

Wykład

Zamawiający i dostawca wdrożenia – przeciwnicy czy partnerzy?

Warszawa, 20 września 2017 roku

radca prawny Michał Wołoszański

DWA SŁOWA O MNIE

- radca prawny, wspólnik kancelarii, kilkanaście lat doświadczenia w branży;
- reprezentowałem klientów w kilku tysiącach spraw gospodarczych;
- negocjowałem ponad 100 umów wdrożeniowych lub ściśle związanych z IT zarówno po stronie zamawiającego jak i wykonawcy, w różnych branżach, w tym:
 - Informatycznej (dostawcy oprogramowania, w tym w czołówce rankingu Gartnera);
 - Samochodowej (zarówno sprzedaż hurtowa, jak i najem samochodów);
 - Wydawniczej (w tym audiobooki, e-booki) i produkcja filmowa (w tym YouTube);
 - Usługowej i rozrywkowej (gastronomia, biura podróży)
 - Instytuty naukowe i badawcze;
 - Służba zdrowia;
- wykonywałem audyt dla sektora Bankowego w zakresie weryfikacji wdrożeń IT z przepisami prawa.

Zamawiający i dostawca wdrożenia – przeciwnicy czy partnerzy?

SPOJRZENIE PRAWNIKA

- Jesteśmy włączani w ostatniej fazie ustaleń pomiędzy stronami – czyli moment, w którym ustalenia biznesowe są już dokonane i powinien pozostać tylko podpis stron.
- Odpowiadamy przed naszymi klientami za prawidłowość umowy - czyli weryfikujemy czy umowa odzwierciedla ustalenia stron

Zamawiający i dostawca wdrożenia – przeciwnicy czy partnerzy?

CEL WYKŁADU:

Przedstawienie procesu wdrożenia okiem osoby postronnej.

Opisanie problematycznych sytuacji (w sposób uproszczony).

Przedstawienie przykładów rozbieżności interesów ukrytych w umowach.

Zaproponowanie kompromisów.

WYBRANE PRZYKŁADY PROBLEMÓW

- 1) Umowa nie odzwierciedla założeń biznesowych, w tym nie pokrywa się z ofertą
- 2) Nie przedstawianie / negocjowanie wzoru umowy wdrożeniowej i utrzymaniowej
- 3) Umowa ogranicza odpowiedzialność Wykonawcy
- 4) Umowa łączy Zleceniobiorcę z Wykonawcą (rodzaj Vendor-lock'u), w tym poprzez
 - nie przeniesienie praw autorskich;
 - przeniesienie w ograniczonym zakresie praw autorskich;
 - zakazanie ingerencji w dostarczone rozwiązanie (nie mylmy z odpowiedzialnością za ingerencję)
 - skrajne ograniczenie odpowiedzialności;
 - sprzedaż niekompletnych lub wadliwych produktów;
 - nie wydawanie kodów źródłowych.
- 5) Wadliwe zabezpieczenie tajemnic przedsiębiorstwa i kwestii danych osobowych przez Wykonawcę;

1. CEL ZAWIERANIA UMOWY – kilka oczywistych kwestii...

- Jasne określenie warunków współpracy:
 - Co ma być zrobione?
 - Kiedy ma być zrobione?
 - Za ile?
 - Udokumentowanie warunków tej współpracy:
- Dlaczego się spisuje umowę?
 - Precyzja słowa pisanego
 - Ominięcie kwestii zawodności pamięci ludzkiej
 - Ograniczenie możliwości oszustw
 - Wymogi prawne
- Udokumentowanie warunków tej współpracy:
 - Dla potrzeb organizacji wdrożenia,
 - Dla potrzeb udowodnienia przeniesienia praw autorskich,
 - Dla potrzeb rozwiązywania konfliktów przedsądowo,
 - Dla potrzeb sporu sądowego.

UMOWA NIE ODZWIERCIEDLA ZAŁOŻEŃ BIZNESOWYCH

PRZYKŁAD:

Polski oddział zagranicznej firmy (Firma **XSOFT**) wdraża w zarejestrowanym w Polsce Towarzystwie **Ubezpieczeń** oprogramowanie.

Ubezpieczyciel potrzebuje nowej funkcjonalności, które ma być zapewnione przez oprogramowanie.

W omawianym przykładzie okazuje się, że **XSOFT**:

- **nie** posiada prawa autorskich do oprogramowania.
- posiada umiejętności wdrożenia oprogramowania.
- **nie** posiada umiejętności serwisowania oprogramowania.

ZAMAWIAJACY

- Prawa autorskie do programu czasami muszą podlegać innemu reżimowi prawnemu niż umowa. Jeżeli chcemy z niego korzystać, możliwe, że musimy ten fakt zaakceptować.
- Czasami różne spółki z grupy Wykonawcy będą realizowały zadania opisane w umowie, tzn.:
 - Kto inny sprzedaje oprogramowani
 - Kto inny wdraża
 - Kto inny serwisuje / utrzymuje

Zamawiający i dostawca wdrożenia – przeciwnicy czy partnerzy?

WYKONAWCA

- Powinien jasno opisywać na etapie oferty kto z jego grupy będzie odpowiedzialny za elementy wdrożenia, tzn:
 - Kto ma prawa do oprogramowania
 - Kto będzie wdrażał;
 - Kto będzie serwisował / utrzymywał...
- Powinien zagwarantować Zamawiającemu prawidłowość realizacji wszystkich etapów wdrożenia, a zatem:
 - albo przez wszystkie spółki z grupy;
 - Albo poprzez wykonalną (możliwą do realizacji) gwarancję pieniężną (np. polisa).

Zamawiający i dostawca wdrożenia – przeciwnicy czy partnerzy?

ZAMAWIAJACY

- Może powoływać się na treść przesłanej oferty (chyba że Wykonawca zaznaczył, że oferta, nie jest ofertą w rozumieniu Kodeksu Cywilnego). Może dochodzić odpowiedzialności.
- Zaakceptować, że pierwsze oferty mogą być niewiążące - tzn. Wykonawca ogranicza skutki oferty (wyłącza Kodeks Cywilny)

WYKONAWCA

- Powinien dbać o solidne wykonanie oferty, gdyż może być związany jej treścią, z chwilą akceptacji.
- Powinien zaakceptować, że Zamawiający może wymagać oferty w rozumieniu Kodeksu Cywilnego.

Oferta spełniająca wymogi Kodeksu Cywilnego powinna zawierać projekt umowy wdrożeniowej / utrzymaniowej / gwarancji.

UMOWA OGRANICZA ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY

PRZYKŁAD:

Bank oczekuje wdrożenia nowoczesnego oprogramowania do obróbki danych swoich klientów. Oferta / Umowa **Xsoft** ogranicza odpowiedzialność do określonej kwoty. Bank oczekuje większego poziomu odpowiedzialności.

ZAMAWIAJACY

Powinien umieć wyjaśnić jakie widzi ryzyka przy wdrożeniu i je określić kwotowe ryzyko.

Nie powinien żądać nieusprawiedliwionych granic odpowiedzialności.

WYKONAWCA

- Powinien uwzględnić w cenie premię za ryzyko (przykładowo w postaci kosztu polisy).

Strony powinny poświęcić czas na omówienie ryzyk związanych z wdrożeniem i ich oceną.

Zamawiający i dostawca wdrożenia – przeciwnicy czy partnerzy?

UMOWA OGRANICZA ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY

ZAMAWIAJACY

- Powinien również przyjąć do wiadomości, że Wykonawca nie jest w stanie w pełni zabezpieczyć każdego wdrożenia;
- Powinien dopuścić konieczność realizacji pewnych obowiązków po swojej stronie (np. udostępnienie środowiska testowego), tworzenia odpowiednich kopii zapasowych, snapshotów itp.

WYKONAWCA

- Powinien potrafić wyjaśnić gdzie kończy się jego możliwość zabezpieczenia wdrożenia, uwzględniając, że Zamawiający oczekuje efektu (tzn. działającego systemu).
- Powinien rozważyć zaproponowanie usług dodatkowych, albo obciążać Zamawiającego tymi obowiązkami.

UMOWA ZWIĄZUJE ZLECENIOBIORCĘ Z WYKONAWCĄ (RODZAJ VENDOR-LOCK’U), w tym poprzez

- nie przeniesienie praw autorskich;
- przeniesienie w ograniczonym zakresie praw autorskich;
- zakazanie ingerencji w dostarczone rozwiązanie (nie mylmy z odpowiedzialnością za ingerencję)
- skrajne ograniczenie odpowiedzialności;
- sprzedaż niekompletnych lub wadliwych produktów;

PRZYKŁAD:

XSOFT proponuje wykonanie oprogramowania do obsługi sieci salonów samochodowych. Wdrożenie planuje wykonać na swojej autorskiej platformie, którą będzie dostosowywał do potrzeb **Zamawiającego**.

W omawianym przykładzie okazuje się, że XSOFT:

- posiada prawa autorskie do swojej platformy – ale chce ją tylko **licencjonować**.
- **nie** jest w stanie udokumentować nabycia wszystkich praw autorskich
- **XSOFT** chce przenosić prawa autorskie do modyfikacji oprogramowania działającego na jego platformie, ale nie chce się zgodzić na szerokie pola eksploatacji.

UMOWA ZWIĄZUJE ZLECENIOBIORCĘ Z WYKONAWCĄ (RODZAJ VENDOR-LOCK'U)

ZAMAWIAJACY

- Powinien rozważyć, czy zgadza się na pełne uzależnienie od Wykonawcy. Powinien również wziąć pod uwagę sposób rozliczenia usług rozwojowych.
- Jeżeli chce korzystać z produktów Wykonawcy powinien szanować, fakt, że Wykonawca nie chce przenieść praw do platformy.
- W przypadku chęci samodzielnego rozwoju, upewnić się, że platforma będzie działała z upływem czasu.

WYKONAWCA

- Jeżeli chce związać Zamawiającego ze swoim produktem, powinien przedstawić projekt umowy na świadczenie usług rozwojowej i transparentnym systemem rozliczeń.
- Ewentualnie, dopuścić możliwość samodzielnego rozwoju modułów platformy, przez Zamawiającego, przy utrzymaniu licencji na platformę.

UMOWA ZWIĄZUJE ZLECENIOBIORCĘ Z WYKONAWCĄ (RODZAJ VENDOR-LOCK'U)

ZAMAWIAJACY

- Niezależnie od formy udzielenia praw autorskich (licencja/przeniesienie) upewnić się, że zakres jest wystarczająco szeroki.
- Szanować potrzebę zabezpieczenia kodów źródłowych. (np. kara umowna).
- Powinien zaakceptować ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy za błędy w zmianach w oprogramowaniu wprowadzone przez pracowników/zleceniobiorców Zamawiającego (nie-Wykonawcę).
- Oczekiwać przeniesienia praw do dokumentacji wdrożenia.

WYKONAWCA

- Powinien zaakceptować, że Zamawiający oczekuje niezmiernie szerokich pól eksploatacji. Ewentualnie ustalić cenę za nowe pola eksploatacji.
- Zapewnić zabezpieczenie kodów źródłowych. (np. depozyt notarialny).
- Rozważyć umożliwienie samodzielnego rozwoju oprogramowania przez Zamawiającego (z ograniczeniem odpowiedzialności).
- Zabezpieczyć swoje interesy przy przeniesieniu praw do dokumentacji wdrożenia klauzulami o tajemnicy przedsiębiorstwa, względnie ograniczyć krąg odbiorców (istotne przy np. Bankach).

WADLIWE ZABEZPIECZENIE TAJEMNIC PRZEDSIĘBIORSTWA I KWESTII DANYCH OSOBOWYCH PRZEZ WYKONAWCĘ;

PRZYKŁAD:

XSOFT proponuje wykonanie oprogramowania dla Szpitala. Szpital wymaga realizacji zamówienia w określony sposób (na terenie szpitala, z wykorzystaniem rozwiązań typu. DLP, po podaniu danych osobowych, po podpisaniu określonych oświadczeń).

WADLIWE ZABEZPIECZENIE TAJEMNIC PRZEDSIĘBIORSTWA I KWESTII DANYCH OSOBOWYCH PRZEZ WYKONAWCĘ;

ZAMAWIAJACY

- Powinien potrafić precyzyjnie określić wymogi bezpieczeństwa, i przedstawić już na etapie zapytania ofertowego te wymogi.
- Powinien prowadzić rozmowy z Wykonawcą w przypadku zgłoszenia uwag do wzorów dokumentów (np. upoważnień do przetwarzania danych osobowych).

WYKONAWCA

- Powinien zaakceptować, że Zamawiający oczekuje realizacji w określony sposób, aczkolwiek zweryfikować poprawność proponowanych rozwiązań.

Zamawiający i dostawca wdrożenia – przeciwnicy czy partnerzy?

PODSUMOWANIE

**Zamawiający i dostawca wdrożenia
– przeciwnicy czy partnerzy?**

Pytania?





WOŁOSZAŃSKI

WOŁOSZAŃSKI I WSPÓLNICY KANCELARIA PRAWNA

Michal.Woloszanski@wlaw.pl

Linked  Michał Wołoszański

www.wlaw.pl