



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Komisja Rozstrzygająca

KPK-KPO.443.196.2022

Warszawa, dnia 3 stycznia 2023 r.

UCHWAŁA

Zespół Orzekający

Komisji Rozstrzygającej w Najwyższej Izbie Kontroli

w składzie:

Przewodniczący:	Dariusz Kowalski	– doradca prawny w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego,
Członkowie:	Rafał Piekarski	– doradca prawny w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego,
	Jakub Niemczyk	– doradca prawny w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego,
przy udziale protokolanta:	Huberta Dębniaka	– młodszego inspektora kontroli państwowej w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego,

po rozpatrzeniu na posiedzeniu jawnym w dniu 7 grudnia 2022 r. w trybie art. 61a ust. 5 i 6 oraz art. 61 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli¹, zastrzeżeń zgłoszonych przez Prezydenta Koszalina do wystąpienia pokontrolnego z dnia 28 października 2022 r. (LSZ.410.021.03.2022), sporządzonego w związku z przeprowadzoną w Urzędzie Miejskim w Koszalinie² kontrolą P/22/082 pn. „Zarządzanie oprogramowaniem komputerowym przez administrację publiczną”:

- 1) uwzględnił w całości zastrzeżenia dotyczące:
 - a) treści przypisu nr 15 na str. 4 wystąpienia pokontrolnego, odnoszącego się do wprowadzonej w Urzędzie Miejskim w Koszalinie (Urząd) od 14 kwietnia 2022 r. „Procedury organizacji zapewnienia bezpieczeństwa informacji” (zastrzeżenie 1.) – i w związku z tym w wystąpieniu pokontrolnym skreślił na str. 4 przypis nr 15;

¹ Dz.U. z 2022 r. poz. 623.

² Dalej: Urząd.

- b) nieprawidłowości polegającej na udzieleniu czterech zamówień publicznych na nadzór autorski nad informatycznym Systemem Finansowo-Księgowym z naruszeniem przesłanek stosowania trybu z wolej ręki (zastrzeżenie 5.) – i w związku z tym w wystąpieniu pokontrolnym:
- na str. 3 skreślił akapit rozpoczynający się wyrazami: „NIK negatywnie ocenia” i kończący wyrazami: „wyniosły 1 351 812,00 zł.”,
 - na str. 16, w akapicie rozpoczynającym się wyrazami: „Rozbudowa modułów”, skreślił wyrazy: „(szerzej opisano w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości*)”,
 - na str. 19-23 skreślił nieprawidłowość w pkt 1.,
 - na str. 23, w ocenie częściowej, skreślił dwa ostatnie zdania, rozpoczynające się wyrazami: „NIK negatywnie ocenia przeprowadzenie postępowań” oraz „Wydatki z tego tytułu”,
 - na str. 24 skreślił wniosek nr 1;
- c) nieprawidłowości polegającej na nieweryfikowaniu zgodności nowo zakupionego oprogramowania SaaS pod kątem spełniania wymogów bezpieczeństwa (zastrzeżenie 6.) – i w związku z tym:
- na str. 19 skreślił pkt 2.5.,
 - na str. 23:
 - skreślił nieprawidłowość w pkt 2.,
 - sekcji „Stwierdzone nieprawidłowości” nadał brzmienie: „W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości.”,
 - ocenie częściowej nadał brzmienie: „Dokonywano zakupu wyłącznie niezbędnych, wykorzystywanych w znaczącym stopniu programów komputerowych. W przypadku nabywania oprogramowania, w tym oprogramowania SaaS, wymagania i oczekiwania Urzędu były określane w opisie przedmiotu zamówienia, następnie, w trakcie analizy złożonych ofert, badane było spełnienie przez oferenta warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia.”,
 - na str. 24 skreślił wniosek pokontrolny nr 4 i zmienił odpowiednio numerację wniosków w pkt 2 i 3;
- d) negatywnej oceny ogólnej (zastrzeżenie 7.) – i w związku z tym w wystąpieniu pokontrolnym na str. 3 ocenie ogólnej nadał następujące brzmienie: „Za realizację procesu zarządzania oprogramowaniem odpowiedzialny był Wydział Informatyki, do którego zadań należało m.in. nabywanie, wdrażanie, użytkowanie i sprawowanie

nadzoru nad działalnością związaną z posiadanym oprogramowaniem. Reagowano na pojawiające się zagrożenia dotyczące jego awarii.

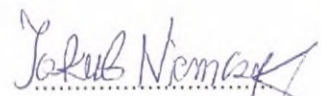
Urząd posiadał pełną, rzetelną wiedzę na temat stanu posiadania oprogramowania. Określono również zasady prawidłowego jego użytkowania. Dokonywano zakupu niezbędnych i następnie wykorzystywanych w Urzędzie programów komputerowych. W przypadku nabywania oprogramowania, w tym oprogramowania SaaS, wymagania i oczekiwania Urzędu były określone w opisie przedmiotu zamówienia, następnie, w trakcie analizy złożonych ofert, badane było spełnienie przez oferenta warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

W Urzędzie nie określono szczegółowych zasad zarządzania licencjami obejmujących wszystkie elementy i wymagane czynności niezbędne do zarządzania i nadzoru nad pełnym cyklem życia oprogramowania. Nie zapewniono skutecznego nadzoru nad całym instalowanym i wykorzystywanym oprogramowaniem. Wskutek tego, posiadane od 2021 r. narzędzie do monitorowania oprogramowania nie było w pełni efektywnie wykorzystane, a wydatki związane z jego nabyciem i utrzymaniem w latach 2021-2022 wyniosły 49 257,76 zł. Nie dokonywano zbierania danych w trybie rzeczywistym i ciągłym na urządzeniach typu smartfon i tablet. Nie wykonywano audytów (przebiegów) zasobów z systemem operacyjnym Windows (pod kątem wykrycia nieautoryzowanego oprogramowania) i do czasu kontroli NIK nie wykryto na dziewięciu stacjach roboczych instalacji niepożądanego oprogramowania I. oraz na 12 stacjach roboczych instalacji S.W., do których Urząd nie posiadał licencji.”,

- e) skreślił boczne oznaczenie sekcji „Uzasadnienie oceny ogólnej”;
 - f) w zmienionej ocenie ogólnej zachował w dotychczasowym brzmieniu, ale z odpowiednią zmianą numeracji, przypisy: po wyrazach „Wydział Informatyki” – przypis nr 9, po skrócie „SaaS” przypis nr 7, po wyrazach: „narzędzie do monitorowania oprogramowania” – przypis nr 6,
 - g) na str. 18, w szóstym tiret od dołu, po skrócie „SLA”, dodał przypis w brzmieniu jak w dotychczasowym przypisie nr 8,
 - h) na str. 12, w pierwszym zdaniu pkt 2., wyrazy: „W latach 2019-2022” zastąpił wyrazami: „W latach 2021-2022”;
 - i) zmienił odpowiednio numerację przypisów na str. 3-17;
- 2) oddalił pozostałe zastrzeżenia.


Rafał Piekarski


Dariusz Kowalski


Jakub Niemczyk

Uzasadnienie

Najwyższa Izba Kontroli – Delegatura w Szczecinie przeprowadziła w Urzędzie kontrolę w wymienionym wyżej temacie. Wyniki kontroli przedstawione zostały w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 28 października 2022 r., do którego Prezydent Koszalina w piśmie z dnia 17 listopada 2022 r. zgłosił siedem zastrzeżeń.

Zastrzeżenie 1. dotyczyło przypisu nr 15 w brzmieniu: „Zasady weryfikacji pod kątem bezpieczeństwa zostały wprowadzone od 14 kwietnia 2022 r. Procedurą organizacji zapewnienia bezpieczeństwa informacji nakładającą na dyrektorów komórek organizacyjnych Urzędu obowiązek konsultowania z pionem cyberbezpieczeństwa - Biurem Cyfryzacji i Cyberbezpieczeństwa (dalej: BCC) założeń dla nowo tworzonych rozwiązań IT oraz wprowadzanych zmian do istniejących już rozwiązań pod kątem wymagań z obszaru cyberbezpieczeństwa oraz współpracy z BCC w zakresie konieczności przeprowadzania testów bezpieczeństwa systemów i rozwiązań IT przed ich uruchomieniem lub po nim.” (str. 4 wystąpienia pokontrolnego).

W **zastrzeżeniu** Prezydent Koszalina stwierdził, że ustalenia dotyczące wprowadzenia zasad weryfikacji oprogramowania od dnia 14 kwietnia 2022 r. i roli, jaką w procesie weryfikacji miałyby pełnić BCC, są w całości pozbawione podstaw faktycznych i nie są mu znane źródła informacji, które kontrolujących do takich ustaleń doprowadziły. Zgłaszający zastrzeżenia oświadczył w związku z tym, że wprowadzona „rzekomo” 14 kwietnia 2022 r. procedura nie istnieje. W strukturze Urzędu nie ma również wyodrębnionej komórki o nazwie „Biuro Cyfryzacji i Cyberbezpieczeństwa”. W związku z tym Prezydent wniósł o wykreślenie z wystąpienia pokontrolnego całości ustaleń w tym zakresie, gdyż nie mają one pokrycia w faktach.

Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie w całości.

Zgodnie z ustaleniami opisanymi na str. 4 wystąpienia pokontrolnego (pkt 1.1.), oraz Regulaminem Organizacyjnym Urzędu (§ 10)³, prowadzenie wszystkich spraw związanych z informatyzacją Urzędu należało w okresie objętym kontrolą do zadań Wydziału Informatyki (WI)⁴. W zakresie zadań WI mieściły się także zadania z zakresu cyberbezpieczeństwa (np. ochrona antyspamowa i antywirusowa⁵). W okresie objętym kontrolą w strukturze Urzędu nie istniała komórka o nazwie Biuro Cyfryzacji i Cyberbezpieczeństwa, nie zostały także wydane w tym okresie zasady weryfikacji licencji pod kątem bezpieczeństwa z dnia 14 kwietnia 2022 r., o których mowa w przypisie nr 15. Nieistnienie BCC oraz wzmiankowanych zasad potwierdziła w stanowisku do zastrzeżeń jednostka kontrolna⁶. W związku z tym zastrzeżenie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Zastrzeżenie 2. dotyczyło nieprawidłowości polegającej na tym, że w latach 2019-2022 (do 7 października) w Urzędzie nie określono szczegółowych zasad zarządzania licencjami obejmujących wszystkie elementy i wymagane czynności niezbędne do zarządzania i nadzoru nad całym cyklem życia oprogramowania, mimo wyznaczenia komórki organizacyjnej odpowiedzialnej za kompleksową obsługę oprogramowania i przypisaniu pracownikom tej komórki zadań nadzoru nad eksploatacją oprogramowania. Oprócz przydzielenia WI ogólnego zadania dotyczącego administrowania systemami operacyjnymi i bazami danych oraz sprawowania nadzoru nad

³ Akta kontroli, str. 35.

⁴ Vide także: § 3 Regulaminu Wewnętrznego Wydziału Informatyki Urzędu Miejskiego w Koszalinie (akta kontroli, str. 74).

⁵ § 3 ust. 5b Regulaminu Wewnętrznego WI.

⁶ Str. 2 stanowiska do zastrzeżeń.

eksploatacją oprogramowania, nie określono szczegółowych odpowiedzialności i zadań, m.in. w zakresie: zasad (listy kontrolnej) nabywania, w tym weryfikacji pod kątem bezpieczeństwa oraz zasad wycofywania licencji, zasad przechowywania dowodów zakupu, ewidencjonowania, dystrybucji i redystrybucji, inwentaryzacji i przeglądów, bezpieczeństwa i nośników instalacyjnych, monitorowania (stanu użycia i legalności licencji) oraz działań naprawczych.

Powołany podczas kontroli biegły z dziedziny audytu oprogramowania wskazał w wydanej opinii, że brak ustanowienia szczegółowych zasad zarządzania licencjami może utrudniać lub uniemożliwiać skuteczne zarządzanie i nadzór nad oprogramowaniem i licencjami (str. 11 wystąpienia pokontrolnego, pkt 1.).

W **zastrzeżeniu** Prezydent Koszalina stwierdził, że w toku kontroli nie wskazano wzorca takiej regulacji, który służyłby kontrolującemu za podstawę do stwierdzenia, że obejmuje ona wszystkie elementy i wymagane czynności niezbędne do zarządzania i nadzoru nad oprogramowaniem. Zgłaszający zastrzeżenia podkreślił, że brak jest podstawy prawnej, która nakładałaby na niego obowiązek wprowadzenia takich zasad odrębnie w celu zarządzania licencjami. Zdaniem Prezydenta Koszalina kontrolujący nie wskazali w wystąpieniu pokontrolnym żadnej normy prawa, z której wynikałby wymóg istnienia takich odrębnych regulacji w stosunku do licencji; nie przywołano także zaleceń wynikających z utrwalonych, powszechnie uznawanych w środowisku branżowym dobrych praktyk. Z treści wystąpienia pokontrolnego należy zdaniem Prezydenta Koszalina wnioskować, że kontrolujący oparli swoją ocenę jedynie na podstawie opinii biegłego, która nie stanowi jednak w Polsce źródła prawa. W części, w której dotyczy oceny, nie zaś stwierdzonych faktów, opinia biegłego zawiera w sobie – zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia – znaczny element uznaniowości i nie jest zasadne formułowanie jedynie na tej podstawie oceny dotyczącej nieprawidłowości. Ustalenia kontrolujących w powyższym zakresie stanowią zatem ich subiektywne odczucie, natomiast nie dowodzą, według Prezydenta Koszalina, odstępstwa od norm prawnych lub branżowych.

Zgłaszający zastrzeżenia zauważył jednocześnie, że biegły w opinii wskazał jedynie na możliwość wystąpienia utrudnień bądź braku możliwości skutecznego zarządzania oprogramowaniem i licencjami w związku z brakiem szczegółowych regulacji, poświęconych tylko temu przedmiotowi. Zdaniem Prezydenta Koszalina biegły, ani kontrolujący, nie wykazali w treści wystąpienia pokontrolnego, że negatywne zjawiska, których ryzyko wystąpienia sugeruje opinia biegłego, rzeczywiście miały miejsce w ramach zarządzania licencjami w Urzędzie. Wręcz przeciwnie, wiele stwierdzeń sformułowanych w treści wystąpienia wskazuje, że brak odrębnych regulacji, których przedmiotem byłoby wyłącznie zarządzanie oprogramowaniem i licencjami, pozostawał bez wpływu na prawidłowe nimi zarządzanie, a WI prawidłowo zarządzał całym cyklem życia oprogramowania. Kontrolujący stwierdzają w wystąpieniu pokontrolnym m.in., że:

- „Prowadzony spis licencji pozwalał na identyfikację wykorzystywanych/wolnych licencji. Wszystkie programy i aplikacje będące w posiadaniu Urzędu były zainstalowane i znajdowały się w użytkowaniu” (str. 8),
- „Biegły w opinii stwierdził, że w trakcie prowadzonych badań jednostka kontrolowana potwierdziła, że posiada zdolność do ustalenia stanu rzeczywistego w zakresie licencji posiadanych i wykorzystywanych.” (str. 8),
- „Urząd nie posiadał oprogramowania, dla którego licencje wygasły. W 2021 r. zgłoszono do likwidacji oprogramowanie, dla którego producent zaprzestał wsparcia. Ostateczna likwidacja nastąpiła 17 sierpnia 2022 r. obejmująca łącznie 164 licencje.” (str. 10),

- „W okresie objętym kontrolą Urząd nie ponosił kar w związku z nielegalnym lub nieprawnie użytym oprogramowaniem.” (str. 10).

Według zgłaszającego zastrzeżenia rozpatrując kwestię odrębnych regulacji dotyczących zarządzania oprogramowaniem i licencjami należy także wziąć pod uwagę, że wiele elementów takiego zarządzania, jak choćby zasady nabywania, zasady przechowywania dowodów zakupu, inwentaryzacji zostały uregulowane kompleksowo w Urzędzie i nie ma potrzeby dublowania tych regulacji w stosunku do oprogramowania i licencji. I tak np. przeglądu zasobów, w tym licencji i oprogramowania, dokonuje się co 4 lata, gdy zostaje zarządzona inwentaryzacja w formie spisu z natury majątku Urzędu. W sytuacji, gdy spisane zostaje oprogramowanie niewykorzystywane, zgłaszane jest ono do likwidacji. Podczas kontroli wyjaśniono, że ważność licencji jest monitorowana za pomocą prowadzonego pliku arkusza kalkulacyjnego. Pracownicy WI, zgodnie z zakresem swoich obowiązków, monitorują aktualność oprogramowania, potrzeby aktualizacji lub zmiany. Prowadzony jest spis licencji i oprogramowania, w tym tzw. subskrypcji w formie arkusza kalkulacyjnego (Excel) oraz w aplikacji ITM.

Przechowywanie dowodów księgowych w tym dowodów zakupu uregulowane zostało w obowiązującej w Urzędzie polityce rachunkowości, wprowadzonej do stosowania Zarządzeniem Wewnętrznym Nr 7/2018 Prezydenta Miasta Koszalina z dnia 5 stycznia 2018 r. w sprawie wprowadzenia zasad (polityki) rachunkowości w Urzędzie Miejskim w Koszalinie.

W konkluzji Prezydent Koszalina stwierdził, że nadmiar regulacji nie ułatwia zarządzania, a wręcz przeciwnie może rodzić skutki przeciwne. W jego ocenie regulacje funkcjonujące w Urzędzie umożliwiają prawidłowe zarządzanie oprogramowaniem i licencjami podczas całego cyklu życia oprogramowania. W wystąpieniu pokontrolnym nie wykazano, że brak dodatkowych regulacji prowadził do nieprawidłowości w procesie zarządzania, w rezultacie nie jest zasadne uznanie tego braku za nieprawidłowość.

Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

Zespół Orzekający podziela wyrażony w wystąpieniu pokontrolnym pogląd, zgodnie z którym nieposiadanie szczegółowych zasad dotyczących zarządzania oprogramowaniem może Urzędowi utrudniać lub uniemożliwiać skuteczne zarządzanie i nadzór nad oprogramowaniem i licencjami. Brak takich regulacji uznany został za niedochowanie należytej staranności w działaniu Urzędu, czyli za nierzetelność, co jest jednym z kryteriów kontroli określonych w art. 5 ustawy o NIK. Ocena ta opiera się na opinii biegłego, którą Zespół Orzekający uznał w tym zakresie za miarodajną i wiarygodną. Nie można zgodzić się z zarzutem Prezydenta, że ani biegły, ani kontrolujący nie wykazali w treści wystąpienia, że negatywne zjawiska, których ryzyko wystąpienia sugeruje opinia biegłego, rzeczywiście wystąpiły w ramach zarządzania licencjami w Urzędzie. Opinia biegłego wskazuje na potencjalny związek pomiędzy brakiem szczegółowych uregulowań dotyczących zarządzania oprogramowaniem, a możliwymi przeszkodami w skutecznym zarządzaniu i nadzorze nad oprogramowaniem i licencjami. Doprecyzowanie regulacji dotyczących zarządzania oprogramowaniem jest zdaniem biegłego i NIK niezbędne do tego, żeby te przeszkody nie wystąpiły.

Zastrzeżenie 3. dotyczyło nieprawidłowości polegającej na tym, że w latach 2019-2022, do czasu kontroli NIK, nie przeprowadzano audytu oprogramowania, pomimo posiadania od 2021 r. odpowiedniego narzędzia do tego celu.

Przeprowadzony 7 września 2022 r. przy pomocy ITM audyt oprogramowania ujawnił na stacjach roboczych Urzędu zainstalowane oprogramowanie, do którego jednostka nie posiadała licencji:

- na dziewięciu stacjach roboczych zainstalowane było oprogramowanie I., które było licencjonowane jako freeware do użytku niekomercyjnego;
- na 12 stacjach roboczych zainstalowane było oprogramowanie narzędziowe S.W., dla którego Urząd nie posiadał licencji (str. 12 wystąpienia pokontrolnego, pkt 2.).

W **zastrzeżeniu** Prezydent Koszalina zauważył, że w trakcie kontroli prowadzonej przez NIK skonfigurowano w IT Manager automatyczny, cykliczny, comiesięczny audyt oprogramowania.

Odnosząc się do wyników audytu przeprowadzonego w dniu 7 września 2022 r., w szczególności do ujawnienia na 12 stacjach roboczych zainstalowanego oprogramowania narzędziowego S.W., zgłaszający zastrzeżenia wyjaśnił, że Program Solid Works był instalowany na stacjach roboczych w czasie, kiedy był objęty licencją freeware. Kiedy zmienił się sposób licencjonowania, program stał się nieaktywny, ponieważ do jego aktywacji niezbędny był numer seryjny. Tak jak opisano na <http://solidexpert.com/proqramv/solidworks/>, użytkownik instaluje licencję podając numer seryjny. Podczas pierwszego uruchomienia oprogramowanie łączy się z serwerem aktywacji SOLIDWORKS i zezwala na użytkowanie licencji. Licencja działa tylko przez wybrany okres. Na zakończenie Prezydent Koszalina podkreślił, że obecność na stacjach roboczych oprogramowania ujawnionego w wyniku audytu nie stanowiła zagrożenia dla bezpieczeństwa sieci informatycznej Urzędu.

Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

Kwestionowana nieprawidłowość polega na tym, że Urząd nie wykorzystywał efektywnie posiadanego od kwietnia 2021 r. oprogramowania ITManager⁷ do przeprowadzania regularnych audytów pozwalających wykryć oprogramowanie nielegalne lub dla którego licencja wygasła. Przedstawiona w zastrzeżeniu Prezydenta Koszalina argumentacja potwierdza, że pierwszy audyt oprogramowania za pomocą ITManager został przeprowadzony podczas kontroli NIK (7 września 2022 r.⁸). Z punktu widzenia efektywności wykorzystania posiadanego narzędzia bez znaczenia jest czy wykryte oprogramowanie stwarzało zagrożenie dla bezpieczeństwa informatycznego Urzędu. Nieprawidłowość polega bowiem na tym, że Urząd tego narzędzia nie wykorzystywał w sposób efektywny. Rozpatrując to zastrzeżenie Zespół Orzekający poprawił we własnym zakresie, przy okazji zmiany oceny ogólnej, dostrzeżoną oczywistą omyłkę pisarską polegającą na tym, że w ocenie ogólnej stwierdzono, że wydatki związane z nabyciem i utrzymaniem programu ITManager, w kwocie 49 257, 76 zł, poniesione zostały przez Urząd w latach 2019-2022. W rzeczywistości wydatki te poniesione zostały w latach 2021-2022, co wynika z ustaleń opisanych na str. 6 wystąpienia pokontrolnego⁹. Analogiczny błąd, tym razem odnoszący się do okresu, w jakim Urząd był w posiadaniu programu ITManager, poprawiono w pierwszym zdaniu pkt 2. na str. 12 wystąpienia pokontrolnego¹⁰.

Zastrzeżenie 4. dotyczyło nieprawidłowości polegającej na tym, że w okresie objętym kontrolą w Urzędzie nie zapewniono organizacyjnych i technicznych rozwiązań umożliwiających skuteczne i rzeczywiste zarządzanie

⁷ Akta kontroli, str. 627 i str. 623.

⁸ Akta kontroli, str. 333-341, 343 (odpowiedź na pytanie 6.).

⁹ Vide także: akta kontroli, str. 623-639.

¹⁰ Vide także: ocena cząstkowa na str. 13 („Pomimo posiadania od 2021 r. odpowiedniego narzędzia, nie wykonywano audytów ...”).

posiadanymi zasobami, takimi jak smartfony i tablety. Zarządzanie zasobami sprzętowymi dostępnymi dla użytkownika końcowego oraz oprogramowaniem zainstalowanym na tych zasobach ograniczono jedynie do stacji roboczych (komputerów) pracujących pod kontrolą systemu operacyjnego Windows (str. 12-13 wystąpienia pokontrolnego, pkt 3.).

W **zastrzeżeniu** Prezydent Koszalina stwierdził, że serwery są pod ścisłą kontrolą pracowników WI, dlatego nie pojawiła się dotychczas potrzeba monitorowania ich pod kątem oprogramowania. Na serwerach monitoruje się natomiast: obciążenie, usługi, dzienniki zdarzeń czy wykorzystanie zasobów takich jak: wydajność procesora, zużycie pamięci, wykorzystanie sieci i przestrzeni dyskowej.

Odnosząc się do postulatu objęcia telefonów komórkowych, bądź innych urządzeń mobilnych, nadzorem realizowanym przez pracowników WI zgłaszający zastrzeżenia zauważył, że telefony komórkowe użytkowane przez pracowników Urzędu służą zapewnieniu komunikacji głosowej w sprawach służbowych pomiędzy pracodawcą a pracownikiem oraz zwiększeniu dyspozycyjności pracownika, tj. utrzymaniu bezpośredniego kontaktu w czasie wykonywania obowiązków służbowych, w tym także poza godzinami pracy oraz poza głównym miejscem pracy. W Urzędzie nie monitoruje się telefonów komórkowych ani tabletów pod kątem używanego oprogramowania, ponieważ nie jest na nich instalowane oprogramowanie zakupione na potrzeby działalności Urzędu. Nie służą one do pracy w systemach informatycznych i nie mają dostępu do sieci komputerowej Urzędu. W tej sytuacji zdaniem Prezydenta Koszalina obecnie nie ma potrzeby monitorowania tych urządzeń, a obowiązująca „Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Urzędzie Miejskim w Koszalinie” oraz „Regulamin korzystania z telefonów służbowych” wyczerpująco regulują zasady korzystania z urządzeń mobilnych.

Prezydent Koszalina wyjaśnił dodatkowo, że za pomocą ww. urządzeń mobilnych jest możliwe korzystanie z oprogramowania typu SaaS¹¹ zakupionego przez Urząd, np. systemu poczty elektronicznej Urzędu. Dostęp do poczty elektronicznej umożliwia realizację zadań pracownikom będącym poza miejscem pracy, np. w delegacji. W tym celu zakupiono usługę Microsoft Exchange Online, która jest oddzielona od sieci komputerowej Urzędu. Decyzję o zakupie podjęto na podstawie analizy kosztów, a także w celu zminimalizowania ryzyka nieautoryzowanego dostępu do infrastruktury informatycznej Urzędu.

Zgłaszający zastrzeżenia poinformował, że w przyszłości planowane jest wyposażenie poborców podatkowych Urzędu w tablety z zainstalowanym oprogramowaniem dziedzinowym wykorzystywanym przez Referat Egzekucji Urzędu. Wówczas zostaną wprowadzone odpowiednie rozwiązania organizacyjne i techniczne, zostanie zablokowana możliwość instalowania innego oprogramowania niż służbowe, zdalny reset urządzenia w przypadku jego utraty a tablety będą objęte monitoringiem za pomocą posiadanego oprogramowania. W takiej sytuacji zostaną również wprowadzone niezbędne zmiany do „Polityki Bezpieczeństwa Informacji w Urzędzie Miejskim w Koszalinie”.

Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

¹¹ Software-as-a-Service (Oprogramowanie jako usługa). Forma dystrybucji i uzyskiwania dostępu do programów, która polega na tym, że odbiorca usługi wykorzystuje aplikacje uruchomione na infrastrukturze „chmury” dostarczonej przez dostawcę, dostępnej na różnych urządzeniach odbiorcy za pośrednictwem np. przeglądarki internetowej lub klienta aplikacji. Odbiorca usługi nie zarządza ani nie kontroluje infrastruktury „chmury”, w tym sieci, serwerów, systemów operacyjnych, pamięci masowej, ani nawet parametrów konfiguracyjnych aplikacji, z wyjątkiem ustawień aplikacji specyficznych dla użytkownika.

Brak w Urzędzie organizacyjnych i technicznych rozwiązań umożliwiających skuteczne i rzeczywiste zarządzanie posiadanymi zasobami takimi jak smartfony i tablety stanowi fakt kontrolny i jest elementem stanu faktycznego utrwalonego w aktach kontroli. Nieposiadanie skutecznego mechanizmu kontrolnego zapewniającego okresowy przegląd wszystkich zasobów Urzędu: stacji roboczych (niezależnie od wykorzystywanego systemu operacyjnego), udostępnionych udziałów sieciowych użytkowników oraz urządzeń typu tablety i smartfony pod kątem obecności nieautoryzowanego oprogramowania stwarza dla Urzędu ryzyko niewykrycia nieautoryzowanego oprogramowania, co może prowadzić do utraty jego wizerunku i kar finansowych.

Zastrzeżenie 5. dotyczyło nieprawidłowości polegającej na tym, że cztery postępowania o udzielenie zamówień publicznych na sprawowanie nadzoru autorskiego nad Systemem finansowo-księgowym (System) przeprowadzone zostały w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przesłanek jego stosowania określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹² (Pzp z 2004 r.) oraz art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹³ (Pzp z 2019 r.). Po ich przeprowadzeniu zawarto w latach 2018-2021 z tym samym wykonawcą, który dokonał wdrożenia Systemu, cztery umowy na nadzór autorski o łącznej wartości 1 142 712,00 zł.

Każdorazowo uzasadnieniem wyboru trybu postępowania o sprawowanie nadzoru autorskiego nad Systemem był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp z 2004 r. z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów oraz art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b w związku z art. 305 pkt 1 Pzp z 2019 r. Według Zamawiającego (Gmina Miasto Koszalin) zamówienie mogło być realizowane tylko przez Wykonawcę Systemu z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Wykonawca był autorem i dostawcą używanego w Urzędzie oprogramowania finansowo-księgowego, które zostało dostarczone i wdrożone na podstawie umowy z 25 listopada 2014 r. INF/38/2014 na dostawę, instalację i kompleksowe wdrożenie systemu Finansowo-Księgowego¹⁴ (umowa podstawowa) oraz jedynym samodzielny twórcą i właścicielem kodów źródłowych ww. oprogramowania i z tego tytułu przysługiwały mu wyłączne prawa autorskie wynikające z ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o Prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁵. Jako jedyny mógł świadczyć usługi nadzoru autorskiego oraz aktualizacji lub modyfikacji oprogramowania i żadna osoba prawna lub fizyczna nie została upoważniona do świadczenia powyższych usług w jego imieniu. Ww. oprogramowanie było objęte wyłącznym autorskim prawem majątkowym w zakresie przystosowania, zmiany funkcjonalności lub jakichkolwiek innych zmian. Wykonawca jako jedyny mógł prowadzić opiekę autorską i pełen serwis. Według art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp z 2004 r. oraz art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp z 2019 r. zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. W związku z realizacją wspomnianej wyżej umowy podstawowej Zamawiający zawarł z Wykonawcą w dniu

¹² Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.

¹³ Dz. U. poz. 2020, ze zm.

¹⁴ W dwóch uzasadnieniach wyboru trybu przetargu jest – błędnie – INF/34/2014 (akta kontroli: 724, 781, 809).

¹⁵ Dz. U. z 2021 r. poz. 1061, ze zm., dalej: ustawa o Prawie autorskim.

30 stycznia 2015 r. umowę licencyjną na użytkowanie programu komputerowego nr 445/2015¹⁶, która zdaniem Delegatury zawierała sprzeczne warunki dotyczące uprawnień do korzystania z Systemu. Według jednostki kontrolnej umowa ta ograniczyła uprawnienia Zamawiającego do dysponowania Systemem, w szczególności do wprowadzania w nim zmian lub adaptacji oraz udostępniania dokumentacji Systemu osobom trzecim. Inną jej konsekwencją było zobligowanie Zamawiającego do udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki. Tymczasem zdaniem Delegatury umowa podstawowa umożliwiała zastosowanie trybów konkurencyjnych przy udzielaniu zamówień na rozbudowę/wprowadzanie zmian do Systemu – na podstawie § 7 ust. 3, zgodnie z którym Zamawiający uzyskał bezwarunkową oraz nieodwołalną zgodę na korzystanie z praw zależnych do Systemu i dokumentacji do niego w rozumieniu art. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tj. na dokonywanie opracowań do Systemu i jego dokumentacji oraz na korzystanie z nich. W szczególności, w ramach udzielonej licencji Zamawiający był uprawniony do rozbudowy i rozwoju Systemu po upływie okresu wsparcia technicznego i serwisu w zakresie rozszerzenia lub rozbudowy struktur baz danych nienaruszających reguł spójności opracowanych przez Wykonawcę schematów bazy danych oraz do udostępniania dokumentacji Systemu podmiotom trzecim w zakresie związanym z rozbudową Systemu lub budową i rozbudową innych systemów dla Zamawiającego. Na podstawie § 7 ust. 7 umowy podstawowej Wykonawca zobowiązany był dostarczyć Zamawiającemu pisemne licencje: na czas nieoznaczony, niewyłączne, nieodpłatne, nieodwołalne i nieograniczone terytorialnie. Według Delegatury umowa licencyjna nr 445/2015 odebrała Zamawiającemu wcześniej nadane uprawnienia do korzystania z praw do Systemu gdyż licencja nie upoważnia Licencjodawcy do odtwarzania programu źródłowego, z zastrzeżeniem art. 75 ust. 2 pkt. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych; udostępniania programu i dokumentacji osobom trzecim (w tym także udostępniania programu łącznie z komputerem, na którym jest zainstalowany); przekazania w dowolnej formie (nawet łącznie ze sprzętem) bez zgody licencjodawcy, programu i dokumentacji innej osobie oraz wprowadzania zmian lub adaptacji programu. Ponadto udzielona licencja przestała być nieograniczona terytorialnie – odnosi się wyłącznie do terytorium Polski¹⁷. Prezydent Koszalina wyjaśnił podczas kontroli, że § 7 ust. 3 umowy INF/38/2014 odnosi się tylko i wyłącznie do zmian i rozbudowy baz danych zaimplementowanych w Systemie. Zauważył również, że do zmiany struktury Systemu lub do dodawania nowych elementów mających wpływ na kod źródłowy Systemu wymagana by była umowa o przeniesienie majątkowych praw autorskich, a nie umowa licencyjna. Prezydent Koszalina podtrzymywał w toku kontroli stanowisko, że zgodnie z zapisami umów licencyjnych nr 445/2015 oraz 490/2017 Gmina, jako Zamawiający, nie posiada możliwości samodzielnej rozbudowy Systemu, ponieważ nie posiada programistów. Nie może zatem odtwarzać programu źródłowego oraz udostępniać programu i dokumentacji osobom trzecim. Nie może także wprowadzać zmian lub adaptować program bez zgody licencjodawcy. W związku z powyższym nie było podstaw do rozeznania możliwości samodzielnego, z pominięciem Wykonawcy, rozbudowy Systemu, nie było również przesłanek do skorzystania z możliwości zapewnienia sobie w kolejnych latach serwisu systemu z pominięciem Wykonawcy. Delegatura nie podzieliła tego stanowiska, ponieważ Urząd posiadał zgodę na korzystanie z praw zależnych do

¹⁶ W wystąpieniu – błędnie – 455/2015.

¹⁷ Akta kontroli, str. 772.

Systemu i dokumentacji, w szczególności do jego rozbudowy i rozwoju po upływie okresu wsparcia technicznego i serwisu. W ocenie jednostki kontrolnej w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w wyniku których zawarto umowy o nadzór autorski Systemu, nie wykazano jednoczesnego spełnienia wszystkich przesłanek uzasadniających ograniczenie konkurencji i udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, tj.: istnienia na rynku tylko jednego wykonawcy, który może świadczyć przedmiotowe dostawy i usługi, przysługującej ochrony na podstawie prawa wyłącznego, oraz nieistnienia rozwiązań równoważnych Systemowi, które odpowiadałyby rzeczywistym potrzebom zamawiającego¹⁸.

W **zastrzeżeniu** Prezydent Koszalina przedstawił następującą argumentację.

Uzyskana na podstawie § 7 ust. 3 (zdanie pierwsze) umowy podstawowej bezwarunkowa i nieodwołalna zgoda na korzystanie z praw zależnych do Systemu, tj. na dokonywanie opracowań do niego, oznacza, zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia, że zamawiający uzyskał prawo do wprowadzania zmian w programie. Jednakże żeby zamawiający mógł je realizować, musi dysponować kodem źródłowym do oprogramowania. Każda modyfikacja oprogramowania jest bowiem w istocie modyfikacją kodu źródłowego, który zawiera autorskie rozwiązania techniczne. Prezydent Koszalina przywołał w tym kontekście wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który w wyroku z dnia 18 września 2014 r. (I ACa 315/14), stwierdził, że kody źródłowe są szczególnie chronione przez programistów, stanowią więc przedmiot zbycia i wydania na rzecz nabywców za odpowiednim wynagrodzeniem i przy jasnych zapisach umowy, wskazujących na określenie przez strony przedmiotu umowy i obowiązków twórcy w sposób jednoznacznie obejmujący kody źródłowe. Prawo do żądania wydania kodów źródłowych nie powstaje więc automatycznie. Ponieważ w umowie podstawowej nie zastrzeżono obowiązku wydania kodu źródłowego do programu ani do wersji pierwotnej programu, ani też do każdej jego modyfikacji, Wykonawca mógłby domagać się za to zapłaty odrębnego wynagrodzenia. Ponadto samo zastrzeżenie umowne obowiązku wydania przez wykonawcę kodu źródłowego nie jest wystarczające do wykonywania zmian w oprogramowaniu lub jego rozbudowy, gdyż konieczne jest również określenie w umowie, w jakim języku programowania kod ma być odczytany przez zamawiającego. I w tym zakresie nie ma w umowie odpowiedniej regulacji. Zastrzeżenie powyższych obowiązków w opisie przedmiotu zamówienia i w projekcie umowy w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie było niezbędne, gdyż zamawiający nie miał wiedzy, czy w przyszłości w ogóle zajdzie potrzeba rozbudowy Systemu, a po upływie trzyletniego okresu wsparcia technicznego i serwisu – potrzeba dalszych modyfikacji oprogramowania w zakresie wynikającym z § 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 umowy podstawowej. Nie było wówczas wiadome, czy w toku serwisowania przez Wykonawcę stworzonego przez niego Systemu nie wystąpią znaczące problemy techniczne, a ten typ oprogramowania po upływie terminu serwisowania na podstawie ww. umowy będzie nadal rozwijany na rynku. Wprowadzenie ich na tym etapie wiązałoby się ze znacznym podwyższeniem wynagrodzenia przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu, co byłoby działaniem ekonomicznie nieuzasadnionym. Poza tym, ze względu na szczególne znaczenie, jakie kody źródłowe mają dla ich twórców, należało liczyć się z tym, że żaden z wykonawców nie złoży oferty w postępowaniu, jeśli będzie zobligowany do przekazania zamawiającemu takiego kodu. Urząd nie mógł dokonać zmian

¹⁸ Str. 19-23 wystąpienia pokontrolnego (pkt 1.).

w oprogramowaniu we własnym zakresie ponieważ w dacie udzielenia zamówienia, jak i w chwili obecnej, w Urzędzie nie ma programistów, którzy w razie uzyskania kodu źródłowego mogliby wykonać zmiany w oprogramowaniu, o których mowa w § 7 ust. 3 zdanie pierwsze umowy. Z powodu nieposiadania kodu źródłowego do Systemu zamawiający nie mógł – i nadal nie może – zlecić podmiotom trzecim usług nadzoru autorskiego w trybie przetargu nieograniczonego, gdyż nie może udostępnić tego kodu podmiotowi, który byłby wyłoniony w takim przetargu. W związku z tym chybiony jest zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia zarzut jakoby zamawiający był do tego uprawniony na podstawie § 7 ust. 3 zdanie pierwsze umowy podstawowej. Z aktualnego doświadczenia Zamawiającego wynika, że nawet w razie dysponowania przez niego kodem źródłowym i prawem do udostępniania go osobom trzecim w celu serwisowania lub rozbudowy systemu, to w przypadku ogłoszenia przetargu nieograniczonego można spodziewać się, że albo nie wpłynie żadna oferta, albo ofertę złoży wykonawca, który stworzył ten kod, gdyż tylko on jest w stanie prawidłowo i w najkrótszym terminie wykonać takie zadania. Na rynku usług IT regułą jest bowiem to, że działające na nim podmioty nie podejmują się wykonania usług związanych z modyfikacją kodów źródłowych stworzonych przez osoby trzecie.

Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie w całości.

Stosownie do przywołanego w kwestionowanej nieprawidłowości art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp z 2004 r. zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Przepisy odrębne, o których tutaj mowa, to m.in. przepisy ustawy o Prawie autorskim. Przedmiotem czterech umów, których dotyczy nieprawidłowość, było sprawowanie nadzoru autorskiego nad oprogramowaniem wdrożonym i użytkowanym w lokalnej sieci komputerowej Zamawiającego (Gminy), na które Wykonawca udzielił Zamawiającemu licencji wraz z wykonaną jego integracją z oprogramowaniem firm trzecich¹⁹. W ramach nadzoru autorskiego Wykonawca zobowiązany był zapewnić: aktualizacje i modyfikacje oprogramowania; diagnozowanie i usuwanie błędów oprogramowania oraz innych błędów występujących w trakcie bieżącej eksploatacji oprogramowania zgodnie z umową; usuwanie niespójności bazy danych będących wynikiem nieprawidłowego działania oprogramowania, z wyjątkiem sytuacji, gdy nieprawidłowość wystąpiła na skutek niewłaściwego użytkowania oprogramowania; wskazywania rozwiązań zastępczych w użytkowaniu oprogramowania na czas usuwania ujawnionych wad; dostarczania aktualizacji instrukcji użytkownika (§ 3 ust. 4 umów).

Zgodnie z przywołaną wyżej umową podstawową jej przedmiotem była dostawa, instalacja i kompleksowe wdrożenie oprogramowania komputerowego – wielodostępowego Systemu Finansowo-Księgowego (System) w Urzędzie Miejskim oraz Zarządzie Dróg Miejskich w Koszalinie, a także udzielenie trzyletniego wsparcia technicznego i serwisu w ww. jednostkach. System miał charakter dedykowany, jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, tj. był zbudowany na wyłączne zamówienie Zamawiającego²⁰. System taki odznacza się unikatowością rozwiązań technicznych, sposobu i zasad działania. Zgodnie z zawartą umową majątkowe

¹⁹ Akta kontroli, str. 788, 816, 836, 856.

²⁰ Akta kontroli, str. 734-745, 766-771.

i niemajątkowe prawa autorskie do Systemu należą do Wykonawcy (§ 7 ust. 1 i § 8 ust. 2). Wykonawca zobowiązał się udzielić Zamawiającemu na czas nieoznaczony niewyłącznej i nieograniczonej terytorialnie licencji na korzystanie z Systemu na 90 stanowiskach roboczych jednocześnie na wszystkich znanych w dniu przeniesienia polach eksploatacji, w tym na wprowadzanie do pamięci komputera i sporządzanie kopii zapasowej oraz licencji na jego dokumentację na polach eksploatacji wymienionych w art. 50 ustawy o Prawie autorskim (§ 7 ust. 2). Ponadto Wykonawca zobowiązał się udzielić Zamawiającemu zgody, bezwarunkowej i nieodwołalnej, na korzystanie z praw zależnych do Systemu i dokumentacji do niego w rozumieniu art. 2 ustawy o Prawie autorskim, tj. na dokonywanie opracowań do Systemu i jego dokumentacji oraz korzystanie z nich. W szczególności w ramach udzielonej licencji Zamawiający miał być uprawniony do rozbudowy i rozwoju Systemu po upływie okresu wsparcia technicznego i serwisu w zakresie rozszerzenia lub rozbudowy struktur baz danych nienaruszających reguł spójności opracowanych przez Wykonawcę schematów bazy danych oraz do udostępniania dokumentacji Systemu podmiotom trzecim w zakresie związanym z rozbudową Systemu lub budową i rozbudową innych systemów dla Zamawiającego (§ 7 ust. 3 umowy).

Po odbiorze Systemu Wykonawca zawarł z Zamawiającym umowę licencyjną na użytkowanie programu komputerowego nr 445/2015, na podstawie której udzielił Zamawiającemu licencji w zakresie oznaczonym w § 7 ust. 2 umowy podstawowej. Jednocześnie w umowie zawarte zostało zastrzeżenie, zgodnie z którym umowa licencyjna nie upoważnia Zamawiającego jako licencjobiorcy do: odtwarzania programu źródłowego (dekompilacji kodu źródłowego), z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie, udostępniania programu i dokumentacji osobom trzecim (w tym także udostępniania programu łącznie z komputerem, na którym jest zainstalowany); przekazania w dowolnej formie (nawet łącznie ze sprzętem), bez zgody licencjodawcy (Wykonawcy), programu i dokumentacji innej osobie; wprowadzania zmian lub adaptacji programu bez zgody licencjodawcy; podejmowania prób odtworzenia kodu klucza zabezpieczającego.

Zgodzić się należy z Delegaturą, że umowa licencyjna jest niezgodna ze zobowiązaniem Wykonawcy określonym w § 7 ust. 3 umowy podstawowej do udzielenia Zamawiającemu bezwarunkowej i nieodwołalnej zgody na korzystanie z praw zależnych do Systemu i dokumentacji do niego w rozumieniu art. 2 ustawy o Prawie autorskim, tj. na dokonywanie opracowań do Systemu oraz korzystanie z nich. Dokonanie opracowania Systemu (tłumaczenie, adaptacja, przeróbka) nie jest możliwa bez posiadania prawa do wprowadzania w nim zmian²¹, co udzielona Zamawiającemu licencja uzależnia od zgody Wykonawcy. Jest to niezgodne z treścią zobowiązania Wykonawcy, który w § 7 ust. 3 umowy podstawowej zobowiązał się udzielić w tym przedmiocie Zamawiającemu „zgody bezwarunkowej i nieodwołanej”. Inna niezgodność dotyczy udostępniania dokumentacji technicznej Systemu osobom trzecim. Tutaj niezgodność występuje na poziomie samej umowy podstawowej. Zgodnie z § 7 ust. 3 Wykonawca zobowiązał się do udzielenia Zamawiającemu licencji, w ramach której byłby on uprawniony do rozwoju i rozbudowy Systemu po upływie okresu wsparcia technicznego i serwisu w zakresie rozszerzenia lub rozbudowy struktur baz danych nienaruszających reguł spójności opracowanych przez Wykonawcę schematów

²¹ „Prawo do modyfikacji programu komputerowego obejmuje wyłączność wprowadzania jakichkolwiek zmian do programu, nawet jeżeli nie prowadzą one do powstania utworu zależnego (opracowania). Ingerencją taką może być nawet zmiana pojedynczego znaku w kodzie.” (Okoiński Z. – „Modyfikacja i opracowanie programu komputerowego w polskim prawie autorskim”; LEX, teza 10.).

bazy danych oraz do udostępniania dokumentacji Systemu podmiotom trzecim w zakresie związanym z rozbudową Systemu lub budową i rozbudową innych systemów dla Zamawiającego. Natomiast stosownie do § 8 ust. 2 Zamawiającemu „nie wolno ujawniać ani dostarczać osobom trzecim otrzymanych wersji Systemu, ani ich dokumentacji technicznej”²². Licencja rozróżnia „udostępnianie” dokumentacji osobom trzecim (pkt 5.2) od jej „przekazania” innej osobie (pkt 5.3). Pierwsze jest niedozwolone, drugie wymaga zgody licencjodawcy. Ograniczenia wynikające z licencji odnoszą się do całej dokumentacji Systemu i są dalej idące niż określone w umowie podstawowej.

Z cytowanych w wystąpieniu pokontrolnym wyjaśnień Prezydenta wynika, że Urząd nie dostrzega wskazanych wyżej rozbieżności. Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia § 7 ust. 3 umowy podstawowej dotyczy tylko rozbudowy i rozwoju baz danych Systemu, tj. wprowadzania takich zmian, które nie wymagają dostępu do kodu źródłowego i jego modyfikacji. Takie rozumienie tego postanowienia zdaje się potwierdzać treść § 2 ust. 1-3 umów o sprawowanie nadzoru autorskiego, gdzie stwierdzono, że: Wykonawca jest jedynym samodzielnym twórcą i właścicielem kodów źródłowych oprogramowania i z tego tytułu przysługują mu wyłączne prawa autorskie wynikające z ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych; jako jedyny może świadczyć usługi nadzoru autorskiego oraz aktualizacji lub modyfikacji oprogramowania i żadna osoba prawna lub fizyczna nie została upoważniona do świadczenia powyższych usług w jego imieniu; oprogramowanie jest objęte wyłącznym autorskim prawem majątkowym w zakresie przystosowania, zmiany funkcjonalności lub jakichkolwiek innych zmian. Sformułowanie „przysługują mu wyłączne prawa autorskie, wynikające z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych” obejmujące „przystosowanie, zmianę funkcjonalności lub dokonywanie jakichkolwiek zmian” w oprogramowaniu podaje w wątpliwość posiadanie przez Zamawiającego prawa do dokonywania opracowania i korzystania z Systemu bez zgody Wykonawcy, nawet w tak wąskim zakresie jak to twierdzi Prezydent, dotyczącym wyłącznie baz danych.

Niezgodności występujące pomiędzy treścią umowy podstawowej a umowy licencyjnej oraz niespójność w samej umowie podstawowej powodują, że nie wiadomo, jakimi prawami do Systemu dysponował Zamawiający na podstawie umowy podstawowej i w jakim zakresie. W rozpatrywanym kontekście ustalenie w tym przedmiocie ma znaczenie zasadnicze, ponieważ zakres uprawnień Zamawiającego do Systemu wyznaczał granice jego niezależności od Wykonawcy w samodzielnym „przekształcaniu” Systemu, w tym w jego rozbudowie i rozwijaniu. Posiadanie uprawnień do wprowadzania zmian w Systemie i udostępniania Systemu i jego dokumentacji osobom trzecim stanowiło warunek konieczny do tego żeby Zamawiający mógł udzielić zamówienia na wykonanie usługi nadzoru nad oprogramowaniem, polegającej m.in. na adaptacji i modyfikacji Systemu, innemu podmiotowi niż Wykonawca.

W wystąpieniu pokontrolnym, oraz w stanowisku do zastrzeżeń²³, niezgodności pomiędzy umową podstawową a licencyjną zostały wskazane, ale nie wyjaśnione. Na str. 19 wystąpienia pokontrolnego stwierdzono, że Zamawiający był uprawniony do wprowadzania zmian w Systemie na podstawie udzielonej przez Zamawiającego w § 7 ust. 3 umowy podstawowej zgody na korzystanie z praw zależnych do Systemu i jego dokumentacji i –

²² Na dokumentację Systemu składa się dokumentacja: techniczna, administratora oraz użytkownika (§ 2 pkt 3c umowy podstawowej).

²³ Str. 6-8 stanowiska.

jednocześnie – że § 7 ust. 3 umowy podstawowej jest niezgodny z odpowiednimi postanowieniami umowy licencyjnej nr 445/2015, która – jak podkreślono – ograniczyła uprawnienia Zamawiającego „do dysponowania Systemem, w szczególności do wprowadzania zmian lub adaptacji oraz udostępniania dokumentacji osobom trzecim” oraz zobowiązała Gminę do udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki. Umknęło poza tym uwagi kontrolujących, że w § 7 ust. 3 umowy podstawowej zawarte jest tylko zobowiązanie Wykonawcy do udzielenia Zamawiającemu zgody na korzystanie z praw zależnych do Systemu („Wykonawca udzieli Zamawiającemu bezwarunkowej i nieodwołalnej zgody na korzystanie z praw zależnych do Systemu”), co nie jest równoznaczne z udzieleniem zgody. Z akt kontroli nie wynika, żeby Wykonawca wywiązał się z tego zobowiązania²⁴.

Stwierdzone podczas kontroli niezgodności i niejasności dotyczą sensu oświadczeń woli wyrażonych w postanowieniach umowy podstawowej i umowy licencyjnej. W celu ich usunięcia konieczne by było ustalenie – w drodze dowodu z wyjaśnień lub zeznań – jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy²⁵. W toku postępowania w sprawie zastrzeżeń przeprowadzenie dowodu z wyjaśnień lub dowodu z przesłuchania w charakterze świadka nie jest możliwe, ponieważ zespół orzekający ma jedynie prawo żądać przedstawienia dokumentów (art. 61a ust. 4 ustawy o NIK).

Podsumowując, zastrzeżenie zasługuje na uwzględnienie w całości ponieważ istnieją zasadnicze – i nieusuwalne na obecnym etapie postępowania kontrolnego – wątpliwości co do tego, jakie uprawnienia do Systemu przysługiwały Zamawiającemu i w jakim zakresie. W tej kluczowej dla rozstrzygnięcia zastrzeżenia sprawie w treści wystąpienia pokontrolnym zawarto niezgodne ze sobą ustalenia, a mianowicie, że Zamawiający nabył na mocy umowy podstawowej prawo do wprowadzania zmian w Systemie oraz udostępnienia dokumentacji do Systemu podmiotom trzecim i że umowa licencyjna nr 445/2015 te właśnie uprawnienia ograniczyła do tego stopnia, że był on zobowiązany do udzielania zamówień publicznych z wolnej ręki. W tym drugim przypadku zarzut udzielenia zamówień na sprawowanie nadzoru nad oprogramowaniem wytworzonym przez Wykonawcę (w tym nad Systemem) staje się oczywiście bezzasadny.

Zastrzeżenie 6. dotyczyło nieprawidłowości polegającej na tym, że w procesie nabywania licencji/oprogramowania SaaS pracownicy WI nie weryfikowali zgodności nowo zakupionego oprogramowania pod kątem spełniania wymogów bezpieczeństwa²⁶.

W **zastrzeżeniu** Prezydent Koszalina oświadczył, że w procesie nabywania licencji pracownicy WI za każdym razem weryfikowali zgodność nowo zakupionego oprogramowania pod kątem spełniania wymogów bezpieczeństwa. Nawiązując do złożonych podczas kontroli wyjaśnień zgłaszający zastrzeżenia powtórzył, że zakup każdego oprogramowania traktowany jest indywidualnie. Na etapie weryfikowania złożonej oferty prowadzone są rozmowy z potencjalnym dostawcą, co daje pewność, że zakupione oprogramowanie spełni stawiane mu wymagania. Oprogramowanie musi spełniać wymagania autoryzacji i autentykacji (uwierzytelnienia).

²⁴ Podobnie zostało sformułowane w umowie podstawowej zobowiązanie Wykonawcy do udzielenia Zamawiającemu licencji na korzystanie z Systemu (§ 7 ust. 2). W wykonaniu tego zobowiązania Wykonawca udzielił Zamawiającemu licencji nr 445/2015.

²⁵ Art. 65 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z § 13 ust. 4 umowy podstawowej.

²⁶ Str. 23 wystąpienia pokontrolnego (pkt 2.).

Dostępność oprogramowania i zawartych w nim danych zapewnia instalacja w środowisku serwerowym opartym na wirtualizacji. Dzięki temu zapewnione jest bezpieczeństwo i integralność, kontrolowana jest także liczba i uprawnienia użytkowników. Bezpieczeństwo danych zapewniają kopie zapasowe wykonywane zgodnie z założonym scenariuszem i harmonogramem. Oprogramowanie musi pozwalać na przydzielanie uprawnień do programów zgodnie z wnioskami kierowników komórek. Użytkownikom nie nadaje się uprawnień na poziomie admin/root/superuser, które pozostają w gestii administratorów systemów, tj. pracowników WI. Wymagania wobec dostawców oprogramowania obejmują zapewnienie bezpiecznego, szyfrowanego i możliwego do rozliczenia połączenia do infrastruktury Urzędu w celu prowadzenia prac serwisowych. Wymagania i oczekiwania Urzędu pod względem nabywanego oprogramowania były określane w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie w trakcie analizy złożonych ofert. Interes Gminy w zakresie poziomu oraz warunków świadczonych usług z zakresu IT czyli tzw. SLA w modelu SaaS był zabezpieczony poprzez odpowiednie zapisy w umowach (Prezydent Koszalina przytoczył, tytułem przykładu, postanowienia dwóch umów zawartych w 2021 i w 2022 r.).

W podsumowaniu zgłaszający zastrzeżenia stwierdził, że pracownicy WI w każdym indywidualnym przypadku dokładają starań, aby zabezpieczyć skutecznie interes Miasta Koszalin.

Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie w całości.

Z uzasadnienia stanowiska do zastrzeżeń wynika, że sformułowana nieprawidłowość w całości opiera się na opinii biegłego²⁷. W opinii biegły stwierdził, że „wymagania i oczekiwania Jednostki Kontrolowanej względem nabywanego oprogramowania są określane w opisie przedmiotu zamówienia, następnie w trakcie analizy złożonych ofert, badane jest spełnienie przez oferenta warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia”²⁸. Tymczasem według kwestionowanej nieprawidłowości pracownicy WI nie weryfikowali zakupionego oprogramowania SaaS pod kątem spełniania wymogów bezpieczeństwa, a według oceny częściowej w procesie pozyskiwania tego oprogramowania nie sformułowano wymagań dotyczących bezpieczeństwa. Konsekwentnie w ocenie ogólnej stwierdzono, inaczej niż biegły, że w procesie pozyskiwania oprogramowania SaaS „nie dokonywano każdorazowo oceny i weryfikacji spełnienia wymagań jednostki, w tym np. pod kątem zapewnienia przez dostawcę wsparcia technicznego (serwisu w wymaganym przez jednostkę czasie) i bezpieczeństwa, dostępności SLA, polityki kopii zapasowych, w tym częstotliwości wykonywania kopii i okresu retencji oraz przechowywania, spełniania wymagań kontroli dostępu itp.”.

Otóż ustalenie czy Urząd określił i weryfikował warunki i wymagania bezpieczeństwa dla nabywanego oprogramowania SaaS powinno opierać się na wyniku badania reprezentatywnej próby postępowań na dostawę oprogramowania SaaS przeprowadzonych przez Urząd w okresie objętym kontrolą. Podstawą opinii biegłego w tym zakresie są jedynie poczynione przez biegłego „obserwacje” i analiza przepisów wewnętrznych regulujących udzielanie zamówień podprogowych²⁹. Przeprowadzone przez Urząd postępowania na dostawę oprogramowania SaaS nie były przez biegłego badane. W związku z tym to, czy wymagania i warunki bezpieczeństwa dla nabywanego oprogramowania SaaS były, czy nie były przez Urząd weryfikowane, nie zostało tak naprawdę

²⁷ Stanowisko do zastrzeżeń, str. 9; akta kontroli, str. 359-360.

²⁸ Vide także: str. 18 wystąpienia pokontrolnego.

²⁹ Akta kontroli, str. 351 („Zastosowane podejście”) i str. 359-360.

ustalone. Podstawą do sformułowania nieprawidłowości nie jest w istocie opinia biegłego, lecz przytoczone w opisie nieprawidłowości wyjaśnienia Kierownika Referatu Informatycznej Obsługi Urzędu, które dotyczą nabywania przez Urząd jakiegokolwiek oprogramowania, nie tylko oprogramowania SaaS³⁰. Ich wiarygodność wzbudza wszakże wątpliwości, albowiem w aktach kontroli znajduje się załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczący wspomnianego wcześniej Systemu, zawierający osobny rozdział, w którym Zamawiający określił minimalne wymagania bezpieczeństwa dla Systemu³¹.

Mając to na uwadze Zespół Orzekający doszedł do wniosku, że zawarte w aktach kontroli dowody, w tym opinia biegłego, nie potwierdzają kwestionowanej nieprawidłowości, która według wystąpienia pokontrolnego polega na tym, że Urząd w postępowaniach o udzielenie zamówienia na oprogramowanie SaaS nie weryfikował i nie ocenił spełniania przez nabywane oprogramowanie wymogów bezpieczeństwa.

Zespołowi Orzekającemu znane jest rozstrzygnięcie zastrzeżenia do nieprawidłowości odnoszącej się do nabywania oprogramowania SaaS zawarte w uchwale KPK-KPO.443.200.2022³² z dnia 21 grudnia 2022 r. W tej sprawie nieprawidłowość polegała jednakże na czymś innym, a mianowicie, na tym, że w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Zachodniopomorskiego nie określono mechanizmu kontrolnego zapewnianego dokonywanie – w procesie pozyskiwania oprogramowania SaaS – weryfikacji spełnienia określonych (np. w ramach listy kontrolnej) wymagań oraz potwierdzenia, że oprogramowanie spełnia oczekiwania Urzędu w wymaganym zakresie. Nieprawidłowość polegała zatem na braku stosownych regulacji, a nie – jak w tym przypadku – na nieweryfikowaniu wymagań bezpieczeństwa określonych dla nabywanego oprogramowania SaaS.

Zastrzeżenie 7. dotyczyło negatywnej oceny ogólnej kontrolowanej działalności. W uzasadnieniu tej oceny podano m.in., że w Urzędzie nie określono szczegółowych zasad zarządzania licencjami obejmujących wszystkie elementy i wymagane czynności niezbędne do zarządzania i nadzoru nad pełnym cyklem życia oprogramowania. Nie zapewniono skutecznego nadzoru nad całym instalowanym i wykorzystywanym oprogramowaniem. Wskutek tego, posiadane od 2021 r. narzędzie do monitorowania oprogramowania nie było w pełni efektywnie wykorzystane, a wydatki związane z nabyciem i utrzymaniem tego narzędzia w latach 2019-2022 wyniosły 49 257,76 zł. Nie dokonywano zbierania danych w trybie rzeczywistym i ciągłym na urządzeniach typu smartfon i tablet. Nie wykonywano audytów (przeglądów) zasobów z systemem operacyjnym Windows (pod kątem wykrycia nieautoryzowanego oprogramowania) i do czasu kontroli NIK nie wykryto na dziewięciu stacjach roboczych instalacji niepożądanego oprogramowania oraz na 12 stacjach roboczych instalacji S.W., do których Urząd nie posiadał licencji. W Urzędzie nie określono szczegółowych zasad nabywania i wykorzystywania oprogramowania w modelu SaaS. W procesie pozyskiwania takiego oprogramowania nie dokonywano każdorazowo oceny i weryfikacji spełnienia wymagań jednostki, w tym np. pod kątem zapewnienia przez dostawcę wsparcia technicznego (serwisu w wymaganym przez jednostkę czasie) i bezpieczeństwa, dostępności SLA, polityki kopii zapasowych, w tym częstotliwości wykonywania kopii, spełniania wymagań kontroli dostępu itp.³³

³⁰ Akta kontroli, str. 343 (odpowiedź na pytanie 4.).

³¹ Akta kontroli, str. 769-770 (pkt III.).

³² Kontrola Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego, nr LSZ.410.021.01.2022, wystąpienie pokontrolne z dnia 28 października 2022 r.

³³ Str. 3 wystąpienia pokontrolnego.

W **zastrzeżeniu** Prezydent Koszalina wniósł o zmianę oceny negatywnej z uwagi na argumenty przytoczone w zastrzeżeniach nr 1-6.

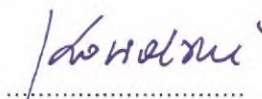
Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie w całości.

Analiza ocen częściowych, pomimo że nie wszystkie argumenty przytoczone w zastrzeżeniach nr 1-6 okazały się zasadne, sformułowanych dla obu obszarów objętych kontrolą oraz treści opinii biegłego, która stanowiła podstawę do sformułowania większości nieprawidłowości, prowadzi do wniosku, że ocena negatywna całej działalności objętej kontrolą nie może być podtrzymana. Treść ocen częściowych wskazuje, że są to oceny opisowe, z kolei całościowa, podsumowująca ocena przez biegłego wszystkich zagadnień objętych badaniem jest „pozytywna z zastrzeżeniami”³⁴. Żadna z ocen częściowych sporządzonych przez biegłego nie jest negatywna³⁵. W sytuacji zatem, gdy obydwie oceny częściowe są opisowe, a opinia biegłego, mająca kluczowe znaczenie przy formułowaniu nieprawidłowości, jest pozytywna z zastrzeżeniami, Zespół Orzekający nie znajduje uzasadnionych podstaw do formułowania oceny ogólnej jako negatywnej. Zasadność tego stanowiska potwierdzają także zapisy programu kontroli³⁶. Mając to na uwadze, Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie w całości i zmienił ocenę ogólną z negatywnej na opisową.

Z tych wszystkich względów orzeczono jak w sentencji.

Od uchwały odwołanie nie przysługuje.


Rafał Piekarski


Dariusz Kowalski


Jakub Niemczyk

³⁴ Akta kontroli, str. 348.

³⁵ Akta kontroli, str. 348-350.

³⁶ Str. 52 (pkt. 2.3.5.) programu kontroli „Zarządzanie oprogramowaniem komputerowym przez administrację publiczną” (P/22/082). Stosownie do art. 28a ust. 1 ustawy o NIK kontrolę planową (ujęta w rocznym planie pracy NIK) prowadzi się według programu kontroli zatwierdzonego przez Prezesa lub wiceprezesa NIK.