawach pokrewnych, stworzonych lub dostarczonych przez Wykonawcę („Utwory”), w tym w szczególności do Raportu, wraz z prawem do ich swobodnego opracowywania lub jakiejkolwiek ich części (autorskie prawa zależne), a także do wyłącznego i swobodnego rozpowszechniania i do swobodnego korzystania z takich opracowań przez Zleceniodawcę (prawo do wykonywania praw zależnych). Wraz z prawami do Utworów

> Wykonawca przenosi na Zamawiającego własność nośników, na których przekazał Utwory".

Oczekiwania Zamawiającego, iż Wykonawca dokona transferu praw autorskich (majątkowych) w odniesieniu do utworów stworzonych lub dostarczonych przez Wykonawcę w trakcie realizacj umowy, wynika częstokroć z faktu, iż Zamawiający zbyt mało czasu poświęcają na analizę faktyczną i prawną okoliczności, związanych z produktami, które dostarcza Wykonawca. Uważają – w naszej ocenie błędnie – iż klauzula zgodnie z którą prawa autorskie „do wszystkiego co dostarczy Wykonawca" przechodzą na Zamawiającego są w interesie Zamawiającego i zapewniają mu skuteczne uzyskanie praw niematerialnych do utworów oraz zapewniają uzyskanie pełnej ochrony prawnej.

Takie przekonanie jest błędne z co najmniej dwóch powodów:

– po pierwsze Wykonawcy, przy realizacji usług, często korzystają z wcześniej wypracowanych przez siebie materiałów lub narzędzi informatycznych – czyli zarówno dokumentacji jak i elementów np. programu komputerowego, który powstał przed/obok realizacji projektu dla Zamawiającego. Wykonawcy, korzystają z tych „utworów standardowych" przy realizacji różnych projektów, nie tylko dla Zamawiającego i w konsekwencji, co oczywiste, nie chą wyzbywać się autorskich praw majątkowych do tych utworów. Jeżeli by do tego doszło, w większości przypadków[1] Wykonawca nie byłby uprawniony do skutecznego dalszego korzystania i rozporządzania swoimi prawami do tych utworów bez zgody Zamawiającego;

– po drugie, rozwiązania informatyczne i usługi IT świadczone przez Wykonawców mogą zawierać w sobie elementy (utwory/produkty) osób trzecich - a więc innych od Wykonawcy podmiotów. Typowym przykładem jest działalność integratora, który dokonuje integracji systemu informatycznego, którego bazę stanowi program komputerowy innego podmiotu lub też ten integrator wykorzystuje hurtownię danych, do której prawa ma również inny od Wykonawcy podmiot. W takim przypadku wymaganie od Wykonawcy, aby przeniósł prawa autorskie do takich utworów, które nie należą do niego i nie ma on uprawnień do dokonania stosownego transferu – jest wymaganiem co najmniej wygórowanym[2]. Po prostu żaden odpowiedzialny Wykonawca nie zobowiąże sie do przeniesienia praw, których wcześniej skutecznie nabył a nawet jak się zobowiąże to i tak takie przeniesienie nie będzie skuteczne[3].

Zapewnienie zgodności z prawem dostarczonego rozwiązania/ produktu

Przykładowo klauzula może brzmieć w następujący sposób:

> „Wykonawca zobowiązuje się do terminowego i należytego wykonania Przedmiotu Umowy, z zachowaniem należytej staranności wynikającej z profesjonalnego charakteru wykonywanej przez niego działalności, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, standardami, z poszanowaniem wszelkich praw autorskich osób trzecich."

Wydawać by się mogło, że taka klauzula odzwierciedla oczywisty obowiązek Wykonawcy i jest ona dla niego neutralna – przecież każdy profesjonalnie działający Wykonawca przestrzega przepisów prawa, a w konsekwencji nie powinien się obawiać takiego postanowienia w przyszłym kontrakcie. Jednak jej dokładna analiza wskazuje, iż nie chodzi tutaj o zobowiązanie się Wykonawcy do tego, aby działać z prawem w tym zakresie, które ma zastosowanie do danego Wykonawcy, ale również (a może przede wszystkim) w zakresie prawa, które obowiązuje Zamawiającego.

Wyobraźmy sobie, iż Zamawiający jest podmiotem działającym w sektorze medycznym– jest to sektor regulowany przez specyficzne przepisy prawa. Kto lepiej niż sam Zamawiający, przy wsparciu swoich służb prawnych, powinien znać te przepisy i stosować w praktyce nałożone przez nie wymagania w swojej bieżącej działalności. Dostawca usług informatycznych, mimo iż działa w danym sektorze i ma doświadczenie w zakresie produktów stosowanych w danym sektorze biznesu, nie jest w stanie zagwarantować, iż oferowany produkt jest zgodny z tym prawem, które reguluje działalność Zamawiającego. Dostawca usług informatycznych działa

[1] Oczywiście możliwe są rozmaite rozwiązania, które dają pewną elastyczność w tym zakresie – na przykład udzielenie szerokiej licencji zwrotnej.

[2] Znówe, pomijamy rozważania dotyczące mechanizmu odsprzedaży lub udzielenia licencji zwrotnej.

[3] Zgodnie z zasadą nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet.

w przede wszystkim w obszarze IT, często również konsultingu i opracowania strategii biznesowych, nie zaś w obszarze regulacji prawnych. Krótko mówiąc - firmy IT to nie kancelarie prawne, które na bieżąco analizują zmiany w prawie. Oczywiście zdarza się, że niektóre firmy IT (którym polityki wewnętrzne na to pozwalają) angażują kancelarie prawne do współpracy przy danym projekcie i w ten sposób wychodzą naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, iż rozwiązania informatyczne oferowane przez Wykonawcę będą spełniały wymagania prawne określone przez prawo, które Zamawiający ma przestrzegać. Twierdzimy jednak, że taki model jest nieefektywny kosztowo (Wykonawca składając ofertę musi doliczyć również koszty obsługi prawnej i wycenić ryzyko wzięcia odpowiedzialności za takie zobowiązanie) co przy wadze ceny jako wciąż kluczowej przy wielu przetargach publicznych, automatycznie osłabia jego szansę powodzenia. Efektywniej byłoby, aby Zamawiający mając wiedzę i zasoby do analizy prawnej dokonał przełożenia stosownych wymagań prawnych na konkretne wymagania techniczne, informatyczne, biznesowe i wszelkie inne, które mają zastosowanie do danego projektu, a nie nakładał na Wykonawcę obowiązki daleko wykraczające poza jego profil działalności. W sytuacji zaś kiedy w trakcie

trwania projektu i realizacji umowy pojawia się nowe wymagania prawne, które mają bezpośrednie przełożenie na produkt wykonywany przez Wykonawcę IT, należy skorzystać z narzędzi aktualizacji, jakim jest procedura zarządzania zmianą (*„change request procedure”).*

Umowne prawo odstąpienia od umowy

> *„Zamawiającemu przysługuje prawo* do podjęcia decyzji, czy odstąpienie obejmuje całość czy część Zamówienia (odstąpienie częściowe). Wykonując prawo odstąpienia od Zamówienia, Zamawiający każdorazowo wskazuje, czy odstąpienia dotyczy całego Zamówienia i ma moc wsteczną, czy też dotyczy jedynie części Zamówienia i następuje na dzień wskazany w oświadczeniu o odstąpieniu. W braku takiego wskazania przyjmuje się, że odstąpienie ma moc wsteczną i skutek do całości Zamówienia. Jeżeli Zamawiający, składając oświadczenie o odstąpieniu od Zamówienia, wskaże, że odstąpienie ma skutek wyłącznie w stosunku do części Zamówienia, Zamawiający wskaże również, czy i które Produkty wykonane w ramach Zamówienia Zamawiający chce zatrzymać. Uprawnienie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, przysługuje Zamawiającemu bez względu na fakt, czy określony Produkt jest ukończony przez Wykonawcę lub czy został przez Zamawiającego wcześniej formalnie odebrany, czy też nie. W razie zatrzymania przez Zamawiającego jakichkolwiek Produktów, Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia za zatrzymane przez Zamawiającego Produkty. Wynagrodzenie, o którym mowa powyżej, zostanie ustalone na podstawie Zamówienia a gdyby powyższe okazało się niewystarczające (np. w przypadku niedokończonych Produktów) – w stosunku do zaawansowania wykonania Produktów oraz ich przydatności dla Zamawiającego. Umowne prawo do odstąpienia może być zrealizowane przez Zamawiającego do 2030 r*oku.”*

Rozejście się stron w trakcie realizacji umowy (nie na skutek wygaśnięcia umowy) jest na pewno ostatecznością – nie po to przecież Zamawiający i Wykonawca zaangażowali się w realizację projektu publicznego, przeznaczając odpowiednie środki finansowe i zasoby (w tym osobowe), aby łatwą ręką podjąć decyzję o zaprzestaniu kontynuacji umowy. Pomijamy oczywiście na potrzeby niniejszego artykułu sytuacje skrajne, staramy sie raczej postawić tezę, iż bardzo jednostronnie i agresywnie ukształtowana klauzula umownego prawa odstąpienia przez którąkolwiek ze stron (choć z reguły projekt umowy zakłada taką możliwość przede wszystkim po stronie Zamawiającego) nie leży w interesie żadnej ze stron.

Wynika to z faktu, iż znaczna część projektów publicznych realizowanych w obszarze informatyki, a w szczególności tych które wykonywane są w modelu *„time & material”* (wynagrodzenie za realizowanie usług), nie będzie mogła być realizowana przez racjonalnego Wykonawcę z uwagi na zbyt duże ryzyko finansowe, biznesowe, prawne, wreszcie reputacyjne.

Co stanowi zasadnicze ryzyko dla Wykonawcy usług IT? Są to naszym zdaniem dwa obszary:

– możliwość odstąpienia od umowy również w zakresie prawidłowo zrealizowanych usług i odebranych produktów/etapów, faz, etc.;

– bardzo długi czas zakreślony dla strony do zrealizowania umownego prawa odstąpienia[4].

[4] Nie mamy możliwości w niniejszym artykule szczegółowej analizy instytucji umownego prawa odstąpienia i jego skutków, które z jednaj strony kształtują postamowienia ustawy Kodeks cywilny a dodatkowo reguluje je ustawa o prawie autorskim i o prawach pokrewnych.

Nie rozstrzygamy o skuteczności bądź braku skuteczności konkretnych klauzul umownych dotyczących odstąpienia. Pragniemy jedynie wskazać, iż jeżeli w przedłożonym przez Zamawiającego projekcie umowy pojawia się klauzula umownego prawa odstąpienia, z której Zamawiający może skorzystać w sytuacji opóźnienia w realizacji usług przez Wykonawcę np. w siódmym miesiącu obowiązywania umowy a świadczenie usług w miesiącach poprzedzających odstąpienie było realizowane należycie i Wykonawca otrzymał stosowne wynagrodzenie (np. płatne co miesiąc na podstawie zestawień czasu pracy personelu Wykonawcy), to konsekwencja w postaci odstąpienia od umowy w całości (a więc ze skutkiem *ex tunc)* jest scenariuszem skrajnie niekorzystnym dla Wykonawcy.

Dodatkowo, potencjalna możliwość skorzystania przez Zamawiającego z tak ukształtowanej umownie instytucji odstąpienia wywołuje stan dużej niepewności biznesowej i ogromnego bałaganu księgowo-podatkowego, gdyż Wykonawca zobowiązany jest co zwrotu otrzymanego od Zamawiającego wynagrodzenia a często dodatkowo nie jest uprawniony (gdyż umowa wprost taką możliwość wyklucza) do dochodzenia w zamian wynagrodzenia od Zamawiającego za korzystanie z pewnych atrybutów otrzymanych od Wykonawcy (np. w postaci licencji), czy też możliwość domagania się wynagrodzenia w zamian za korzystanie z produktów dostarczanych Zamawiającemu. Jeżeli jeszcze dodatkowo klauzula umownego prawa odstąpienia daje możliwość odstąpienia od umowy ze skutkiem wstecz przez np. okres 3 lat od dnia zakończenia realizacji umowy – to z całą pewnością jest to jedna z poważnych barier odstraszająca (skutecznie) potencjalnych Wykonawców od złożenia oferty i realizacji umowy na tak ukształtowanych warunkach.

Komunikacja z Zamawiającym na etapie przetargu

Niestety nie wszyscy Wykonawcy, którzy składają oferty w postępowaniach w szeroko rozumianej branży IT – analizują rzetelnie postanowienia i klauzule projektu umowy. Jedni zakładają zapewne, że taka umowa jest narzuconym szablonem przez zamawiającego i nie jest możliwe dokonanie jej modyfikacji. Inni być może kierują się znaną – nie tylko w przetargach – zasadą *„jakoś to będzie/martwić się będziemy potem”*.

Osobiście zachęcamy jednak do wnikliwej analizy przyszłego kontraktu. Pozwoli to na złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty, z pewnością wyeliminowaniu również wielu ryzyk związanych z jego przyszłą realizacją – nie twierdzimy, że absolutnie wszystkich, ale być może tych, które w działalności danego wykonawcy mogę być kluczowe.

Bardzo rekomendujemy też otwartą komunikację – w obydwu kierunkach, bowiem interesy zamawiającego oraz wykonawcy powinny być zbieżne, przynajmniej jeśli chodzi o sprawne i prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego. Oczywiście reżim ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewiduje „spotkań biznesowych”, ale umożliwia zebranie wykonawców z inicjatywy Zamawiającego. Takie zebranie, w wielu przypadkach więcej niż jedno nie powinno jednak stanowić jedynie płaszczyzny do wygłoszenia swoich tez i argumentów, a powinno być pewnego rodzaju platformą umożliwiającą stronom wypracowanie takiego modelu współpracy, który będzie efektywny, transparentny i możliwie równo rozkładający akcenty pomiędzy stronami.

W pierwszej części artykułu przedstawiliśmy jedynie przykładowe – ale też naszym zdaniem najbardziej jaskrawe przykłady klauzul, których istnienie w treści umowy zmusza niektórych wykonawców do rezygnacji z przystąpienia do przetargu i złożenia konkurencyjnej oferty, mimo że oferowane przez nich rozwiązania IT są innowacyjne i prawie szyte na miarę zamawiającego. Czy tacy Wykonawcy posiadają jakiekolwiek narzędzia umożliwiające „korektę” napotkanych klauzul? – formalnie mają kilka rozwiązań do wyboru.

Dość powszechnym narzędziem są „pytania do specyfikacji warunków zamówienia”. Cóż z tego, kiedy naprawdę rzeczowo przedstawione stanowisko i komentarz Wykonawcy w stosunku do postanowień umowy, czasami z propozycją zmian lub uzupełnień tych postanowień, spotyka się z krótką odpowiedzią zamawiającego: (i) *„tak jak w SWZ”*, (ii) *„nie zgadzamy się”*, (iii) *„zamawiający pozostawia postanowienia umowy bez zmian”*.

Rozumiemy, że odpowiedzialność za prowadzenie postępowania przetargowego oraz za wydatkowanie środków publicznych może być olbrzymia, ale brak reakcji lub nawet pewnej refleksji nad uwagami zgłaszanymi przez wykonawców tej odpowiedzialności wcale nie znoszą, a wręcz tą odpowiedzialność w naszej ocenie jeszcze zwiększają. Oczywiście nie stawiamy tezy, że takie zachowanie jest regułą, śmiemy twierdzić, że w dużej części postępowań zamawiający rozmawia z rynkiem i komunikuje się z Wykonawcami, w taki sposób, żeby jasno i czytelnie wytłumaczyć uczestnikom postępowania przetargowego dlaczego pewne przyjęte przez niego rozwiązania – w tym na poziomie kontraktu publicznego – uważa za konieczne i słuszne w ramach danego, konkretnego projektu IT. Pochwalamy i zachęcamy absolutnie wszystkich zamawiających do takiej komunikacji – z pewnością pomoże to uniknąć wielu niepotrzebnych dyskusji na etapie realizacji projektu, tym również o zakończeniu umowy przed jej końcowym terminem.

Chcielibyśmy jednak wypromować zasadę jeszcze większego zaangażowania i zrozumienia procesów, zarówno po stronie zamawiających, ale również wykonawców, którzy z pewnością przed przystąpieniem do publicznej umowy chcieliby poznać realne potrzeby swojego klienta (w szczególności takiego, z którym wcześniej nie mieli możliwości współpracy). Nie wymaga chyba rozbudowanego komentarza sytuacja, w której strony – w szczególności Wykonawcy dysponują „jedynie" opisem przedmiotu zamówienia i kilkoma klauzulami „narzuconymi" odgórnie od Zamawiającego.

Spór z zamawiającym

Bywa i tak, że wykonawca nie ma innego wyjścia i musi złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na niekorzystne lub niezgodne z prawem postanowienia projektu umowy. Trudno bowiem inaczej, niż poprzez jawną rozprawę poznać argumentację zamawiającego – w odpowiedzi zwrotnej *„bez zmian"*, kryje się dużo konkretnej informacji, jednak zbyt mało, żeby zrozumieć wszystkie intencje drugiej strony umowy.

Obecnie obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych wprost dopuszcza możliwość formułowania zarzutów w stosunku do projektu umowy. W poprzednim stanie prawnym nie do końca jasne było – przynajmniej tak to wynikało z niejednolitych orzeczeń arbitrów Krajowej Izby Odwoławczej – czy wykonawcy są uprawnieni do składania odwołań wyłącznie w zakresie projektu umowy. Dzisiaj tej wątpliwości już nie ma. Chcemy zwrócić przy tym uwagę, że zakres odwołania nie musi być ograniczony wyłącznie do tak zwanych klauzul niedozwolonych wskazanych w Prawie zamówień publicznych.[5] Jeżeli jakaś klauzula umowna w ocenie wykonawcy narusza prawo, jest niezgodna nie tylko z prawem zamówień publicznych, ale też innymi regulacjami, ma on pełne prawo poszukiwać „pomocy" niezależnego organu od zamawiającego – czyli w Krajowej Izbie Odwoławczej.

Dostrzegamy, że odwołania na postanowienia umowy cieszą się mniejszą popularnością, niż odwołania dotyczące procedury czy przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie chodzi tu wyłącznie o statystyczny wymiar tej popularności, ale również – nazwijmy do kolokwialnie – nastawienie orzecznicze. Spory dotyczące treści umowy wkraczają bardzo często na grunt mocno specjalistyczny, a z takim z pewnością mamy do czynienia w przypadku szeroko rozumianych projektów IT i związanych z tym wdrożeń. W pierwszej części artykułu wskazaliśmy jedynie na ułamek aspektów (przykładowo dotyczących autorskich praw majątkowych), które podczas rozprawy należy wskazać arbitrom i pozostałym uczestnikom postępowania. Wychodzimy tutaj bardzo często poza ramy tego czy zamawiający naruszył konkretny przepis prawa, a wchodzimy w sferę biznesowej estymacji ryzyk, odpowiedzialności, ale też kosztów, struktury projektu i jego charakteru. Dla niektórych prawników, w tym arbitrów, ta sfera może wydawać się „mniej komfortową", co może rodzić chęć unikania dogłębnej analizy „problemu". Rozumiemy, że postępowania odwoławcze przede wszystkim ma przebiegać sprawnie. Dziesięć dni na złożenie odwołania, zazwyczaj w przeciągu dwóch tygodni dochodzi do rozprawy, która kończy się w ciągu jednego dnia. Na tle chociażby spraw w sądach powszechnych w Polsce, powyższe terminy należy uznać wręcz za kosmicznie szybkie. Uważamy jednak, że zasada szybkości rozwiązywania sporów w KIO nie może być nadrzędną wartością w stosunku do prawidłowego i rzetelnego rozpatrzenia sprawy, również z wykorzystaniem biegłych.

Niezależnie od naszych doświadczeń, uważamy, że odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej bardzo często jest jedynym możliwym rozwiązaniem przestawienia swoich racji. Wielu wykonawców ma obawy przed takim rozwiązaniem z uwagi na potencjalnie możliwy do wystąpienia ich zdaniem efekt pod nazwą: *„naruszone relacje z zamawiającym"*. Trudno dyskutować z subiektywnym

przekonaniem tego rodzaju, ale w naszej ocenie i z naszych spostrzeżeń wynika coś zupełnie odwrotnego. To właśnie ci Wykonawcy, którzy dochodzili swoich praw w sposób przewidziany prawem, utrzymywali lub nawiązywali relacje o charakterze bardziej trwałym i wartościowym.

W skrajnych przypadkach niektóre postanowienia umowne mogą być uznane za nieważne w świetle prawa, w szczególności na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jako nadużywanie pozycji dominującej – ale to już zostawimy się sobie na

[5] Art. 433 [Klauzule abuzywne] Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:
1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

kolejny komentarz, być może również w formie artykułu na łamach „Zamawiającego".

Podsumowanie

Podsumowując, chcemy jeszcze raz wyraźnie podkreślić, iż jeżeli nie sprzeciwia się to naturze stosunku prawnego i nie stanowi naruszenia przepisów prawa, strony mogą dowolnie kształtować wzajemne zobowiązania.

Instytucje takie jak przeniesienie autorskich praw majątkowych do wytworów Wykonawcy zrealizowanych w trakcie realizacji umowy, zobowiązanie się do przestrzegania przepisów prawa, jak również odstąpienie od umowy – wszystko to są instrumenty jak najbardziej dopuszczalne prawnie i możliwe do zastosowania.

Naszym celem jest zwrócenie uwagi, iż zastosowanie pewnych klauzul umownych, choćby tych wskazanych w niniejszym artykule, bez stosownej krytycznej analizy faktycznej oraz prawnej, może w efekcie wykreować duże większe ryzyko dla skutecznej realizacji projektu, aniżeli ukształtowanie względnie partnerskich i obiektywnych warunków współpracy stron. Nasza teza wynika między innymi z naszego doświadczenia, tj. z tego, iż spotykaliśmy się w przeszłości sytuacjami, w których (delikatnie mówiąc) część Wykonawców dość oszczędnie zagłębiała się w lekturę projektu umowy, a co za tym idzie nie dokonywała pełnej analizy ryzyka związanego z realizacją umowy na wskazanych tam warunkach.

Taki brak elementarnej rzetelności w przygotowaniu oferty pozwalał im na zgłoszenie gotowości realizacji projektu po stosunkowo niskiej cenie. Wszystko szło po myśli stron a zwłaszcza Zamawiającego, do czasu kiedy pojawiały się pierwsze problemy z realizacją usług w sposób należyty, tj. zgodnie z zakresem i poziomem jakości określonym w umowie. Mimo jednostronnie korzystnych dla Zamawiającego klauzul umownych, nie zawsze udawało się pociągnąć skutecznie do odpowiedzialności felernego

Wykonawcę – ot choćby z uwagi, iż był to podmiot bez ugruntowanej pozycji na rynku i bez należytego zabezpieczenia finansowego.

Nie twierdzimy bynajmniej, że jedynie korporacje IT mają prawo brać udział w przetargach publicznych i że dają pełną gwarancję realizacji umowy. Wskazujemy jedynie, iż:

– Zamawiający powinien pochylić się nad argumentami podnoszonymi przez Wykonawców, którzy zwracają uwagę na istnienie w projekcie umowy klauzul wysoce jednostronnych, nieaplikowalnych w danym przedsięwzięciu lub po prostu narażających stronę na gigantyczne ryzyka finansowo-podatkowe. Argumenty te są w znacznej mierze efektem skrupulatnego przeanalizowania potencjalnych ryzyk związanych z realizacją danego przetargu na podstawie reguł umownych zakreślonych przez Zamawiającego;

– wprowadzenie mechanizmów bieżącej komunikacji między stronami, natychmiastowego reagowania na nienależyte wykonywanie umowy oraz sankcjonowanie nienależycie świadczonych przez Wykonawcę usług – jest modelem wysoce bardziej skutecznym dla powodzenia realizacji projektu i wyboru rzetelnego i kompetentnego Wykonawcy. ■