

Elementy dobrej umowy

Właściwe skonstruowanie umowy outsourcingowej powinno w znaczący sposób ułatwić zarządzanie całym projektem i zminimalizować związane z nim ryzyka. — **PIOTR CZUBLUN**

W poprzednim numerze starałem się pokazać czynniki, które mogą okazać się rozstrzygające w przypadku oceny opłacalności outsourcingu w danej organizacji. Tym razem chciałbym omówić najważniejsze elementy prawidłowo zredagowanej umowy outsourcingowej, na przykładzie usług informatycznych.

Umowa outsourcingowa będzie zazwyczaj kwalifikowana jako umowa o świadczenie usług, do której stosuje się przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu. Typowa umowa zlecenia zawiera najczęściej kilka jasno wyodrębnionych części. Poza wskazaniem stron umowy, powinno być to:

- określenie przedmiotu umowy;
- ustalenie zasad wykonywania umowy;
- wynagrodzenie;
- czas trwania umowy i zasady jej wypowiedzenia;
- zasady odpowiedzialności stron, w tym kary umowne.

Umowa outsourcingowa będzie zazwyczaj miała kilka dodatkowych elementów, takich jak:

- zapewnienie odpowiedniego poziomu usług;
- zasady przetwarzania danych, w szczególności danych osobowych;
- zarządzanie zmianami;
- rozstrzygnięcie sporów;
- transfer pracowników;
- usługi wsparcia w procesie zwrotnego przenoszenia usług.

Zastanówmy się, na jakie elementy należy zwrócić uwagę, aby umowa outsourcingowa, przynajmniej na płaszczyźnie formalnej, pozwalała na efektywne i bezpieczne zarządzanie projektem.



Piotr Czublun jest radcą prawnym, specjalizujący się w prawie IT i prawie ubezpieczeniowym. Prowadzi własną kancelarię, współpracuje m.in. z CMS Cameron McKenna.

PRZEDMIOT UMOWY

W tym zakresie umowa outsourcingowa może przysparzać pewnych problemów. Jak wskazałem w poprzednim artykule, w przypadku wydzielania części działalności przedsiębiorstwa (np. jedynie wybranych obszarów w ramach działu IT), często dość trudno jest precyzyjnie rozdzielić te obszary, którymi będziemy zarządzać samodzielnie, od tych, które oddamy w outsourcing. Outsourcing oznacza najczęściej przejęcie zarządzania określonymi procesami wspomagającymi działalność biznesową klienta. Dlatego, przedmiot umowy trzeba opisać poprzez wskazanie listy procesów, jakich obsługę chcemy wydzielić (np. wystawianie faktur, utrzymywanie infrastruktury technicznej itp.). W takim przypadku odwoływanie się do parametrów ściśle technicznych (np. dostarczenie łączy o odpowiedniej przepustowości czy też serwerów o odpowiedniej wydajności) może być sprawą drugorzędną.

ZASADY WYKONYWANIA UMOWY

W przypadku umowy outsourcingowej bardzo ważnym elementem będzie określenie tzw. poziomów usług (*Service Level Agreement*). Poziomy usług będą każdorazowo uzależnione od rodzaju świadczonych usług (inne będą kategorie i poziomy usług w przypadku np. usług związanych z zarządzaniem call centre – czas oczekiwania, czas rozmowy, liczba obsługiwanych rozmów, a inne np. w przypadku usług zarządzania wydrukiem dokumentów – liczba stron wydrukowanych w określonym czasie). Należy też koniecznie zdefiniować narzędzia pozwalające na ustalenie rzeczywistego poziomu

usług. Z niedochowaniem ustalonych poziomów usług będzie też najczęściej połączony mechanizm naliczania kar umownych, o czym dalej.

WYNAGRODZENIE

Wynagrodzenie w umowie outsourcingowej będzie zazwyczaj ustalane w sposób ryczałtowy (najczęściej w formie stałej miesięcznej opłaty). W takim przypadku jest ono ustalane przez dostawcę w oparciu o pewne założenia (określona liczba odebranych telefonów, utrzymywanych komputerów, określony czas na zrealizowanie usługi, np. zainstalowanie nowego stanowiska pracy). Dlatego też konieczne jest założenie w umowie odpowiednich mechanizmów, pozwalających na zmianę ceny w razie zmiany parametrów, w oparciu o które wynagrodzenie zostało wyliczone. Może mieć to postać z góry ustalonego algorytmu, który pozwala na automatyczne przeliczenie wartości ryczałtu (to rozwiązanie jest najlepsze w przypadku usług o charakterze policzalnym, np. liczba odebranych telefonów). W przypadku usług, które jest dość trudno podzielić na jednostkowe czynności (np. dostępność serwerów) warto zadbać o poddanie zmiany cen ryczałtowych procedurze zarządzania zmianami (więcej na ten temat dalej). Procedura zarządzania zmianami powinna też pozwalać na ustalenie nowych warunków wynagrodzenia w razie zmiany potrzeb biznesowych klienta i dostosowanie poziomu lub zakresu usług do tych nowych potrzeb.

Innym rozwiązaniem, umożliwiającym osiągnięcie pewnej elastyczności w zarządzaniu budżetem projektu – przy jednoczesnym zagwarantowaniu górnego limitu kosztów – jest wydzielenie pewnej z góry ustalonej kwoty (np. 10% wartości umowy) na poczet przyszłych, nieprzewidzianych prac i oddanie tej kwoty do dyspozycji klienta. W tym przypadku należy też przewidzieć w umowie mechanizm wyliczania wynagrodzenia dostawcy za te dodatkowe prace (np. metodą punktów zmian, przy ustalonej cenie punktu lub też metodą *time & material* przy ustalonej

- cenie godziny/dnia pracy danej kategorii pracownika dostawcy). Wynagrodzenie z tytułu usług outsourcingowych najczęściej będzie płatne w cyklach miesięcznych z dołu, bez konieczności dokonywania dodatkowych odbiorów prac. Czasami strony dopuszczają możliwość potrącania z wynagrodzenia wartości kar umownych zastrzeżonych w umowie. Z kolei w przypadku prac nieobjętych podstawowym zakresem usług, realizowanych w trybie dodatkowych zamówień, np. w ramach procedury zarządzania zmianami, zapłata wynagrodzenia za tę część usług powinna być potwierdzona odbiorem takich usług w całości lub w części.

CZAS TRWANIA UMOWY

Umowy outsourcingowe są zazwyczaj zawierane na czas określony, przy czym, o ile jeszcze kilka lat temu często spotykane były umowy na dłuższe okresy (6-10 lat), o tyle obecnie praktyką jest zawieranie takich umów na okresy 3-5-letnie.

Ponieważ do umowy tego rodzaju będziemy stosować przepisy o zleceniu, dający zlecenie (klient) może je wypowiedzieć w każdym czasie. Powinien jednak zwrócić przyjmującemu zlecenie (dostawcy) wydatki, które ten poczynił w celu należytego wykonania zlecenia. W razie odpłatnego zlecenia obowiązany jest uiszczyć przyjmującemu zlecenie część wynagrodzenia, odpowiadającą jego dotychczasowym czynnościom, a jeżeli wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, powinien także naprawić szkodę. Z kolei przyjmujący zlecenie (dostawca) może je wypowiedzieć w każdym czasie. Jednakże, gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, przyjmujący zlecenie jest odpowiedzialny za szkodę.

Jednocześnie nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów. Z tego też względu **w umowach outsourcingowych zazwyczaj możliwość wypowiedziania ogranicza się jedynie do ważnych powodów**. Za takie powody uznaje się najczęściej poważne naruszenie wskazanych w umowie obowiązków przez jedną ze stron, zaleganie z opłacaniem wynagrodzenia przez klienta lub też przekroczenie określonego poziomu kar umownych, zapłaconych przez dostawcę. Okres wypowiedzenia umowy powinien być ustalony w taki sposób, aby zapewnić klientowi możliwość swobodnego przeniesienia usług do innego dostawcy lub też

zwrotnego przejęcia świadczenia danych usług. Najlepiej jest w takim przypadku ocenić okres, jaki był konieczny na wybór i negocjacje umowy z obecnym dostawcą. Jest bardzo prawdopodobne, że właśnie taki okres będzie niezbędny, aby znaleźć jego następcę – warto uzgodnić podobny okres na wypowiedzenie umowy.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ STRON

Outsourcing oznacza dzielenie się odpowiedzialnością i ryzykiem biznesowym z dostawcą usług. Jednakże **dostawcy usług outsourcingowych niechętnie biorą na siebie nieograniczoną odpowiedzialność za skutki swoich działań**. Ograniczanie odpowiedzialności, z wyjątkiem sytuacji wyraźnie przewidzianych prawem (np. odpowiedzialność za szkody wyrządzone umyślnie lub odpowiedzialność wobec banku za szkody jego klientów w przypadku tzw. outsourcingu bankowego), jest zgodne z prawem.



Dlatego też jedynie od możliwości negocjacyjnych każdej ze stron zależy ostateczny kształt ewentualnych ograniczeń odpowiedzialności dostawcy usług. Warto też zastanowić się, czy nielimitowana odpowiedzialność, albo też jej ustalenie na bardzo wysokim poziomie, to rozwiązania uzasadnione z biznesowego punktu widzenia. Często ryzyka, jakie niosą za sobą niedociągnięcia dostawcy świadczącego usługi outsourcingowe, nie są na tyle duże, aby uzasadniać szczególnie wysoki limit lub wyłączenie możliwości ograniczania odpowiedzialności. Dostawca

usług, godząc się na dużą odpowiedzialność, z całą pewnością zechce, aby znalazło to odpowiednie odbicie w cenie usług. Tym samym klient otrzyma praktycznie nieograniczone możliwości dochodzenia odszkodowań za szkody, których prawdopodobieństwo wystąpienia jest minimalne, płacąc za to odpowiednio dużą kwotę. Podobnie należy spojrzeć na kary umowne. Negocjując poziom kar umownych, warto pamiętać o kilku podstawowych zasadach. Kary tego typu są zazwyczaj stosowane jako narzędzie „dyscyplinujące” dostawcę i nie powinny być źródłem „przychodu” dla klienta lub też narzędziem do obniżania ceny usług. Dostawca, wyceniając wartość usług, bierze też zazwyczaj pod uwagę prawdopodobieństwo wystąpienia okoliczności, zobowiązujących go do zapłaty kar umownych i w odpowiedniej proporcji zwiększa swoje wynagrodzenie. Z tego względu kary umowne powinny być uruchamiane rzeczywiście tam, gdzie mówimy o istotnych parametrach usługi, a ich poziom powinien być uzależniony od wpływu obniżonego poziomu usług na działalność biznesową klienta. **Im wyższy wpływ gorszej jakości usług na biznes, tym kary powinny być wyższe**. Dla porządku należy też wspomnieć, że kary umowne mogą dotyczyć jedynie zobowiązań o charakterze niepieniężnym, co oznacza, że np. nieterminowej zapłaty wynagrodzenia nie możemy obciążać karą umowną, a jedynie odsetkami.

PRZETWARZANIE DANYCH

Outsourcing usług IT będzie najczęściej wiązał się z dostępem do danych przetwarzanych w systemach informatycznych klienta. Z tego względu ważną częścią umowy powinno być uregulowanie zasad dostępu dostawcy do tych danych. W tym zakresie **konieczne jest ustalenie, czy w zakresie dostępu do danych i ich zabezpieczenia dostawca powinien stosować własne procedury i polityki, czy też polityki klienta**. W tym ostatnim przypadku dostawca powinien mieć możliwość odpowiednio wczesnego zapoznania się z treścią tych procedur i polityk, tak aby mógł je efektywnie wdrożyć w życie dla potrzeb właściwego świadczenia usług. Osobną kwestią będzie przetwarzanie danych osobowych. Jeżeli tego typu dane przetwarzane są w systemach informatycznych klienta, do których dostęp ma dostawca usług, wówczas konieczne jest zawarcie umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych (albo w osobnym dokumencie, albo jako część umowy outsourcingowej). Dostawca będzie mógł w takim

przypadku przetwarzać dane wyłącznie w zakresie i celu przewidzianym w umowie. Jednocześnie będzie zobowiązany przed rozpoczęciem przetwarzania danych podjąć środki zabezpieczające zbiór danych, zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych. W zakresie przestrzegania tych przepisów dostawca ponosi odpowiedzialność jak administrator danych (klient). Odpowiedzialność za przestrzeganie przepisów ww. ustawy spoczywa na kliencie, co nie wyłącza jednoczesnej odpowiedzialności dostawcy. Dlatego też klient, jako podmiot bezpośrednio odpowiedzialny za przetwarzanie danych osobowych, powinien zapewnić sobie w kontrakcie możliwość okresowej kontroli sposobu przestrzegania przepisów prawa przez dostawcę w zakresie przetwarzania danych osobowych.

ZARZĄDZANIE ZMIANAMI

W przypadku umów outsourcingowych dość trudno jest ustalić taki zakres świadczenia usług przez dostawcę, który pozostałby niezmienny przez cały okres trwania umowy. Wynika to m.in. ze zmieniających się potrzeb klienta, rozwoju techniki czy też zmiany warunków makroekonomicznych, na przestrzeni dość długiego czasu trwania umowy. Dlatego też bardzo ważnym elementem umowy outsourcingowej jest sporządzenie odpowiednich zapisów regulujących zarządzanie zmianami (mogą mieć one formę osobnego załącznika lub też wynikać wprost z treści umowy). **Procedura zarządzania zmianą powinna przede wszystkim wskazywać na to, który przedstawiciel stron (najczęściej będzie to kierownik projektu) jest uprawniony do inicjowania zmiany i jak przebiega proces jej ustalania** (ilość iteracji stron, czas na ustosunkowanie się do propozycji itp). Następnie powinny zostać zdefiniowane zmiany niepłatne (te, które są realizowane w ramach ryczałtu, jako niewymagające dodatkowych, istotnych nakładów po stronie dostawcy) oraz zmiany płatne. W przypadku zmian płatnych konieczne jest z kolei ustalenie mechanizmu wyliczania ceny (albo w oparciu o punkty zmian, albo o metodę T&M). Na koniec konieczne jest zdefiniowanie tego, jakie skutki wynikające z danej zmiany mogą być wprowadzone samą procedurą, bez konieczności podpisywania aneksu, a jakie wymagają formy aneksu. Najczęściej formy aneksu będzie wymagało albo przekroczenie określonego budżetu, albo wprowadzenie istotnych zmian do zakresu usług lub do harmonogramu.

ROZSTRZYGANIE SPORÓW

Nie powinniśmy nigdy zakładać, że projekt uda się przeprowadzić bezkonfliktowo. Dlatego też dobra procedura rozstrzygania sporów w znaczący sposób ułatwia sprawne zarządzanie projektem. Rozstrzyganie sporów należy podzielić na dwa etapy: etap przedsądowy i etap procesowy.

Na etapie przedsądowym należy ustalić tzw. procedury eskalacji. Procedury te, to nic innego jak ścieżka opisująca przechodzenie z danym sporem na wyższy poziom w organizacji (np. począwszy od kierowników projektu jako pierwszego szczebla, poprzez dyrektorów projektu lub dyrektorów wskazanego departamentu, a skończywszy na przedstawicielach zarządu). W procedurze eskalacji konieczne jest jednoznaczne wskazanie terminu, w jakim przedstawiciele danego poziomu powinni znaleźć rozstrzygnięcie danej sytuacji konfliktowej – z zastrzeżeniem, że brak rozstrzygnięcia w określonym terminie będzie uprawniał każdą ze stron do przekazania sprawy na wyższy poziom.

Brak rozstrzygnięcia na najwyższym poziomie organizacji powinien z kolei dawać uprawnienie do przekazania sprawy na drogę sądową, czyli przejście do etapu procesowego. Ten etap jest już regulowany powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Powinniśmy w tym miejscu wziąć pod uwagę ewentualne poddanie rozstrzygnięcia sporu sądowi arbitrażowemu, działającemu przy jednej z organizacji gospodarczych (krajowych lub zagranicznych). Biorąc pod uwagę specyfikę outsourcingu, a w szczególności outsourcingu w obszarze IT, sąd arbitrażowy może pozwolić na rozstrzygnięcie sporu przez ekspertów w danej dziedzinie, co w znaczący sposób wpłynie na trafność ostatecznego rozstrzygnięcia.

TRANSFER PRACOWNIKÓW

Outsourcing usług często może też być połączony z przejściem przez dostawcę pracowników, którzy dotychczas byli zaangażowani w świadczenie usług objętych outsourcingiem po stronie klienta. Przejście pracowników przez dostawcę będzie odbywać się najczęściej w trybie art. 23¹ kodeksu pracy. W takim przypadku, z chwilą przejścia przez dostawcę danego obszaru działalności, bardzo często wraz z przejściem określonych aktywów klienta, dostawca stanie się automatycznie (z mocy prawa) nowym pracodawcą tych pracowników, którzy dotychczas świadczyli dane usługi w ramach umów o pracę

ze spółką wdrażającą projekt outsourcingowy. Możliwe jest też rozwiązanie oparte o „manualne” przenoszenie pracowników do nowego pracodawcy, polegające na rozwiązaniu dotychczasowych umów z klientem i zawarciu nowych umów o pracę z dostawcą. W przypadku rozwiązywania umów o pracę z częścią pracowników musimy przede wszystkim pamiętać o ewentualnej konieczności zachowania procedur wynikających z tzw. ustawy o zwolnieniach grupowych.

W przypadku transferu pracowników, niezależnie od trybu, warto też zawrzeć osobne porozumienie regulujące zasady takiego transferu.

Porozumienie to powinno regulować m.in. gwarancje zatrudnienia, odpowiedzialność stron za roszczenia pracowników związane z transferem itp.

WSPARCIE W PRZEKAZANIU USŁUG

Wsparcie w przekazaniu usług powinno dotyczyć sytuacji, w której w wyniku wypowiedzenia umowy outsourcingowej dostawca będzie zobowiązany do udzielenia określonego wsparcia w procesie zwrotnego przejmowania usług przez klienta lub też przekazywania tych usług innemu dostawcy. Jest to szczególnie ważne w przypadku outsourcingu obejmującego duży i skomplikowany obszar usług. Po kilku latach świadczenia takich usług dostawca może okazać się jedynym, kto doskonale zna ich specyfikę, procedury i związane z nimi ryzyka. Dlatego też zapewnienie klientowi właściwego wsparcia w procesie przekazywania usług może być kluczowe. Warto też pamiętać o tym, aby już przy zawieraniu umowy określić wysokość lub zasady ustalania wynagrodzenia należnego dostawcy z tego tytułu.

PODSUMOWANIE

Opisane wyżej zagadnienia z całą pewnością nie wyczerpują wszystkich prawnych aspektów związanych z zawieraniem umowy outsourcingowej. Jednakże właściwe ujęcie opisanych przeze mnie kwestii w treści umowy powinno w znaczący sposób ułatwić zarządzanie taką umową i zminimalizować związane z nią ryzyka. Na koniec warto dodać, że jak zwykle „diabeł tkwi w szczegółach”. W praktyce to przy stole negocyjnym okazuje się, jak dalece strony są gotowe do kompromisu pozwalającego na wypracowanie odpowiednich zapisów i to treść tych zapisów i ich precyzja ostatecznie rozstrzygną, czy wynegocjowana umowa jest rzeczywiście dobrym rozwiązaniem dla obydwu stron. □