

NEWSLETTER

IT-TECH/PZP LAW



W NUMERZE:

- Wada a odbiór oprogramowania w umowach wdrożeniowych
- Wykonanie zastępcze w umowach IT
- Prawo i biznes - statystyki
- Unijna dyrektywa w sprawie cyberbezpieczeństwa do rewizji
- TSUE o zamówieniach in-house – dwa nowe wyroki
- MiniPortal pod lupą NIK
- Zamówienia publiczne w Tarczy 4.0

Wada a odbiór oprogramowania w umowach wdrożeniowych

Kwalifikacja prawna umowy, której przedmiotem jest wdrożenie oprogramowania, może w niektórych przypadkach przysporzyć wielu trudności. W zależności od jej treści oraz przyjętego modelu realizacji zobowiązań wykonawcy może być oceniana w kategoriach umowy o dzieło, umowy o świadczenie usług lub umowy mieszanej, łączącej elementy zarówno umowy o dzieło, jak i umowy o świadczenie usług. Szersze omówienie problematyki charakteru umów wdrożeniowych znajduje się w [artykule na naszym blogu](#), pt. *Dyskusyjny charakter umów wdrożeniowych – wnioski z aktualnego orzecznictwa*[1]. Jednocześnie nadal większość umów wdrożeniowych funkcjonujących obecnie na rynku kształtowana jest w modelu umowy o dzieło, do której zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego[2] (dalej: k.c.).

Zgodnie z treścią art. 627 k.c. istotą tego rodzaju umowy ze strony wykonawcy jest wykonanie dzieła, a ze strony zamawiającego zapłata wynagrodzenia. Dzieło to zwykle polega na stworzeniu, zainstalowaniu i uruchomieniu przez wykonawcę – na infrastrukturze zamawiającego lub dostarczonej przez wykonawcę – prawidłowo funkcjonującego oprogramowania, o cechach i funkcjonalnościach ustalonych wcześniej przez strony. Osiągnięcie tak rozumianego rezultatu świadczy o należyтым wykonaniu umowy wdrożeniowej i uzasadnia wypłatę należnego wykonawcy wynagrodzenia. Z uwagi jednak na to, że wdrożenia obejmują zazwyczaj bardzo złożony i skomplikowany proces, może zdarzyć się sytuacja, w której wdrożone oprogramowanie co prawda działa, ale zawiera błędy lub brakuje w nim określonych funkcjonalności. W takim przypadku powstaje pytanie, czy zamawiający może odmówić odbioru dzieła i wypłaty wynagrodzenia wykonawcy – aż do czasu usunięcia wszystkich zidentyfikowanych przez zamawiającego błędów – czy też zobowiązany jest on do odbioru prac związanych z wdrożeniem i w konsekwencji do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, który błędy powinien usunąć w ramach udzielanej rękojmi lub gwarancji.



Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymaga analizy kodeksowych przepisów dotyczących umowy o dzieło. Przepis art. 642 § 1 k.c. uzależnia zapłatę wynagrodzenia od oddania przez wykonawcę dzieła, a art. 643 k.c. nakłada na zamawiającego obowiązek odbioru dzieła zgodnego z treścią zobowiązania. W orzecznictwie sądów powszechnych podkreśla się, że „oddanie” przez wykonawcę dzieła nie jest tożsame z jego „odebraniem” przez zamawiającego, choć są to czynności ekwiwalentne[3]. Prawidłowo oddane dzieło powinno odpowiadać treści umowy i mieć wskazane w niej cechy, a więc powinno nadawać się do wykorzystania zgodnie z jego z przeznaczeniem i być pozbawione wad istotnych[4]. Dopiero osiągnięcie rezultatu spełniającego ww. kryteria świadczy o wykonaniu umowy przez wykonawcę i powoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku odbioru dzieła oraz zapłaty wynagrodzenia. Pozostałe wady nieistotne, które nie wpływają na działanie oprogramowania zgodnie z przeznaczeniem, świadczą o nienależyтым wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę i powinny zostać naprawione na podstawie rękojmi lub gwarancji, o ile taka została udzielona[5]. Nie kreują one natomiast po stronie zamawiającego możliwości odmowy odebrania dzieła czy wstrzymania przez niego zapłaty wynagrodzenia.

[1] Zob. <https://www.traple.pl/2017/01/24/dyskusyjny-charakter-umow-wdrozeniowych-wnioski-z-aktualnego-orzecznictwa/>, dostęp: 2.07.2020r.

[2] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

[3] Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 5 lipca 2017 r., sygn. V ACa 924/16.

[4] Zob. zamiast wielu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2017 r., sygn. II CSK 77/17 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 5 lipca 2017 r., sygn. V ACa 924/16.

[5] Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 czerwca 2017 r., sygn. I ACa 174/17.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt umów wdrożeniowych, należy stwierdzić, że nie każda wada oprogramowania, która wpływa na jego prawidłowe działanie, świadczy o niewykonaniu umowy przez wykonawcę i może być podstawą do odmowy zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego. Orzecznictwo sądowe w zakresie sporów wdrożeniowych nie jest bogate w rozstrzygnięcia dotyczące tej kwestii, jednak można w nim dostrzec pewną tendencję. W opublikowanych orzeczeniach słusznie podnosi się, że w złożonych programach komputerowych często dochodzi do sytuacji, w których zawodzi komunikacja pomiędzy poszczególnymi elementami sieci. Zwraca się ponadto uwagę na trudności związane z ustaleniem przyczyn występowania błędów w oprogramowaniu – mogą być one spowodowane nieprawidłowym zaprojektowaniem poszczególnych elementów programu przez wykonawcę, ale przyczyna może równie dobrze leżeć po stronie zamawiającego (np. w wykorzystywanej architekturze, konfiguracji sieci czy użytkowanym sprzęcie komputerowym)[6]. Z uwagi na powyższe sądy przyjmują, że brak wdrożenia niektórych

pobocznych modułów systemu czy też występowanie we wdrożonym oprogramowaniu błędów, które nie powodują jednak braku możliwości korzystania z niego zgodnie z celem i przeznaczeniem (o czym może świadczyć np. prowadzenie za jego pomocą działalności)[7], może nie stanowić wady istotnej, która uzasadniałaby brak odbioru i wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy[8]. W takich sytuacjach zamawiający powinien odebrać prace związane z wdrożeniem i skorzystać z możliwości naprawy wykrytych błędów w ramach uprawnień przysługujących mu z tytułu rękojmi lub gwarancji. Wady programu świadczą bowiem o nienależnym wykonaniu umowy przez wykonawcę, a nie o całkowitym jej niewykonaniu.

Mając powyższe na uwadze, przy konstruowaniu umów wdrożeniowych warto pamiętać o wskazaniu przeznaczenia oprogramowania oraz wyraźnym wyszczególnieniu jego cech i funkcjonalności. Ułatwi to wykazanie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę w razie powstania ewentualnego sporu w tym zakresie.

[6] Zob. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. XIII GC 1603/17 (wyrok pierwszej instancji).

[7] Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 28 listopada 2018 r., sygn. XIII Ga 722/18.

[8] Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 maja 2019 r., sygn. I AGa 192/18.

Wykonanie zastępcze w umowach IT

Instytucja wykonania zastępczego, często pomijana na etapie negocjowania umów IT, może stanowić – obok innych instrumentów prawnych – dodatkowe zabezpieczenie zamawiającego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Zwrotu jakich kosztów wykonania zastępczego wierzyciel może się domagać od wykonawcy nienależycie wykonującego prace?

Niezależnie od tego, czy zamawiający jako wierzyciel skorzysta z prawa wykonania zastępczego na podstawie upoważnienia umownego, czy też z upoważnienia sądu, zamawiającemu przysługiwać będzie roszczenie o zwrot kosztów wykonania zastępczego. Uprawnienie wierzyciela do dochodzenia zwrotu kosztów wykonania zastępczego od wykonawcy nienależycie wykonującego prace (dłużnika) wynika bowiem wprost z przepisów Kodeksu cywilnego[1]. W tym zakresie

pojawia się jednak pytanie o wysokość kosztów wykonania zastępczego, których zwrotu wierzyciel (zamawiający) może domagać się od wykonawcy. W orzecznictwie podkreśla się, że **koszty wykonania zastępczego, do których pokrycia zobowiązany jest wykonawca, nie mogą być kosztami nadmiernymi, nieuzasadnionymi, a roszczenie o zwrot wyłożonych kosztów wykonania zastępczego ogranicza się tylko do kosztów uzasadnionych, czyli koniecznych.**



[1] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

W praktyce kontraktów IT kosztem takim będzie np. rynkowe wynagrodzenie dla podmiotu trzeciego, wykonującego taki sam zakres prac wdrożeniowych, utrzymaniowych, w zakresie których wykonawca nie wywiązał się z obowiązków umownych. W szczególności podkreślić należy, że do kosztów wykonania zastępczego nie powinno być zaliczone wynagrodzenie z tytułu wykonania dodatkowej funkcjonalności oprogramowania (prace rozwojowe), które nie było objęte pierwotną umową zawartą pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, a także wynagrodzenie za szerszy zakres prac w stosunku do umówionego pierwotnie z wykonawcą nienależycie realizującym umowę. Jednocześnie ciężar dowodu, że poniesione przez wierzyciela koszty były nadmierne i w związku z tym wierzyciel nadużył prawa, obciąża wykonawcę nienależycie wykonującego prace (dłużnika), z uwzględnieniem, że to wierzyciel powinien jednak udowodnić wysokość i fakt poniesienia tych kosztów[2]. Niemniej jednak przerzucenie ciężaru dowodu w takim wypadku nie oznacza oczywiście, że zamawiający nie powinien realizować swoich uprawnień do wykonania zastępczego z należytą starannością, zwłaszcza w zakresie ustalenia wynagrodzenia nowego wykonawcy, przeprowadzającego prace zastępcze.

Czy w przypadku skorzystania z wykonania zastępczego zamawiający obok zwrotu kosztów wykonania zastępczego może również dochodzić odszkodowania?

W orzecznictwie podkreśla się, że istota zastępczego wykonania polega na podjęciu przez wierzyciela czynności zmierzających do wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią. **Zastępcze wykonanie ma prowadzić do realizacji celu zobowiązania wykonawcy przez samego wierzyciela i w związku z tym jest dokonywane na jego koszt, niemniej jednak nie jest spełnieniem świadczenia, ale jedynie surogatem świadczenia wykonawcy. W związku z tym wierzyciel, korzystając z przysługującego mu uprawnienia do wykonania zastępczego, zachowuje roszczenie o naprawienie szkody[3].**

Zwrot kosztów wykonania zastępczego jest więc odmienną podstawą od roszczenia stricte odszkodowawczego, które może być dochodzone obok zwrotu kosztów wykonania zastępczego. Te dwie podstawy dochodzenia roszczeń różnią się od siebie tym, że w przypadku dochodzenia zwrotu kosztów wierzyciel nie musi udowadniać okoliczności powstania ani wielkości szkody, ale jedynie wykazać wysokość poniesionych kosztów, podczas gdy dochodząc

odszkodowania, na wierzycielu będzie spoczywał ciężar udowodnienia wszystkich przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej.

Zatem zamawiający będzie mógł dochodzić obok zwrotu kosztów wykonania zastępczego również naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki wykonawcy pierwotnego w wykonaniu kontraktu IT. Wysokość tej kwoty mierzona jest majątkowym uszczerbkiem, spowodowanym nieotrzymaniem świadczenia umownego w czasie właściwym, a nie niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania[4]. W praktyce szkodą taką (zarówno stratą rzeczywistą, jak i utraconymi korzyściami) w przypadku kontraktu IT może być w szczególności szkoda powstała w majątku zamawiającego, polegająca na konieczności ponoszenia zwiększonych kosztów utrzymania funkcjonującego u zamawiającego systemu, który miał być zastąpiony nowym, generującym mniejsze koszty utrzymania systemem, a także szkoda może przybrać postać utraty zysku, który miał być osiągnięty w związku z wdrożeniem nowego systemu itp.



Czy termin skorzystania przez zamawiającego z prawa wykonania zastępczego ma wpływ na wysokość zwrotu kosztów wykonania zastępczego?

Analizując zagadnienie wykonania zastępczego, należy zastanowić się też, jaki wpływ na wysokość kosztów, których zwrotu zamawiający może żądać od wykonawcy, ma termin, w jakim zamawiający skorzystał z prawa wykonania zastępczego – a więc, czy zamawiający musi realizować prace w ramach wykonania zastępczego od razu, czy też może czekać. **Z orzecznictwa sądów powszechnych wynika, że dopiero dokonanie czynności przez zamawiającego na koszt i ryzyko wykonawcy powoduje przekształcenie zobowiązania wykonawcy z obowiązku czynienia lub nieczynienia (w przypadku umowy IT co do zasady z obowiązku czynienia) w obowiązek zwrotu kosztów poniesionych przez zamawiającego. W orzecznictwie podkreślono, że ewentualne opóźnienie zamawiającego w realizacji wykonania zastępczego nie ma znaczenia, ponieważ przez okres do momentu skorzystania przez zamawiającego z prawa wykonania zastępczego wykonawca mógł spełnić świadczenie, do którego był wciąż zobowiązany na podstawie umowy zawartej z wierzycielem[5].**

[2] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CNP 147/07; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 31 lipca 2015 r., sygn. akt 1006/14; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. akt VI Ga 333/15; wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. akt I C 703/12.

[3] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2000 r., sygn. akt III CKN 441/00.

[4] Tak np. M. Gutowski, [w:] Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626, red. M. Gutowski, wyd. 2, Warszawa 2019.

[5] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt I ACa 184/18.

W praktyce będzie to oznaczać, że termin, w którym zamawiający skorzysta z prawa wykonania zastępczego, pozostaje bez znaczenia i wpływu na wysokość kosztów, których zwrotu zamawiający może domagać się od wykonawcy pierwotnego, ponieważ – de facto – do momentu skorzystania z tego prawa przez zamawiającego wykonawca pierwotny może wykonać te prace na podstawie dotychczasowej umowy zawartej z zamawiającym.

Oprócz tego wskazuje się, że co prawda zamawiający nie ma obowiązku podejmowania czynności w celu realizacji wykonania zastępczego, niemniej jednak w przypadku zgłoszenia przez niego roszczenia o naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania albo ze zwłoki (obok roszczenia o zwrot kosztów wykonania zastępczego) jego bierność w tej kwestii może zostać uznana za przyczynienie się do powstania tej szkody[6].

Z powyższego można zatem wywodzić, że termin wykonania zastępczego przez zamawiającego co do zasady nie powinien mieć wpływu na wysokość zwrotu kosztów, których zamawiający może dochodzić od wykonawcy w przypadku skorzy-

stania z prawa do wykonania zastępczego. Niemniej jednak, aby uniknąć ewentualnego zarzutu ze strony wykonawcy, na którego koszt zamawiający miałby wykonywać prace w ramach wykonania zastępczego, zamawiający powinien w ramach możliwości dążyć do wykonania tych prac w rozsądnym terminie, przez co należy rozumieć termin umożliwiający zamawiającemu np. przeprowadzenie odpowiedniej procedury wyboru właściwego podmiotu, dającego rękojmię prawidłowego wykonania prac zastępczych. Ponadto, jak podkreślano powyżej, przy często wieloletnich projektach IT czas jest bardzo istotnym faktorem, dlatego też wydaje się, że zamawiający powinni dążyć do wykonania prac zastępczych bez zbędnej zwłoki.

Więcej na temat zagadnień związanych ze stosowaniem instytucji wykonania zastępczego przeczytasz na naszym blogu: [tutaj](#) oraz [tutaj](#).

[6] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 lipca 2017 r., sygn. akt I ACa 615/16.



PRAWO I BIZNES

#statystyki

Wpływ COVID-19 na branżę ICT w Polsce i na świecie

Świat



38% - 40% przedsiębiorstw utrzymało swoje budżety IT na niezmiennym poziomie, mimo pandemii COVID-19 i nieprzyjaznych warunków ekonomicznych[1].



Bezsprzeczny jest również wpływ pandemii COVID-19 na podejście specjalistów IT:

96% z nich przyznaje, że pandemia zmieniła ich sposób myślenia, nie tylko o technologii, **95%** z nich przyznaje, że w ich opinii COVID-19 uczynił życie bardziej skoncentrowanym na technologii niż było kiedykolwiek wcześniej[1].

Polska



Branża ICT jako jedna z najszybszych i w największym zakresie, wdrożyła pracę zdalną po wybuchu pandemii COVID-19 – pracę w tym trybie zapewniło **86%** firm z branży IT i telekomunikacji. Taki tryb pracy nie jest również zresztą w branży nowością[2].



Pomiary Urzędu Komunikacji Elektronicznej dotyczące polskich sieci telekomunikacyjnych, przeprowadzone od grudnia 2019 r. do maja 2020 pokazują wzrosty w natężeniu **połączeń głosowych oraz transmisji danych w sieciach mobilnych i stacjonarnych** – które wynoszą **od 30% do nawet 140%**. Największe zmiany w obciążeniu sieci zauważyli operatorzy sieci stacjonarnych - z kolei ruch w sieciach mobilnych wzrósł o około **50%**[3].



Nie zaskakują prognozy wydatków według kategorii usług i sprzętu IT – na całym rynku IT prognozowane są spadki wydatków, **najmniejsze w obszarze oprogramowania** (uwzględniające chmurę), **największe w kategorii telefonów komórkowych, urządzeń peryferyjnych oraz kategorii komputerów, laptopów czy tabletów** (przy czym ta grupa również jest zróżnicowana, a największe spadki odnotowują wydatki na tablety)[4].

[1] <https://biznes.wprost.pl/technologie/10333033/swiat-technologie-po-covid-19-bedzie-inny.html>
<https://www.statista.com/statistics/1108094/covid-19-impact-on-it-budgets-worldwide/>

[2] https://www.devire.pl/wp-content/uploads/2020/03/Raport_Devire_Wp%C5%82yw_koronawirusa_na_polskie_przedsi%C4%99biorstwa.pdf

[3] <https://www.uk.e.gov.pl/akt/jakosc-sieci-w-polsce-pomiary-z-certyfikowanego-mechanizmu-monitorowania-internetu-grudzien-2019maj-2020,332,0.html>

[4] <https://itwiz.pl/jak-wg-idc-bedzie-wygladal-rynek-polsce-2020-roku/>

CYBERBEZPIECZEŃSTWO

#regulacje_prawne

Unijna dyrektywa w sprawie cyberbezpieczeństwa do rewizji

Proces rewizji i jego cele

25 czerwca 2020 r. Komisja Europejska (KE) ogłosiła rozpoczęcie procesu rewizji dyrektywy NIS, który **zamierza zakończyć jeszcze w 2020 r.**[1]. Warto podkreślić, że zmiany w zakresie dyrektywy pociągną za sobą również zmiany w polskim prawie – zwłaszcza w **Ustawie z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa**, która implementuje dyrektywę NIS do krajowego porządku prawnego. Warto więc śledzić, jaki kierunek zostanie nadany rewizji.

Trzeba przy tym pamiętać, że dyrektywa została przyjęta w 2016 r., zatem jej przegląd po kilku latach obowiązywania jest istotny dla zapewnienia aktualności wymagań ustanowionych w tym akcie prawnym. Plany w zakresie przeglądu dyrektywy NIS zostały zresztą przedstawione w jej art. 23, a potwierdziła je dodatkowo Komisja Europejska w komunikacie z dnia 19 lutego 2020 r.: *Shaping Europe's digital future*[2].

Główne cele, jakie zostały postawione w zakresie tego przeglądu, dotyczą:

- weryfikacji i oceny, czy cyberbezpieczeństwo w ramach UE uległo poprawie;
- identyfikacji istniejących i pojawiających się problemów;
- identyfikacji i szacowania kosztów regulacyjnych oraz korzyści płynących z tych działań.

Prace w tym zakresie zostały poprzedzone opracowaniem analiz, które miały na celu weryfikację sposobu funkcjonowania przepisów przyjętych przez państwa członkowskie na podstawie dyrektywy. Ciekawe wnioski płyną zwłaszcza ze **sprawozdania KE dla Parlamentu Europejskiego i Rady oceniającego spójność podejść przyjętych przez państwa członkowskie w procesie identyfikacji operatorów usług kluczowych** zgodnie z art. 23 ust. 1 dyrektywy NIS[3].

Raport ten wskazał m.in. na znaczące rozbieżności w poszczególnych państwach członkowskich w zakresie podejścia do implementacji dyrektywy NIS. Jednym z przykładów jest liczba zidentyfikowanych usług kluczowych w sektorach

wskazanych przez dyrektywę. Liczba ta waha się w państwach członkowskich od 12 (Węgry i Holandia) do 87 (Polska). Średnio, jak wynika ze sprawozdania, na każde państwo członkowskie przypada 35 usług. Inne wnioski płynące z raportu zostały przedstawione na naszym blogu w artykule dostępnym pod tym [linkiem](#).



Rozważane kierunki zmian

Komisja Europejska w opublikowanych informacjach wprost wskazuje, że **rozważane są obecnie następujące scenariusze:**

- Rozwiązanie zakładające najmniej ingerencji w kształt i treść przepisów – **oparcie się na dotychczasowych przepisach i pełne ich wdrożenie.**
- Przyjęcie **środków „miękkich”** – np. **wytycznych** dla państw członkowskich, które mogłyby dotyczyć mniej zharmonizowanych obszarów dyrektywy, takich jak identyfikacja operatorów usług kluczowych. Dzięki takim wytycznym możliwe byłoby wyeliminowanie znacznych niespójności w stosowaniu przepisów.
- **Wprowadzenie zmian do dyrektywy NIS** w celu wyjaśnienia niektórych przepisów i poprawy ich harmonizacji. W szczególności KE mogłaby zaproponować zmianę niektórych definicji stosowanych do celów dyrektywy, wprowadzenie bardziej zharmonizowanych elementów w procesie identyfikacji operatorów podstawowych usług, a także **rozszerzenie zakresu dyrektywy w celu objęcia nim innych sektorów lub usług.**

[1] Aktualne informacje w tym zakresie, w tym również treść zgłoszonych uwag, dostępne są pod adresem: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12475-Revision-of-the-NIS-Directive>, dostęp: 2.07.2020.

[2] Zob. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf, dostęp: 2.07.2020.

[3] Zob. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/report-assessing-consistency-approaches-identification-operators-essential-services>, dostęp: 2.07.2020.

- **Zastąpienie dyrektywy innym aktem prawnym**, który zapewniłby wyższy poziom harmonizacji i spójności za pomocą bardziej szczegółowych i precyzyjnych przepisów (nie jest więc wykluczone przyjęcie w tym zakresie rozporządzenia unijnego).

Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa – implementacja dyrektywy NIS

Opisany wyżej proces rewizji dyrektywy NIS jest istotny z perspektywy podmiotów wchodzących w skład krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, utworzonego przez polskiego ustawodawcę. Chodzi tu zwłaszcza o operatorów usług kluczowych, dostawców usług cyfrowych oraz podmioty publiczne.

Polska ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, implementująca dyrektywę NIS, obowiązuje już dwa lata –

została przyjęta 5 lipca 2018 r. Chociaż wyznacza ona istotne obowiązki dotyczące systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji czy raportowania incydentów, a także przewiduje kary administracyjne w tym zakresie, wydaje się, że nie zrewolucjonizowała podejścia do cyberbezpieczeństwa. Wciąż wiele podmiotów objętych regulacją tej ustawy, np. dostawcy usług chmurowych czy internetowe platformy handlowe, zwleka z jej wdrożeniem[4].

W tym kontekście wydaje się, że proces rewizji dyrektywy może pozytywnie wpłynąć na przyjęcie spójnej regulacji w państwach członkowskich, mającej też rzeczywiste zastosowanie. Z pewnością cenne będzie zebranie doświadczeń poszczególnych krajów dotyczących implementacji dyrektywy, tak aby wypracować rozwiązanie efektywne i wyeliminować puste czy martwe regulacje.

[4] Zapraszamy do lektury artykułu dotyczącego dostawców usług cyfrowych i ich obowiązków – dostępnego na str. 10 newslettera nr 3/2020: https://mcusercontent.com/9efc4bfdd13dd8cb3742108c3/files/d64c9085-a49f-4da5-821b-ee1929428516/Newsletter_IT_Tech_PZP_03_2020.pdf, dostęp: 2.07.2020.



PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

#orzecznictwo #akty_prawne #informatyzacja_zamówień_publicznych

TSUE o zamówieniach in-house – dwa nowe wyroki

W czerwcu 2020 r. zapadły dwa ważne wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) dotyczące tzw. zamówień publicznych in-house: wyrok z 4 czerwca 2020 r. (C-429/19) oraz z 18 czerwca 2020 r. (C-328/19).

Orzeczenia TSUE dotyczą specyficznej sytuacji, w której jednostki samorządu terytorialnego zawierają pomiędzy sobą porozumienie. Może ono być zawarte np. pomiędzy różnymi gminami, gminą a miastem itp. Na potrzeby niniejszej publikacji przyjęto założenie zawarcia porozumienia międzygminnego, które jest najpopularniejszą formą porozumień między jednostkami samorządu terytorialnego w Polsce. Istotą porozumienia międzygminnego z punktu widzenia stron jest przejście obowiązków wykonywania określonych zadań publicznych przez jedną z gmin. Najczęściej na rynku dotyczy to polityki gospodarowania odpadami komunalnymi i usług transportu publicznego. W konsekwencji jedna gmina przejmuje wykonywanie zadań publicznych za siebie i inne gminy objęte porozumieniem. Kontrowersje, które rozstrzygał TSUE, dotyczyły natomiast tego, **czy gmina wskazana w porozumieniu międzygminnym jako odpowiedzialna za realizację określonych zadań publicznych może zlecić ich wykonywanie na zewnątrz własnej spółce komunalnej bez przetargu**. W ten sposób dochodzi bowiem do zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki (zgodnie z nazewnictwem z polskiej ustawy – Prawo zamówień publicznych[1]), a zatem w trybie wykluczającym konkurencję, a dana gmina udziela zamówienia nie tylko w odniesieniu do własnej właściwości terytorialnej, lecz także innych gmin objętych porozumieniem.

TSUE zajmował się tą problematyką już wcześniej. W orzeczeniu z 21 grudnia 2016 r. (C-51/15) wskazano, że „przekazanie kompetencji w zakresie realizacji zadań publicznych następuje wyłącznie wówczas, gdy dotyczy ono jednocześnie obowiązków związanych z przekazanymi kompetencjami oraz towarzyszących im uprawnień, tak aby nowy kompetentny organ władzy publicznej miał autonomię decyzyjną i finansową”. Innymi słowy, nie wystarczy zatem jedynie przekazać zadań, ale konieczne jest przekazanie całości kompetencji, uprawnień i obowiązków.

W najnowszych orzeczeniach TSUE uściślił powyższe zagadnienie. W wyroku z 4 czerwca 2020 r. (C-429/19) Trybunał potwierdził linię orzeczniczą z 2016 r., wskazując, że pozorna współpraca między dwiema jednostkami samorządowymi w celu przetwarzania odpadów nie uprawnia do omijania przepisów o zamówieniach publicznych. W kolejnym orzeczeniu z 18 czerwca 2020 r. (C-328/19) TSUE potwierdził wprost, że przy zawarciu porozumienia (np. w Polsce międzygminnego) i następnie **udzieleniu zamówienia in-house spółce komunalnej przez jedną ze stron porozumienia nie dochodzi do naruszenia konkurencji w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych tylko pod warunkiem, że w porozumieniu gminy przekazały jednej z nich swoje kompetencje i uprawnienia. Nie wystarczy przekazanie samych zadań**.



TSUE wskazał m.in.: „Ze swej natury zaś takie przekazanie kompetencji oznacza utratę właściwości przez pozostałe gminy będące stronami porozumienia o współpracy na rzecz gminy odpowiedzialnej” oraz dalej: „Gmina taka podejmuje w imieniu tych pozostałych gmin zadanie, które do tej pory każda gmina wykonywała sama. Tym samym skutek tego przekazania **gmina odpowiedzialna w pewnym sensie wstępuje w prawa i obowiązki swoich partnerów**”.

Przekazanie zadań musi się zatem wiązać z tym, że konkretna gmina wskazana w porozumieniu będzie wykonywać wszystkie obowiązki i kompetencje dotyczące przekazanego jej zadania i będzie to robić samodzielnie i na własną odpowiedzialność. Pozostałe gminy będą jedynie partycypować w kosztach. Dla przykładu, w razie usługi zbiorowego transportu publicznego przekazanie zadań i kompetencji jednej gminie będzie oznaczać, że tylko ona będzie ustalała wszystkie zasady realizacji tych usług. **W takich okolicznościach możliwe jest udzielenie przez gminę odpowiedzialną zamówienia in-house gminnej spółce komunalnej**.

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843).

MiniPortal pod lupą NIK

Najwyższa Izba Kontroli dokonała analizy informatyzacji procesu zamówień publicznych[1]. Wdrożenie miniPortalu zostało ocenione jako celowe i wychodzące naprzeciw potrzebom uczestników rynku zamówień publicznych. Nie obyło się jednak bez krytyki miniPortalu, któremu zarzucono brak spełnienia warunków neutralności technologicznej (co może ograniczać dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz niezapewnienie należytego i zgodnego z przepisami prawa przechowywania i zabezpieczenia dokumentacji elektronicznej (na co zwrócono uwagę w 9 z 13 kontrolowanych jednostek, które korzystały z miniPortalu).

Geneza miniPortalu

Od 18 października 2018 r. do postępowania o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne zamawiający inni niż centralny zamawiający obowiązani są do stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych (PZP)[2] w zakresie, w jakim przewiduje ona obowiązek komunikacji zamawiającego z wykonawcą wyłącznie za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Pełna elektroniczność, w tym zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, została natomiast przewidziana z dniem wejścia w życie nowego PZP[3], a więc od 1 stycznia 2021 r.

W związku z elektroniczną zamówień publicznych podjęte zostały przez Urząd Zamówień Publicznych działania zmierzające do udostępnienia nieodpłatnego rozwiązania umożliwiającego komunikację elektroniczną między zamawiającym i wykonawcami, w szczególności elektroniczne składanie ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tak powstało narzędzie informatyczne w postaci miniPortalu, który bazuje na funkcjonalności Biuletynu Zamówień Publicznych i platformy ePUAP.

Zarzuty wobec miniPortalu

W raporcie Najwyższej Izby Kontroli stwierdzono, że narzędzia komercyjne spełniały wymagania określone przepisami prawa, natomiast w miniPortalu zastosowano aplikację pracującą jedynie w środowisku Microsoft Windows, mogącą ograniczać dostęp podmiotów użytkujących inne systemy operacyjne. Tym samym w ocenie Najwyższej Izby Kontroli miniPortal nie spełnia określonych w przepisach warunków

neutralności technologicznej narzędzi wykorzystywanych do komunikacji wykonawców i zamawiających[4]. Ponadto Najwyższa Izba Kontroli znalazła w 9 skontrolowanych jednostkach wykorzystujących miniPortal nieprawidłowości związane z brakiem zapewnienia należytego przechowywania, zabezpieczenia i archiwizacji dokumentacji elektronicznej, dotyczące w szczególności braku ewidencji i/lub archiwizacji dokumentów elektronicznych postępowań ze skrzynki ePUAP lub ze skrzynek poczty e-mail, na które trafiała część dokumentów (m.in. pytania i wyjaśnienia treści SIWZ, wezwania, zawiadomienia o poprawieniu oczywistych omyłek, informacje z otwarcia ofert)[5].

Dostępność miniPortalu

W raporcie Najwyższa Izba Kontroli odnotowała również, że często zgłaszanym problemem z użytkowaniem narzędzi do komunikacji elektronicznej jest niedostępność lub niepełna dostępność narzędzia, przy czym w ocenie Izby większe problemy były w przypadku miniPortalu niż rozwiązań komercyjnych[6].

W odniesieniu do tego należy mieć na uwadze, że stosownie do punktu 11 regulaminu korzystania z systemu miniPortal[7] niedostępność systemu miniPortal nie może stanowić uzasadnienia roszczeń względem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zapewnienie dostępności systemu informatycznego jest tymczasem jednym z najważniejszych elementów jego prawidłowego działania. Na doniosłość tego elementu zwraca zresztą uwagę także sam Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w jednej z publikacji udostępnionych na jego stronie internetowej.

Podsumowanie

Niewykluczone, że raport Najwyższej Izby Kontroli spowoduje większą śmiałość w korzystaniu przez zamawiających z komercyjnych narzędzi zmierzających do prowadzenia procesu udzielania zamówień publicznych. Podstawowe (niededykowane) rozwiązania komercyjne to często koszty rzędu kilkuset złotych miesięcznie, co może być kwotą niewygórowaną w stosunku do lepszej funkcjonalności rozwiązań komercyjnych, w tym możliwości egzekwowania od dostawcy zapewnienia dostępności narzędzia na określonym poziomie.

[1] Informacja o wynikach kontroli dostępna jest pod adresem: <https://www.nik.gov.pl/kontrole/P/19/003/>, dostęp: 29.06.2020.

[2] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843).

[3] Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019).

[4] Najwyższa Izba Kontroli, informacja o wynikach kontroli Informatyzacja procesu zamówień publicznych, str. 8.

[5] Najwyższa Izba Kontroli, informacja o wynikach kontroli Informatyzacja procesu zamówień publicznych, str. 43.

[6] Regulamin dostępny jest pod adresem: <https://miniportal.uzp.gov.pl/WarunkiUslugi.aspx>, dostęp: 1.07.2020.

[7] Analiza dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych 7 osi priorytetowej PO IG, str. 81, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0016/24244/Analiza_dobrych_praktyk_w_zakresie_realizacji_umow_IT.pdf, dostęp: 1.07.2020.

Zamówienia publiczne w Tarczy 4.0

Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (tzw. **Tarcza 4.0**) wprowadziła zmiany do ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tzw. „**ustawa COVID-19**” lub „**Tarcza 1.0**”), które dotyczą m. in. zamówień publicznych. Ustawa weszła w życie w dniu 24 czerwca 2020 r. (z wyjątkami).

Ustawa przewiduje dalsze bardzo istotne zmiany w prawie zamówień publicznych w czasie trwania pandemii COVID-19, korzystne przede wszystkim dla przedsiębiorców (wykonawców) działających na rynku zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę, że przepisy ulegały istotnym modyfikacjom, **opracowaliśmy zestawienie, które wskazuje zwłaszcza:**

- zakres zmiany – na co muszą zwrócić uwagę zamawiający i wykonawcy?
- podstawę prawną zmiany,
- od kiedy zmiana obowiązuje,
- jaki wpływ ma zmiana na postępowania o udzielenie zamówienia, które są w toku,
- kiedy przepis traci moc, oraz czy jego odpowiednik znajduje się w nowej ustawie prawo zamówień publicznych, która będzie obowiązywać od 1 stycznia 2020 r.

Zmiany te dotyczą następujących zagadnień m.in.:

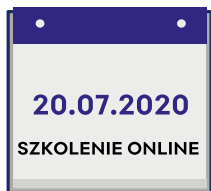
1. Wyłączenia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. Zniesienia obowiązku żądania wadium,
3. Obowiązku dokonywania płatności wynagrodzenia w częściach lub udzielania zaliczek przez zamawiających,
4. Zmniejszenia maksymalnej wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 5%,
5. Obowiązku dokonania zmiany umowy o zamówienie publiczne.
6. Zakazu potrącania kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy i zakaz zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Tabelaryczne zestawienie dostępne jest już na naszym blogu – pod linkiem: [LINK](#)



NADCHODZĄCE WYDARZENIA

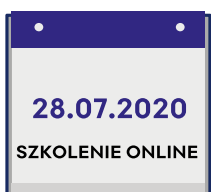
#szkolenia #konferencje #warsztaty



"Akademia e-przetargów" - Uwaga rejestracja do 15 lipca 2020 r.!

r. pr. Tomasz Krzyżanowski

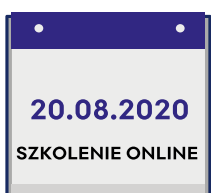
[Więcej informacji >>](#)



"Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy IT – co zrobić aby uniknąć sporu i jak się zachować w sytuacjach kolizyjnych pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym?"

r. pr. Agnieszka Wachowska

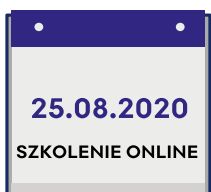
[Więcej informacji >>](#)



"Umowy ICT w okresie pandemii COVID-19"

adw. Xawery Konarski, r. pr. Agnieszka Wachowska

[Więcej informacji >>](#)



"Prawne aspekty cyberbezpieczeństwa"

r. pr. Agnieszka Wachowska, r. pr. Joanna Jastrząb

[Więcej informacji >>](#)

ZESPÓŁ IT-TELCO/PZP



Xawery Konarski
Adwokat, Starszy Partner
xawery.konarski@trapple.pl



Agnieszka Wachowska
Radca prawny, Partner
agnieszka.wachowska@trapple.pl



Piotr Nepelski
Radca prawny
piotr.nepelski@trapple.pl



Tomasz Krzyżanowski
Radca prawny
tomasz.krzyzanowski@trapple.pl



Joanna Stecyk
Radca prawny
joanna.stecyk@trapple.pl



Karolina Grochecka-Goljan
Adwokat
karolina.grochecka@trapple.pl



Joanna Jastrzab
Radca prawny
joanna.jastrzab@trapple.pl



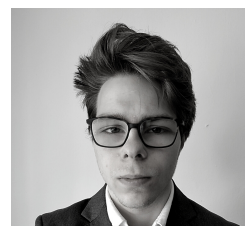
Magdalena Gąsowska-Paprotka
Radca prawny
magdalena.gasowska@trapple.pl



Wojciech Karwacki
Aplikant radcowski
wojciech.karwacki@trapple.pl



Aleksander Elmerych
Stażysta
aleksander.elmerych@trapple.pl



Michał Kalinowski
Stażysta
michal.kalinowski@trapple.pl

Artykuły zamieszczone w niniejszym materiale nie stanowią porady prawnej. Osoby zainteresowane uzyskaniem bardziej szczegółowych informacji dotyczących omawianych kwestii proszone są o bezpośredni kontakt z prawnikami kancelarii Trapple Konarski Podrecki i Wspólnicy.

Pytania prosimy kierować na adres:
it-telco@trapple.pl

the law