

7 (203) 2020
www.een.org.pl

Artykuły zgodne
ze standardem WCAG 2.0
na www.een.org.pl

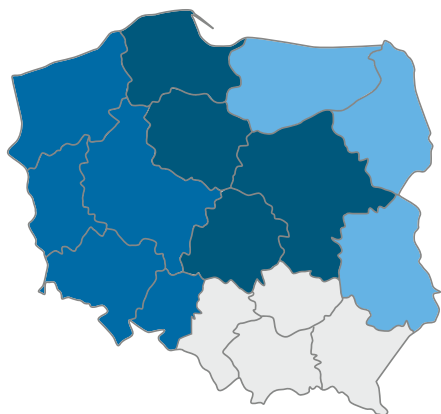


REKLAMA W GRACH KOMPUTEROWYCH

PORTAL ACCESS2MARKETS

**UDOSTĘPNIENIE A POWIERZENIE
PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH**

Konsorcja realizujące projekt Enterprise Europe Network w Polsce



Enterprise Europe Network
– Central Poland

Enterprise Europe Network
– East Poland

Enterprise Europe Network
– West Poland

Enterprise Europe Network
– South Poland

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–Central Poland

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa
tel. (22) 432 71 02
www.een.org.pl

Institut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego

ul. Racjonalizacji 6/8, 02-673 Warszawa
tel. (22) 847 53 68
www.een-centralpoland.eu

Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Piotrkowska 86, 90-103 Łódź
tel. (42) 630 36 67
www.frp.lodz.pl

Stowarzyszenie „Wolna Przedsiębiorczość”

ul. Piekarnicza 12A
80-126 Gdańsk
tel. 58 350 51 40
www.een.pomorskie.pl

Toruńska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Włocławska 167, 87-100 Toruń
tel. (56) 699 54 80-83
www.een.tarr.org.pl

Uniwersytet Warszawski DELab

ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa
tel. (22) 55 27 606
www.delab.uw.edu.pl/een/

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–East Poland

Podlaska Fundacja Rozwoju Regionalnego

ul. Starobojarska 15, 15-073 Białystok
tel. (85) 740 86 83
www.pfrr.pl, www.een-polskawschodnia.pl,
www.een.pfrr.pl

Centrum Innowacji i Transferu Technologii, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ul. Prawocheńskiego 9, 10-720 Olsztyn
tel. (89) 523 39 00
www.uwm.edu.pl, www.een-polskawschodnia.pl,
www.uwm.edu.pl/een

Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie

ul. Jagiellońska 91a, 10-356 Olsztyn
tel. (89) 512 24 05
www.een.wmarr.olsztyn.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Centrum Innowacji i Transferu Technologii Politechniki Lubelskiej

ul. Nadbystrzycka 38H, 20-618 Lublin
tel. (81) 538 42 70
<http://lctt.pollub.pl>,
www.een-polskawschodnia.pl,
www.citt.pollub.pl

Lubelska Fundacja Rozwoju

Rynek 7, 20-111 Lublin
tel. (81) 528 53 11-12-31
www.lfr.lublin.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Park Naukowo-Technologiczny Polska Wschód w Suwałkach Sp. z o.o.

ul. Innowacyjna 1, 16-400 Suwałki
tel. (87) 564 22 24-25
www.park.suwalki.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–South Poland

Centrum Transferu Technologii, Politechnika Krakowska

ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków
tel. (12) 628 28 45
www.transfer.edu.pl

Izba Przemysłowo-Handlowa w Krakowie

ul. Floriańska 3, 31-019 Kraków
(12) 428 92 55
www.iph.krakow.pl

Górnośląska Agencja Przedsiębiorczości i Rozwoju sp. z o.o.

ul. Wincentego Pola 16, 44-100 Gliwice
tel. (32) 339 31 10
www.gapr.pl

Fundusz Górnośląski SA Oddział w Katowicach

ul. Powstańców 17, 40-039 Katowice
tel. 32 72 85 828
www.enterprise.fgsa.pl

Świętokrzyskie Centrum Innowacji i Transferu Technologii Sp. z o.o.

ul. Studencka 1, 25-323 Kielce
tel. (41) 343 29 10
www.it.kielce.pl

Staropolska Izba Przemysłowo-Handlowa

ul. Sienkiewicza 53, 25-002 Kielce
tel. (41) 368 02 78
www.siph.com.pl

Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów
tel. (17) 867 62 34
www.rarr.rzeszow.pl

Stowarzyszenie Grupy Przedsiębiorców Przemysłu Lotniczego Dolina Lotnicza

ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów
tel. (17) 850 19 35
www.dolinalotnicza.pl

Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania

ul. mjr. H. Sucharskiego 2, 35-225 Rzeszów
tel. (17) 852 49 75
www.een.wsisz.pl

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–West Poland

Wrocławskie Centrum Transferu Technologii, Politechnika Wrocławska

ul. Smoluchowskiego 48, 50-372 Wrocław
tel. (71) 320 33 18
www.wctt.pwr.edu.pl

Poznański Park Naukowo-Technologiczny Fundacji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

ul. Rubież 46, 61-612 Poznań
tel. (+48) 61 827 97 46
www.ppnt.poznan.pl

Agencja Rozwoju Regionalnego SA w Koninie

ul. Zakładowa 4, 62-510 Konin
tel. (+48) 63 245 30 95
www.arrkonin.org.pl

Centrum Przedsiębiorczości i Transferu Technologii Uniwersytetu Zielonogórskiego

ul. Syrkiewicza 6, 66-002 Nowy Kiszelin
tel. (+48) 504 070 281
www.cptt.uz.zgora.pl

Fundacja Kaliski Inkubator Przedsiębiorczości

ul. Częstochowska 25, 62-800 Kalisz
tel. (+48) 62 765 60 58
www.kip.kalisz.pl

Dolnośląska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Szczawieńska 2, 58-310 Szczawno-Zdrój
tel. (+48) 74 648 04 50
www.darr.pl

Stowarzyszenie „Promocja Przedsiębiorczości” w Opolu

ul. Damrota 4, 45-064 Opole
tel. (+48) 77 456 56 00
www.een.opole.pl

Regionalne Centrum Innowacji i Transferu Technologii

ul. Jagiellońska 20-21, 70-363 Szczecin
tel. (+48) 91 449 41 09
www.innowacje.zut.edu.pl

Zachodniopomorskie Stowarzyszenie Rozwoju Gospodarczego – Szczecińskie Centrum Przedsiębiorczości

ul. Kolumba 86, 70-035 Szczecin
tel. (+48) 91 433 02 20
www.zsrg.szczecin.pl/een/

Drodzy Czytelnicy,

jednolita europejska licencja, prowadzenie arkusza kluczowych informacji inwestycyjnych czy obowiązek podziału klientów na doświadczonych i niedoświadczonych – to tylko niektóre ze zmian wprowadzonych przez przyjęte niedawno unijne rozporządzenie w sprawie finansowania społecznościowego, czyli crowdfundingu. Wspomniana regulacja ma z jednej strony zapewnić podmiotom poszukującym kapitału możliwość sięgnięcia po nowe źródła finansowania, eliminując przy tym wątpliwości dotyczące ich legalności, z drugiej zaś powinna zapewniać ogólnoeuropejskie ramy crowdfundingu, które umożliwią platformom transgraniczną działalność we wszystkich państwach Unii. Ujednolicenie zasad w tym obszarze wydaje się szczególnie istotne ze względu na to, że crowdfunding, a zwłaszcza crowdinvesting, rozwija się ostatnio bardzo intensywnie i to pomimo trudności wynikających z pandemii COVID-19. Warto zatem zapoznać się z treścią artykułu pt. „Crowdfunding w świetle nowych regulacji unijnych”.

Inną kwestią, którą staramy się przybliżyć w tym numerze Biuletynu, jest rażąco niska cena w zamówieniach publicznych. Jest to zagadnienie, z którym wcześniej czy później zmierzy się większość przedsiębiorców biorących udział w przetargach. W jaki sposób można postarać się przekonać zamawiających, że przy wykonywaniu zamówienia nie zaniżamy sztucznie ponoszonych kosztów – o tym przeczytamy w artykule pt. „Rażąco niska cena w przetargach”.

Zapraszamy także do zapoznania się z najnowszymi ofertami współpracy zagranicznej pochodzącymi z bazy POD (*Partnership Opportunities Database*), prowadzonej przez Komisję Europejską i udostępnianej ośrodkom Enterprise Europe Network.

Z wyrazami szacunku
zespół redakcyjny
Biuletynu Euro Info

Redakcja nie zwraca materiałów niezamówionych oraz zastrzega sobie prawo do ich zmiany i redagowania. Uwagi i komentarze prosimy kierować na adres: biuletyn_ei@parp.gov.pl.

Wszystkie teksty zawarte w Biuletynie Euro Info mogą być przedrukowane wyłącznie po uzyskaniu zgody redakcji. Zainteresowanych prenumeratą prosimy o kontakt z najbliższym ośrodkiem Enterprise Europe Network.

Biuletyn Euro Info, wydawany przez ośrodek Enterprise Europe Network przy Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, jest współfinansowany przez Komisję Europejską ze środków pochodzących z programu COSME na lata 2014–2020 oraz przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii w ramach programu pn. „Udział Polski w programie na rzecz konkurencyjności przedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (COSME) oraz w instrumentach finansowych programów UE wspierających konkurencyjność przedsiębiorstw w latach 2015–2021”.

Komisja Europejska lub osoby występujące w jej imieniu nie są odpowiedzialne za informacje przedstawione w publikacji. Poglądy wyrażone w publikacji są poglądami Autorów i nie muszą pokrywać się z działaniami Komisji Europejskiej.

Spis treści

- 4 | [Import/export](#)
Portal Access2Markets
- 5 | [Crowdfunding](#)
Crowdfunding w świetle nowych regulacji unijnych
- 9 | [Zamówienia publiczne](#)
Rażąco niska cena w przetargach
- 12 | [Reklama](#)
Reklama w grach komputerowych
- 16 | [Prawo własności intelektualnej](#)
Wtórny obrót utworami cyfrowymi, część II
- 21 | [Ochrona danych osobowych](#)
Udostępnienie a powierzenie przetwarzania danych osobowych
- 25 | [Ochrona własności intelektualnej](#)
Wygaśnięcie znaku towarowego
- 28 | [Publikacja Enterprise Europe Network](#)
Nowe Prawo zamówień publicznych
- 31 | [Oferty współpracy](#)

Redaktor naczelny: Paweł Sikorski
Zespół: Aleksandra Wolska, Agata Kudelska, Eryk Rutkowski
Korekta: Pracownia C&C Sp. z o.o.
Adres redakcji: Enterprise Europe Network przy PARP
ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa
Telefon: 22 432 71 02

Skład, druk i dystrybucja: Pracownia C&C Sp. z o.o.
www.ccp.com.pl
Zdjęcia: AdobeStock
Nakład: 1400 egz.



Portal Access2Markets

Czyli o eksporcie i imporcie w jednym miejscu

Enterprise Europe Network

Unia Europejska dysponuje największą siecią handlową na świecie, która zawarła ponad 40 indywidualnych umów z krajami i regionami. Umowy te ułatwiają handel produktami i usługami między UE a jej partnerami zewnętrznymi, ograniczając lub całkowicie znosząc cła.

Uruchomiony z początkiem października przez Komisję Europejską portal **Access2Markets** pomaga przedsiębiorcom w pełni wykorzystać te możliwości, oferując im wszystkie niezbędne informacje potrzebne do prowadzenia eksportu lub importu z państwami trzecimi – tj. krajami spoza Unii Europejskiej.

Począwszy od tego, czy Twoja firma jest gotowa na eksport produktów lub usług i jakie kroki musisz wykonać, aby zyskać status eksportera UE (tzw. numer EORI), po dostęp do kluczowych informacji z wybranych rynków – **ceł i taryf, procedur celnych, reguł pochodzenia towarów, wymagań dotyczących produktów oraz statystyk wymiany handlowej interesujących nas produktów i usług, a także możliwość zgłaszania napotkanych barier w wymianie handlowej.**

Portal składa się z pięciu głównych sekcji:

- Towary,
- Usługi,
- Inwestowanie,
- Rynki,
- Narzędzia.

W sekcjach „Towary” i „Usługi” znajdziemy m.in. **przewodnik dotyczący wywozu i przywozu towarów oraz eksportu usług**, zestaw pytań, który sprawdzi, czy jesteśmy już gotowi na eksport, otrzymamy przydatne informacje o tym, w jaki sposób eksportować usługi oraz produkty, a także, jak znaleźć odpowiedni rynek i nabywcę. Dostępne są też statystyki handlowe dotyczące Twojego rynku docelowego.

Z myślą o przedsiębiorcach planujących pośrednie oraz bezpośrednie inwestycje zagraniczne (BIZ) stworzono kolejną sekcję – „Inwestowanie”, w której omówiono trzy filary międzynarodowej polityki inwestycyjnej UE obejmujące ułatwienia inwestycyjne, liberalizację inwestycji oraz ochronę inwestycji. Znajdziemy tu również wykaz głównych pojęć związanych z BIZ oraz informacje, jak monitorować bezpośrednio inwestycje zagraniczne.

W sekcji „Rynki” sprawdzisz m.in., czy Twoja firma może skorzystać z preferencyjnej umowy handlowej danego państwa z UE – takie dwustronne umowy Unia Europejska podpisała z 80 krajami (ponad 40 umów), dzięki czemu ma największą sieć handlową na świecie. W zależności od charakteru, umowy te koncentrują się na znoszeniu ceł, bardziej kompleksowym dostępie do rynku, ujednoczeniu przepisów oraz na rozwoju. Sprawdzisz też, jakie **wymogi dotyczące zezwoleń i licencji, wzajemnego uznawania dyplomów i kwalifikacji czy szczególnych ograniczeń w niektórych sektorach usług** obowiązują na interesujących Cię rynkach.

Kolejną sekcją są „Narzędzia”, gdzie znajdziemy materiały instruktażowe, glosariusz, a także historie małych i średnich przedsiębiorców zajmujących się eksportem i importem, którym wiedza z portalu pomogła w międzynarodowym rozwoju biznesu. Jest też dostępny **FAQ, czyli najczęściej zadawane pytania**, np. w przypadku kiedy taryfa odnosi się do wagi, to czy jest to waga brutto czy netto, czy można uzyskać wykaz produktów ze stawkami celnymi 0 proc. albo czy żywność przywożona do UE musi pochodzić z zakładu zatwierdzonego przez UE plus wiele innych odpowiedzi na pytania zadawane przez przedsiębiorców z całego świata.

Aby skorzystać z niższych lub zerowych ceł, należy przestrzegać pewnych „reguł pochodzenia”. Z pomocą w ich ustaleniu

przychodzi nam ROSA (ang. *Rules of Origin Self-Assessment*), czyli interaktywny przewodnik, który zawiera wskazówki określające reguły pochodzenia produktów – wywóz i przywóz – dla takich państw i regionów jak Kanada, Ameryka Środkowa, Kolumbia, Peru, Ekwador, Japonia, Korea Południowa i Wietnam.

Jak zacząć?

Przygodę z portalem można rozpocząć od przeklikania poszczególnych jego sekcji, by zobaczyć, jakiego rodzaju informacje kryją się w każdej z nich. Dużym ułatwieniem jest **funkcja osobistego asystenta**, dostępna z poziomu strony głównej. Jeśli chcemy szybko wyszukać informacje o cłach i taryfach, robimy to **w trzech krokach**: w pierwszym oknie wyszukiwania wpisujemy kod HS lub nazwę produktu, w drugim państwo pochodzenia, a w trzecim państwo przeznaczenia i czekamy na pojawienie się rekordów.

W tym kontekście bardzo przydatnym narzędziem jest **wyszukiwarka kodów HS** (ang. *Harmonized System*) opracowanych przez WCO (ang. *World Customs Organization*), czyli Światową Organizację Celną. Kody HS standaryzują klasyfikację wszelkich towarów i usług w handlu międzynarodowym i to nimi posługujemy się podczas rozliczeń celno-skarbowych.

Podstawowa wersja portalu jest dostępna w języku angielskim. Oczywiście można skorzystać ze wszystkich wersji językowych państw członkowskich UE, w tym z wersji polskojęzycznej. Należy mieć jednak na uwadze, że tłumaczenie bazuje na technologii uczenia maszynowego i nie zawsze jest doskonałe.

<https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/pl/content/>





Crowdfunding w świetle nowych regulacji unijnych

Co zmienia Rozporządzenie ECSP

Aleksandra Kopec

Postępująca digitalizacja i upowszechnienie wykorzystywania innowacyjnych rozwiązań na dużą skalę spowodowały, że rynek kapitałowy przeszedł w ostatnich latach znaczącą transformację. Szczegółne zmiany w tym zakresie można zaobserwować na przykładzie dynamicznego rozwoju alternatywnych metod finansowania, takich jak na przykład crowdfunding, zwany inaczej finansowaniem społecznościowym. Crowdfunding w ostatnim czasie stał się obiektem zainteresowania ogromnej liczby inwestorów i przedsiębiorców. Doniosłość tego zagadnienia została dostrzeżona również przez prawodawcę unijnego. Od 2018 r. trwały prace nad przyjęciem jednolitych ram prawnych dla crowdfundingu w Unii Europejskiej. 5 października 2020 r., po ponad dwóch latach intensywnej pracy, przyjęto tekst Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskich dostawców usług finansowania społecznościowego dla przedsięwzięć gospodarczych (dalej: „Rozporządzenie ECSP”). Uchwalenie Rozporządzenia ECSP oznacza rewolucyjne zmiany zarówno z punktu widzenia inwestorów, jak i przedsiębiorców.

Czym jest crowdfunding?

Rozważania na temat wpływu nowych regulacji unijnych na rynek crowdfundingu w Europie warto poprzedzić krótkim wyjaśnieniem, na czym polega istota finansowania społecznościowego. Mimo iż ta metoda pozyskiwania kapitału upowszechniła się już kilka lat temu, dla dużej części przedsiębiorców wciąż stanowi pewne *novum*.

Zgodnie z definicją crowdfunding to *rodzaj gromadzenia i alokacji kapitału przekazywanego na rzecz rozwoju określonego przedsięwzięcia w zamian za określone świadczenie zwrotne, który angażuje szerokie grono kapitałodawców,*

charakteryzuje się wykorzystaniem technologii teleinformatycznych oraz niższą barierą wejścia i lepszymi warunkami transakcyjnymi niż ogólnodostępne na rynku. Pojęcie crowdfunding stanowi kombinację dwóch słów: „tłum” i „finansowanie”, co oznacza, że określony projekt jest finansowany przez dużą liczbę osób.

Crowdfunding jest pojęciem niezwykle szerokim i obejmuje różne metody finansowania. Rozporządzenie ECSP reguluje 2 typy crowdfundingu, najistotniejsze z punktu widzenia przedsiębiorców tj.:

- a) crowdfunding udziałowy polegający na pozyskiwaniu kapitału od wielu inwestorów w zamian za prawa udziałowe w kapitale zakładowym spółki;
- b) crowdfunding pożyczkowy, polegający na pozyskiwaniu kapitału od wielu inwestorów, pod tytułem zwrotnym (umowa pożyczki).

Cały proces odbywa się w przestrzeni cyfrowej – kampanie crowdfundingu są przeprowadzane za pośrednictwem internetowych platform, które umożliwiają kojarzenie dwóch stron transakcji. Crowdfunding wiąże się zatem na ogół z udziałem trzech rodzajów podmiotów: projektodawcy, który poszukuje finansowania, inwestorów oraz podmiotu, który pośredniczy w nawiązaniu współpracy projektodawcy i inwestora, tj. dostawcy usług finansowania społecznościowego, czyli operatora platformy crowdfundingowej.

Crowdfunding jest szczególnie popularny wśród spółek w fazie załazkowej, rozwijających innowacyjne produkty lub usługi, których wartość i zapotrzebowanie nie zostały jeszcze zweryfikowane przez rynek (tzw. startupy). Dla tego typu podmiotów finansowanie społecznościowe jest atrakcyjną alternatywą dla tradycyjnych źródeł finansowania. Uzyskanie kredytu bankowego lub pożyczki, wobec braku stabilności

finansowej i niepewnej pozycji rynkowej okazuje się w praktyce niemożliwe. Z crowdfundingu korzystają jednak również podmioty o ugruntowanej pozycji rynkowej – dla dojrzałych przedsiębiorstw crowdfunding jest sposobem na dotarcie do nowych grup docelowych lub zweryfikowania swojej wyceny, np. przed tradycyjnym wejściem na giełdę (tzw. mini-IPO²).

Crowdfunding to rodzaj gromadzenia i alokacji kapitału przekazywanego na rzecz rozwoju określonego przedsięwzięcia w zamian za określone świadczenie zwrotne.

Przyczyn rozwoju crowdfundingu, oprócz potencjalnych korzyści finansowych dla obu stron transakcji, można upatrywać również w zmieniającej się filozofii społecznej związanej z szeroko rozumianą gospodarką współdzielenia (ang. *sharing economy*), tj. wspólnego korzystania z dóbr i usług.

Geneza regulacji

Wobec braku jednolitych przepisów prawnych pozyskiwanie kapitału za pomocą crowdfundingu wzbudzało do tej pory wiele wątpliwości prawnych. Szczególnie wiele niejasności wywoływała działalność operatorów platform crowdfundingu udziałowego, która swoją istotą zbliża się do działalności firm inwestycyjnych, czyli podmiotów podlegających ścisłemu nadzorowi Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ang. *European Securities and Markets Authority*, ESMA) oraz krajowych organów nadzoru finansowego. W dyskusji



Z zakresu zastosowania Rozporządzenia ECSP zostały wyłączone projekty, w których projektodawcami są konsumenci.

wskazywano, że w niektórych okolicznościach czynności podejmowane w ramach kampanii crowdfundingu udziałowego mogą wypełniać przesłanki prowadzenia działalności maklerskiej, jednak z uwagi na brak precyzyjnych wytycznych w tym zakresie trudno jest przesądzić, czy określone regulacje rynku kapitałowego mają zastosowanie do całego procesu. Brak określonych wymogów dla prowadzenia kampanii crowdfundingu pożyczkowego – chociażby w zakresie obowiązków informacyjnych – prowadził z kolei do rażącego obniżenia poziomu ochrony inwestorów, którzy wspierali finansowo określony projekt.

Przyjęcie Rozporządzenia ECSP ma zatem na celu zapewnienie wysokiego standardu ochrony inwestorów, ograniczenie ryzyk związanych z finansowaniem społecznościowym oraz zagwarantowanie transparentnego, profesjonalnego i sprawiedliwego procesu pozyskiwania kapitału od wielu podmiotów.

Główne założenia Rozporządzenia ECSP

Rozporządzenie ECSP określa jednolite wymogi dotyczące świadczenia usług finansowania społecznościowego, organizacji dostawców usług finansowania społecznościowego, udzielania im zezwoleń oraz nadzoru nad nimi. Rozporządzenie ECSP wprowadza również jasne przepisy dotyczące warunków, jakie muszą spełniać komunikaty marketingowe projektów finansowanych za pomocą crowdfundingu.

Z zakresu zastosowania Rozporządzenia ECSP zostały wyłączone projekty, w których projektodawcami są konsumenci oraz oferty crowdfundingu o wartości przekraczającej 5 000 000

EUR, obliczanej w okresie 12 miesięcy. Wskazana kwota została ustalona na takim poziomie nie bez przyczyny. Próg 5 000 000 EUR jest stosowany przez większość państw członkowskich na potrzeby zwolnienia ofert publicznych papierów wartościowych z obowiązku publikacji prospektu emisyjnego zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1129 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie prospektu, który ma być publikowany w związku z ofertą publiczną papierów wartościowych lub dopuszczeniem ich do obrotu na rynku regulowanym. Co istotne aktualnie przyjęty w Polsce próg wyłączeń prospektowych jest pięciokrotnie niższy od wskazanego powyżej (1 000 000 EUR). Wejście w życie Rozporządzenia ECSP znacząco ułatwi zatem przedsiębiorcom pozyskiwanie kapitału w większej kwocie.

Jednolite zasady licencjonowania działalności

Zgodnie z Rozporządzeniem ECSP dostawcą usług finansowania społecznościowego może być wyłącznie osoba prawna, mająca siedzibę na terytorium Unii Europejskiej, która uzyskała zezwolenie na prowadzenie takiej działalności przez właściwy organ nadzoru, w państwie, w którym ma swoją siedzibę. Przepisy wprowadzają jednolite zasady zarówno w zakresie udzielania zezwoleń, jak i faktycznego prowadzenia działalności, tak by uniknąć różnic pomiędzy konkretnymi jurysdykcjami i przeciwdziałać arbitrażowi regulacyjnemu.

Wszystkie podmioty, które uzyskały zezwolenie na prowadzenie działalności w charakterze dostawców usług finansowania społecznościowego, będą wpisane do publicznego rejestru prowadzonego przez ESMA.

Z punktu widzenia przedsiębiorców istotne znaczenia ma również to, że przepisy Rozporządzenia ECSP znacząco ułatwiają transgraniczne prowadzenie działalności. W przypadku usług finansowania społecznościowego przyjęto zasadę tzw. jednolitego paszportu europejskiego, co oznacza, iż zezwolenie wydane przez krajowy organ

nadzoru uprawnia do prowadzenia działalności na obszarze całej Unii Europejskiej w trybie notyfikacji, bez konieczności uzyskiwania odrębnych zezwoleń w każdym z państw członkowskich.

Dostawcy usług finansowania społecznościowego będą świadczyć swoje usługi pod ścisłym nadzorem organu, który udzielił im zezwolenia. Państwa członkowskie zostały zobligowane do wyznaczenia organów, jakie będą odpowiedzialne za wykonywanie funkcji i obowiązków przewidzianych w Rozporządzeniu ECSP. W Polsce, z dużą dozą prawdopodobieństwa, będzie to Komisja Nadzoru Finansowego.

Nowe obowiązki dostawców usług finansowania społecznościowego

Dostawcy usług finansowania społecznościowego zostali zobowiązani do działania uczciwie, rzetelnie i profesjonalnie, zgodnie z najlepiej pojętym interesem swoich klientów. Ta ogólna zasada została doprecyzowana przez poszczególne przepisy Rozporządzenia ECSP nakładające na dostawców usług finansowania społecznościowego szereg obowiązków prawnych związanych m.in.:

- 1) z posiadaniem odpowiednich polityk, procedur i mechanizmów zapewniających skuteczne i ostrożne zarządzanie;
- 2) ze stosowaniem procedur należytej staranności względem właścicieli projektów finansowanych za ich pośrednictwem (w szczególności w zakresie braku karalności oraz nieposiadaniu siedziby w państwie trzecim wysokiego ryzyka);
- 3) z posiadaniem skutecznych i przejrzystych procedur rozpatrywania skarg i reklamacji;
- 4) z zapobieganiem powstawaniu konfliktów interesów;
- 5) z zasadami outsourcingu;
- 6) z dysponowaniem odpowiednimi ostrożnościowymi środkami ochrony (środki własne lub polisa ubezpieczeniowa).

Do tej pory działalność dostawców usług finansowania społecznościowego pozostawała w dużej mierze poza regulacją prawną. Dostosowanie działalności



do wymogów przewidzianych w Rozporządzeniu ECSP będzie zatem niewątpliwie istotnym obciążeniem dla podmiotów, które dziś świadczą usługi związane z finansowaniem społecznościowym. Prawodawca unijny przesądził, że podmioty te mogą kontynuować prowadzenie działalności przez 24 miesiące od dnia wejścia w życie Rozporządzenia ECSP lub do czasu uzyskania zezwolenia zgodnie z tym rozporządzeniem – w zależności od tego, co nastąpi wcześniej. Termin ten wydaje się rozsądny i wystarczający na dopełnienie wszystkich wymogów formalnych.

Ochrona inwestorów

Przepisy Rozporządzenia ECSP istotny nacisk kładą na ochronę inwestorów angażujących swój kapitał w projekty finansowane za pośrednictwem crowdfundingu. Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługuje rozróżnienie inwestorów na dwie kategorie: inwestorów doświadczonych oraz inwestorów niedoświadczonych. Klasyfikacja do odpowiedniej kategorii – a w konsekwencji i standard przyznanej ochrony – będą zależały od wyniku wstępnego testu wiedzy oraz symulacji zdolności ponoszenia strat. Przyznanie określonej osobie statusu inwestora niedoświadczonego będzie wiązało się m.in. z koniecznością przekazania mu ostrzeżenia o ryzyku związanym z inwestycją, odebrania zgody na dokonanie inwestycji czy upewnienia się, że dany inwestor

rozumie inwestycję i związane z nim ryzyko. Inwestorom niedoświadczonym przyznano również tzw. „prawo do namysłu”, czyli prawo do wycofania swojej oferty bez podania przyczyny i bez ponoszenia kary w określonym okresie.

Niezależnie od przyznanej kategorii, każdy inwestor otrzyma od dostawcy usług finansowania społecznościowego arkusz kluczowych informacji inwestycyjnych (ang. *Key Investment Information Sheet, KIIS*).

Arkusz kluczowych informacji inwestycyjnych będzie składał się z kilku części, podzielonych na konkretne sekcje tematyczne, w tym:

- 1) Część A: Informacje dotyczące właściciela(i) projektu oraz informacje dotyczące projektu opartego na finansowaniu społecznościowym;
- 2) Część B: Główne cechy procesu finansowania społecznościowego oraz, stosownie do przypadku, warunki pozyskania kapitału lub pożyczania środków finansowych;
- 3) Część C: Czynniki ryzyka;
- 4) Część E: Informacje dotyczące spółki celowej;
- 5) Część F: Prawa inwestorów;
- 6) Część G: Ujawnienie informacji dotyczących pożyczek;
- 7) Część H: Opłaty, informacje i prawne mechanizmy dochodzenia roszczeń;
- 8) Część I: Informacje na temat indywidualnego zarządzania portfelem pożyczek podawane przez dostawców usług finansowania społecznościowego.

Jednym z fundamentalnych elementów finansowania społecznościowego jest marketing.

Oprócz powyższych informacji arkusz kluczowych informacji inwestycyjnych powinien zawierać również zastrzeżenie, że oferta finansowania społecznościowego nie została zweryfikowana ani zatwierdzona przez właściwe organy, ani przez ESMA, jak również obszerne ostrzeżenie o ryzyku, o treści wskazanej w Rozporządzeniu ECSP. Właściciele projektów mogą rzecz jasna przekazywać potencjalnym inwestorom informacje i dokumenty niewskazane wprost w Rozporządzeniu ECSP, dbając jednocześnie o to, by wszystkie dane były ze sobą spójne i nie wprowadzały w błąd.

Celem wprowadzenia obowiązku przekazywania arkusza kluczowych informacji inwestycyjnych jest zniwelowanie asymetrii informacyjnej w zakresie poszczególnych projektów i dostarczenie inwestorom wszystkich danych niezbędnych do podjęcia świadomej i przemyślanej decyzji inwestycyjnej.

Prawodawca unijny w motywach do Rozporządzenia ECSP zwrócił również uwagę, że jedynym ze środków ochrony inwestorów jest możliwość swobodnego wyjścia z inwestycji – tym samym prawa udziałowe spółek będące przedmiotem oferty udostępnianej za pośrednictwem dostawców usług finansowania społecznościowego powinny wykazywać cechę zbywalności.

Komunikaty marketingowe

Jednym z fundamentalnych elementów finansowania społecznościowego jest marketing. Kampanie crowdfundingowe pozwalają właścicielom projektów nie tylko na pozyskanie środków niezbędnych na ich realizację, ale również dotarcie do szerokiego grona odbiorców. Odpowiednie sformułowanie przekazu marketingowego ma zatem





kluczowe znaczenie dla powodzenia całego przedsięwzięcia. Fakt ten nie został pominięty również przez prawodawcę unijnego. Rozporządzenie ECSP wprowadza ogólne zasady w zakresie przekazu marketingowego, tak aby prezentowane przez dostawców usług finansowania społecznościowego informacje były rzetelne, jasne, niewprowadzające w błąd oraz spójne z informacjami zawartymi w arkuszu kluczowych informacji inwestycyjnych.

Rozporządzenie ECSP a MiFID II

Wraz z przyjęciem Rozporządzenia ECSP dokonano również zmiany w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (MiFID II). W celu uniknięcia sytuacji, w której ten sam rodzaj działalności jest objęty w Unii różnymi zezwoleniami, osoby prawne posiadające zezwolenie jako dostawcy usług finansowania społecznościowego wydane na podstawie Rozporządzenia ECSP zostały wyłączone z zakresu stosowania MiFID II. Tym samym prawodawca unijny rozwiął pojawiające się co jakiś czas wątpliwości odnośnie do tego, czy dostawcy usługi finansowania społecznościowego

powinni stosować się do rygorystycznych przepisów rynku kapitałowego, przewidzianych dla firm inwestycyjnych.

Podsumowanie

Do czasu przyjęcia Rozporządzenia ECSP kilka państw członkowskich UE wprowadziło do swoich porządków prawnych przepisy regulujące pozyskiwanie finansowania za pośrednictwem crowdfundingu. Wskazać przy tym należy, że regulacje te miały raczej fragmentaryczny charakter i były dostosowane wyłącznie do specyfiki potrzeb lokalnych rynków i inwestorów. Brak jednolitych w całej Unii przepisów prawnych, które w sposób kompleksowy i niebudzący wątpliwości regulowałyby finansowanie społecznościowe, znacząco utrudniał pozyskiwanie środków tą metodą na dużą skalę. W mojej ocenie opisane w niniejszym artykule kroki legislacyjne zasługują na aprobatę. Trudno jednoznacznie przewidzieć wpływ Rozporządzenia ECSP na rynek crowdfundingu w Europie, bowiem wiele jego przepisów wymaga doprecyzowania – zarówno na poziomie aktów prawa krajowego, jak i unijnego – jak również wypracowania odpowiedniej praktyki. Nie ma natomiast wątpliwości, że nowe regulacje przyniosą wymierne korzyści polegające na profesjonalizacji usług związanych z finansowaniem

społecznościowym oraz zapewnieniu wysokiego standardu ochrony inwestorów. Z punktu widzenia przedsiębiorców poszukujących kapitału w Polsce szczególnie korzystną zmianą będzie podwyższenie limitu ofert crowdfundingowych niewymagających sporządzenia prospektu emisyjnego z 1 000 000 EUR do 5 000 000 EUR. To z kolei pozwala antycypować, iż finansowanie społecznościowe zyska popularność również wśród dużych przedsiębiorstw o ugruntowanej pozycji rynkowej, których zapotrzebowanie na kapitał jest wyższe niż w przypadku startupów.

Aleksandra Kopeć

prawnik w Departamencie Prawa Rynku Kapitałowego kancelarii Sadkowski i Wspólnicy. Doktorantka w Szkole Doktorskiej Uniwersytetu Śląskiego, gdzie pod kierownictwem prof. dr. hab. Wojciecha Popiołka przygotowuje rozprawę doktorską pt. „Crowdfunding udziałowy w Polsce”. Prowadzi stronę internetową finlegaltech.pl

- 1 K. Król, Finansowanie społecznościowe jako źródło finansowania przedsięwzięć w Polsce, https://issuu.com/karolkrol/docs/karol_krol_crowdfunding [dostęp: 10-12-2020].
- 2 IPO – Initial Public Offering, dokonywana po raz pierwszy oferta publiczna dotycząca określonych papierów wartościowych.

Rażąco niska cena w przetargach

Jak bronić się przed takimi zarzutami?

Damian Michalak

Rażąco niska cena to jeden z najczęstszych powodów odrzucenia ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nic nie wskazuje na to, aby przepisy nowego Prawa zamówień publicznych (Pzp) zmieniły ten stan rzeczy. Warto jednak wiedzieć, że u podstaw wspomnianych decyzji zamawiających często leżą nieprawidłowości w wyjaśnieniach składanych przez samych wykonawców. Jak zatem formułować je, aby przekonać kontrahenta publicznego o rynkowym charakterze oferty?

Czym jest rażąco niska cena?

Rażąco niska cena to pojęcie funkcjonujące w systemie zamówień publicznych od dawna. Ustalenie przez zamawiającego, że warunki zaproponowane przez wykonawcę mają taki charakter, skutkuje odrzuceniem oferty. Jaka cena jest zatem uważana za rażąco niską?

Jest to cena zupełnie niewiarygodna, odbiegająca bardzo istotnie od warunków rynkowych. Taka, która nie pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych (UZP) w swojej opinii, za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną „niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości”¹.

Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) definiuje rażąco niską cenę następująco: „Cena rażąco niska to cena nierealna,

niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wytworzenia usługi”².

Powyższa retoryka przewija się w bardzo wielu orzeczeniach KIO. Warto wiedzieć, że ma ona zastosowanie nie tylko do cen *sensu stricto*, ale i do kosztów pewnych działań, o których mówią oferty wykonawców. Co również ważne przedmiotem oceny zamawiającego jest tu nie tylko sama cena/koszt na poziomie ogólnym, ale także ich istotne części składowe.

Podejrzenia wystąpienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rażąco niskiej ceny lub kosztu skutkuje obowiązkiem podjęcia przez Zamawiającego konkretnych działań, których adresatem staje się oferent.

Kiedy zamawiający wzywa wykonawców do wyjaśnień?

Nowa ustawa Prawo zamówień publicznych wchodząca w życie od 1 stycznia 2021 r. kontynuuje dotychczasowe podejście do sprawy i nakazuje organizatorowi przetargu lub innej procedury wdrożenie stosownych procedur wyjaśniających za każdym razem, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do oferowanych wartości cenowych. Zatem już **samo subiektywne przekonanie zamawiającego decyduje o konieczności złożenia przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny**. Zobaczmy, jak reguluje tę kwestię

nowa ustawa. „Jeżeli zaoferowana **cena** lub **koszt**, lub ich **istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budżą wątpliwości zamawiającego** co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych” (art. 224 ust. 1 nowego Pzp).

Według KIO punktem odniesienia uznania ceny za rażąco niską, powinno być przede wszystkim:

- 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia³.

Nawet jeśli zamawiający nie poweźmie wątpliwości w zakresie prawidłowości oferowanych przez wykonawców cen, zobligowany będzie wdrożyć procedury wyjaśniające wówczas, gdy cena całkowita oferty będzie niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie stosownych przepisów (art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10 nowego PZP). Odstąpienie od tego obowiązku będzie jednak w drodze wyjątku możliwe, jeśli rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, są oczywiste w danych okolicznościach.

Ponadto zamawiający będzie mógł poprosić wykonawcę o wyjaśnienia, gdy cena całkowita oferty będzie niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek

od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, np. istotnej zmiany cen rynkowych.

Jak udzielać wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny?

Wyjaśnienia to najważniejszy z punktu widzenia wykonawcy element związany z zagadnieniem rażąco niskiej ceny. Ich celem jest przekonanie zamawiającego, że pomimo zaistniałych wątpliwości, wskazane w ofercie ceny/koszty mają charakter rynkowo akceptowalny, a w konsekwencji oferta nie może zostać odrzucona.

Jak zatem formułować wyjaśnienia?

Rzeczowo, konkretnie, szczegółowo i w nawiązaniu do liczb. Aby argumentacja okazała się przekonująca, należy pokazać zamawiającemu, jak kształtują się koszty realizacji danego zadania i gdzie konkretnie dany wykonawca wygenerować może oszczędności, pozwalające mu zaoferować warunki lepsze niż konkurencja. **Co niezwykle ważne twierdzenia wykonawcy powinny zostać poparte dowodami.** Nie zawsze będzie to łatwe w przypadku każdego podniesionego argumentu, niemniej, gośłowność i brak choćby próby uprawdopodobnienia twierdzeń mogą nie przekonać zamawiającego.

Przyjrzyjmy się temu, jak surowe w tym obszarze bywa orzecznictwo KIO.

- Przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności **niekompletnych i zbyt ogólnych**, niepozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny⁴.
- Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę**, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów⁵.
- To wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien

wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. **Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach⁶.**

Jakie argumenty wykonawcy będą najlepsze?

Skoro ciężar dowodu w zakresie braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, warto zastanowić się, jakich argumentów może użyć oferent w wyjaśnieniach adresowanych do zamawiającego. Z racji tego, że wyjaśnienia mają być wyczerpujące, wykonawcy powinni przedstawiać szeroki kontekst sytuacji uzasadniającej zaoferowanie takich, a nie innych warunków. Ustawodawca podpowiada w nowym Pzp na jakich wątkach można oprzeć się w wyjaśnieniach. Są to na przykład kwestie dotyczące:

- metod zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy,
- rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,
- oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę,
- kosztów pracy,
- pomocy publicznej (dotacje, subwencje, inne otrzymane formy wsparcia),
- zgodności z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska.

Co ważne powyższy katalog nie ma charakteru zamkniętego. Jeśli wykonawca ma inne argumenty na obronę rynkowego charakteru swojej ceny, może ich użyć. A pomysłów wykonawcom nie brakuje. O tym, które z nich warto zrealizować, decyduje konkretna sytuacja danego wykonawcy i przedmiot

zamówienia publicznego. Praktyka wskazuje, że świetnymi argumentami mogą być opisane poniżej okoliczności.

1) Dostęp do stałego, wykwalifikowanego personelu
Potencjał kadrowy to często element decydujący o wartości niejednej firmy. Każdy, kto prowadził biznes, wie, że solidny zespół pracowników i współpracowników to prawdziwa wartość. Jeżeli wykonawca dysponuje takim zespołem na stałe, jego przewaga konkurencyjna nie musi przejawiać się wyłącznie w jakości personelu, ale także kosztach jego utrzymania. Nawet jeśli płaci zatrudnionym pracownikom lepiej niż konkurencja. Warto bowiem zauważyć, że realizacja niektórych zamówień zmusza niejednego wykonawcę do pozyskania dodatkowych osób z rynku na potrzeby wykonania danego zlecenia. Koszt jednostkowy osoby pracującej doraźnie jest często wyższy niż w sytuacji, gdy firma zatrudnia na stałe kompetentnych ludzi i względnie stałym zespołem realizuje konkretne zamówienia, powierzając je pracownikom w ramach stałych umów o pracę. W takich okolicznościach wyjaśnienia wykonawcy dotyczące rażąco niskiej ceny uwzględnić powinny kalkulację oszczędności, prezentując faktyczny koszt pracowniczy w porównaniu z kosztami, które wykonawca poniósłby, kompletując z rynku zespół dedykowany konkretnemu zamówieniu.

2) Wykorzystanie zasobów własnych (potencjał kadrowy, techniczny itd.)
W mniejszych podmiotach gospodarczych kadra kierownicza to często osoby zajmujące się nie tylko zarządzaniem, ale wykonujące czynności merytoryczne na równi z pracownikami. Przykład. Wspólnicy spółki jawnej lub cywilnej. Nie są oni przecież odrębnie zatrudnieni, ale często dają firmie wydatny wkład w postaci swojej pracy. Może to wynikać np. z uprawnień zawodowych, którymi dysponują. Zaangażowanie właściciela firmy jest w tych okolicznościach dużą oszczędnością w budżecie. W takich okolicznościach warto wskazać zamawiającemu, ile kosztowałyby podobne usługi, gdyby miały być nabyte na rynku. Podobny tok rozumowania można zastosować przy innych niż ludzkie zasobach własnych. Chodzi np. o możliwość skorzystania ze swojego sprzętu technicznego, którego użycie jest tańsze



w porównaniu do kosztów jego wynajęcia lub dzierżawy.

3) Stali kontrahenci i korzystne warunki handlowe

Jeżeli dana firma współpracuje na stałe z producentami różnego rodzaju materiałów, komponentów lub innych produktów, z pewnością w wielu przypadkach otrzymuje z tego tytułu korzystniejsze warunki współpracy. W praktyce materializuje się to jako system rabatowy, program lojalnościowy czy po prostu korzystniejsze indywidualne warunki cenowe. Odpowiednio używając tego argumentu, wykonawca łatwo wykaże, o ile realnie może być tańszy niż jego konkurencja.

Podobnie w przypadku stałej współpracy z osobami trzecimi angażowanymi do realizacji zamówienia publicznego (dostawcy, podwykonawcy). Stała współpraca pozwala założyć, że dany współpracownik zna już specyfikę danej organizacji, umie pracować szybciej, jest bardziej efektywny i – co kluczowe – oferuje swoją współpracę według niższych stawek, aniżeli zrobiłby to w sytuacji jedнокrotnego czy sporadycznego zatrudnienia.

4) Korzystne okoliczności związane z danym zamówieniem lub danym zamawiającym

Chodzi na przykład o bliskość do miejsca realizacji zamówienia, niższe koszty pracy w danej lokalizacji, znajomość organizacji zamawiającego z uwagi na wcześniejszą współpracę z nim, specjalizacja firmy w zamówieniach

niszowych pozwalająca zoptymalizować procesy i uczynić je bardziej efektywnymi.

5) Specyfika danego wykonawcy

Chodzi o przewagi mogące przejawiać się w:

- skróceniu łańcucha dostaw – np. gdy firma sprzedająca dane dobra jest jednocześnie ich producentem (oszczędności na marży);
- szybkim dostępem do gotowych rozwiązań (ustandaryzowanie produktu pozwalające odpowiedzieć na potrzeby zamawiającego szybciej i taniej niż w przypadku realizacji „od zera”);
- usprawnieniu procesów (innowacje, procedury wewnętrzne, lepsze zarządzanie);
- logistyce – np. korzystna lokalizacja magazynów, własna flota transportowa;
- umiejętnym zarządzaniu zamówieniami, np. oszczędności związane z efektem skali skutkujące niższą ceną jednostkową danego produktu w sytuacji, gdy firma uruchamia produkcję elementów przedmiotu zamówienia, ale ma więcej klientów na identyczny produkt niż samego organizatora przetargu.

Skuteczność wyjaśnień wykonawcy

Jak widać argumentów, których użyć można w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, jest naprawdę sporo. Należy wyraźnie podkreślić, że wykonawca powinien od samego początku użyć wszystkich argumentów, którymi dysponuje, a jednocześnie przedstawić dowody! Dlaczego? Ponieważ najczęściej będzie miał tylko jedną szansę na takie działanie. Więcej niż jednokrotne wzywianie wykonawcy do złożenia wyjaśnień to absolutny wyjątek mogący mieć miejsce wtedy, gdy złożone wyjaśnienia poskutkowały nowymi wątpliwościami zamawiającego.

Przykłady z Krajowej Izby Odwoławczej:

- Odnosząc się do kwestii dopuszczalności powtórnego wezwania do wyjaśnień Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy na podstawie

złożonych wyjaśnień powstają **dalejsze kwestie i nowe wątpliwości** do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny⁷.

- Kolejne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia do wykonawców może dotyczyć tylko bardziej szczegółowych informacji w poszczególnych fragmentach wyjaśnień (wyr. KIO z 15.01.2018 r., KIO 2598/17).*

W kontekście wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny należy także pamiętać o terminowości ich złożenia. Ustawodawca nie wskazuje tu żadnego konkretnego terminu. Decydujący głos ma więc w tym zakresie zamawiający, który wyznacza konkretny termin w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Nie może być on jednak za krótki w stosunku do skali wątpliwości zamawiającego. Musi być zawsze wystarczający dla przygotowania wyjaśnień i zgromadzenia dowodów. Kilka dni roboczych powinno być zatem absolutnym minimum.

Rzetelne, wyczerpujące, poparte dowodami wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny pozwalają w praktyce bardzo często obronić uczestnictwo danego wykonawcy w przetargu. Błędy w tym zakresie okazać mogą się bardziej dotkliwie, ponieważ skutkiem niezłożenia wyjaśnień lub nieprzekonania zamawiającego jest odrzucenie oferty. Warto więc podchodzić do tego tematu w sposób przemyślany i profesjonalny.

Damian Michalak

radca prawny, właściciel kancelarii prawnej pomagającej wykonawcom wygrywać przetargi, a zamawiającym dokonywać mądrych zakupów zgodnie z przepisami prawa. Swoim doświadczeniem dzieli się na licznych szkoleniach oraz na blogu „Wygraj w KIO”

1 Źródło: www.uzp.gov.pl (dostęp: 6.06.2020 r.).

2 Wyr. KIO 992/19.

3 Wyr. KIO 616/16.

4 Wyr. KIO 1984/19.

5 Wyr. KIO 1834/19.

6 Wyr. KIO 619/19.

7 Wyr. KIO 686/17.

Reklama w grach komputerowych

Jej rodzaje, regulacje prawne i przyszłość

Jarosław Jezierski

Historia wykorzystania gier komputerowych jako narzędzi reklamowych sięga lat 80. ubiegłego wieku. Jednym z pierwszych przykładów tego typu działań było przygotowanie przez Atari na zamówienie koncernu Coca-Cola w 1983 r. specjalnej wersji gry „Space Invaders”. Ta zmodyfikowana produkcja nosiła nazwę „Pepsi Invaders” i polegała, podobnie jak oryginał, na zestrzeleniu rzędu obiektów nieprzyjaciela, z tym że w reklamowej wersji gry wrogie statki obcych zostały zastąpione literami P-E-P-S-I, a główny statek wroga wyglądał jak logo firmy Pepsi, czyli głównego konkurenta Coca-Coli. Gra została wyprodukowana w 125 egzemplarzach i została rozdana pracownikom firmy Coca-Cola na konferencji sprzedażowej w Atlancie. W latach 80. pojawiło się jeszcze kilka podobnych produkcji, jednak reklamy w grach komputerowych nie podbiły ówczesnego rynku marketingowego. Powodem były przede wszystkim ograniczenia technologiczne. Grafika o niskiej rozdzielczości uniemożliwiała precyzyjne przedstawienie logo firmy czy wizerunku danego produktu, a prosta mechanika ograniczała zakres możliwych rozwiązań reklamowych¹. Jednakże dynamiczny postęp technologiczny w dziedzinie gier komputerowych, a także wzrost liczby graczy na świecie spowodowały, że rynek *gamingowy* stał się niezwykle atrakcyjny dla potencjalnych reklamodawców. Zgodnie z najnowszymi szacunkami wartość rynku reklam w grach komputerowych w 2020 r. wyniesie 3,2 mld dolarów. Prognozuje się, że wartość ta w 2027 r. wzrośnie do kwoty 6,4 mld dolarów².

Gry komputerowe, ze względu na charakterystykę tej formy rozrywki, stanowią znakomite podłoże dla działań marketingowych. Jedną z najważniejszych cech gier komputerowych w tej perspektywie jest to, że wymuszają one aktywność odbiorcy potencjalnej reklamy, czyli gracza. Musi on nie tylko odbierać i przetwarzać dane komunikowane przez aplikację, ale

również sam musi wprowadzać dane, używając do tego stosownego kontrolera (gamepada, myszki, klawiatury). Oznacza to, że gracz musi być skupiony i stale zaangażowany w to, co dzieje się na ekranie. Nie może, jak np. w przypadku reklam telewizyjnych, po prostu zmienić kanału. Ponadto gry komputerowe mają charakter przedstawienia, rozgrywają się w określonym uniwersum, w którym zostaje osadzony gracz. To sprawia, że użytkownik staje się elementem rozgrywki, utożsamia się z jej bohaterami i przedstawionymi wydarzeniami, co z kolei powoduje, że ma pozytywne nastawienie do prezentowanych mu treści, w tym do treści reklamowych.

Formy marketingu

Można wymienić kilka form wykorzystania gier komputerowych jako narzędzi reklamowych. W tym zakresie wyróżnia się przede wszystkim dwie podstawowe strategie: **advergaming** oraz **in-game advertising (IGA)**.

Advergaming to działanie polegające na tworzeniu „gier reklamowych”, czyli gier, których podstawowym celem jest promowanie produktu, usługi czy marki. Niekiedy gry reklamowe realizują również dodatkowe zadania, jak np. zbieranie fanów lub członków grup w serwisach społecznościowych, realizacja konkursów z nagrodami, zbieranie adresów e-mail graczy czy edukacja³. Gry reklamowe są produkcjami projektowanymi na zlecenie reklamodawców, z bezpośrednim zamiarem realizacji celu komercyjnego. *Advergames* są dystrybuowane obecnie przede wszystkim w internecie, w tym na portalach społecznościowych, aby umożliwić dostęp do nich jak najszerszemu gronu odbiorców.

Jednym z popularnych przykładów *advergame* na polskim rynku jest przygotowana przez Looksoft i AtomClick

gra „Serce i Rozum”. Gra została wydana w 2011 r. na wszystkie platformy mobilne, udostępniono ją również na Facebooku. W produkcji tej wykorzystano postaci Serca i Rozumu, które pojawiały się w rozpoznawalnej kampanii reklamowej operatora telekomunikacyjnego – Telekomunikacji Polskiej S.A. Gra, która była platformówką 2D, okazała się wielkim sukcesem⁴. Innym przykładem *advergamingu* może być wspomniana na wstępie gra „Pepsi Invaders”.

W niniejszej publikacji chciałbym skupić się na drugiej gałęzi *gamingowego* marketingu, czyli na **in-game advertising (IGA)**. Jest to działanie polegające na osadzaniu treści reklamowych w istniejącej, zazwyczaj oczywiście popularnej, grze komputerowej. Najczęściej wyróżnia się następujące rodzaje IGA: reklamę statyczną, reklamę dynamiczną oraz *product placement*⁵.

Przez **reklamę statyczną** rozumie się jednorazowo umieszczoną w grze reklamę danej marki, najczęściej w formie banneru, plakatu czy logo na ścianie budynku. Jest to najprostsza forma reklamy w grach komputerowych. Wadą reklamy statycznej jest to, że jest ona co do zasady umieszczana w momencie produkcji gry i nie może być modyfikowana lub aktualizowana w późniejszym czasie. Przykładem takiej reklamy może być umieszczenie logo firmy Adidas na bannerach reklamowych w grze „FIFA International Soccer” z 1994 r.⁶.

Dużo bardziej elastyczną formą reklamy jest **reklama dynamiczna**, która daje możliwość zmiany jej treści w późniejszym czasie, już po wydaniu gry. Reklama dynamiczna wykorzystuje do wyświetlania reklam zewnętrzny serwer (adserver) i posiada określone z góry formaty reklamowe. Z powyższych względów reklama dynamiczna do prawidłowego funkcjonowania wymaga posiadania przez gracza dostępu do internetu. Przedmiotowa forma reklamy staje się



coraz bardziej popularna, umożliwia bieżące zarządzanie kampanią reklamową poprzez określenie czasu jej trwania, zasięgu czy kategorii gier, w których zostanie zaimplementowana. Jednym z pierwszych przedsięwzięć w Polsce wykorzystujących reklamę dynamiczną była kampania marki BMW, promująca nowy model BMW serii 3. Kampania obejmowała takie gry jak „TrackMania Nations Forever”, „Test Drive Unlimited” czy „Colin McRae: DiRT”. Reklama promująca BMW serii 3 zamieszczona była m.in. na billboardach i barierkach otaczających tor wyścigowy.

Niezależnie od podziału reklamy na statyczną i dynamiczną w wielu publikacjach wyróżnia się jeszcze jeden rodzaj promowania marki w grach komputerowych, mianowicie **product placement** (lokowanie produktu)⁸. Zdaniem R. Szczęsnego jest to odrębny od reklamy statycznej czy dynamicznej rodzaj marketingu. Według tej teorii do *product placement* nie zalicza się umieszczenia logo marki w grze, np. na ścianie budynku, to domena reklamy statycznej⁹.

Zgodnie z ogólną definicją lokowania produktu zaproponowaną przez A. Czarneckiego „*product placement*

to sposób promocji polegający na umieszczeniu na zasadach komercyjnych w filmie, sztuce teatralnej, programie telewizyjnym czy też innym nośniku audiowizualnym lub drukowanym produktu lub sytuacji prezentującej określony wzór zachowań (najczęściej konsumenckich)”¹⁰. Prezentacja produktu ma zazwyczaj subtelny charakter i przeważnie jest ściśle związana z fabułą, dzięki czemu obecność produktów może mieć całkowicie naturalny, pozornie niepromocyjny charakter¹¹. Warto dodać, że lokowanie produktu zostało również zdefiniowane w polskim porządku prawnym, tj. w ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji – „lokowaniem produktu jest przekaz handlowy polegający na przedstawieniu lub nawiązaniu do towaru, usługi lub ich znaku towarowego w taki sposób, że stanowią one element samej audycji w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie, a także w postaci nieodpłatnego udostępnienia towaru lub usługi”.

Przenosząc ww. definicje na grunt gier komputerowych, można przyjąć, że *product placement* polega na przedstawieniu lub nawiązaniu do towaru, usługi lub ich znaku towarowego w taki

sposób, że stanowią one element samej gry, są częścią uniwersum. Lokowanie produktu od tradycyjnej reklamy różni się subtelną formą, brakiem bezpośredniej perswazji.

Wyróżnienie zatem *product placement* jako odrębny rodzaj IGA, pozostający w stosunku wykluczania się z reklamą statyczną czy dynamiczną, jest moim zdaniem niewłaściwe. Tłumacząc odrębność *product placement* i reklamy statycznej, wyjaśnia się, że różnica między tymi formami objawia się w interakcji na linii marka – gracz. Coś, co możemy użyć, wykorzystać lub dotknąć w grze, to *product placement*, a coś co jedynie możemy zobaczyć to reklama statyczna. Przykładowo zgodnie z powyższą teorią lokowaniem produktu będzie umieszczenie elektrycznego modelu Renault Twizy Z.E. w świecie gry „The Sims 3”, natomiast reklamą statyczną logo Adidas na bannerach reklamowych wokół boiska piłkarskiego w grze „FIFA”¹².

Jak wspominałem, uważam, że takie rozróżnienie jest mylące, jako sprzeczne z ogólnym pojęciem lokowania produktu. W tej perspektywie nie ma bowiem znaczenia czy logo znajduje się na bannerze wokół boiska, czy produkt



jest używany przez bohatera rozgrywki. Podobnie, jako lokowanie produktu, będzie traktowane np. umieszczenie w rozgrywce budynku z logo McDonald's, mimo że gracz nie będzie wchodził w interakcję z tym elementem scenarii. Zarówno banner reklamowy, budynek, jak i atrybut danej postaci stanowią elementy gry, nie są obcym ciałem. Dlatego moim zdaniem, mając na względzie ogólne rozumienie lokowania produktu, **w zasadzie cała strategia in-game advertising może być postrzegana jako rodzaj product placement**. Problematyczny może być jedynie poziom perswazji i subtelności stosowanych zabiegów marketingowych. W niektórych produkcjach zamieszczone na billboardach reklamy są tak dobitne i niespójne z otoczeniem, choćby pod względem graficznym, że trudno w tych przypadkach mówić o charakterystycznej dla lokowania produktu braku bezpośredniej perswazji. Takie sytuacje trzeba by jednak traktować jako wyjątki, na podobnej zasadzie jak np. zamieszczenie w trakcie rozgrywki przerywnika filmowego z określoną treścią reklamową.

Natomiast wspomniane powyżej działania marketingowe polegające na tym, że gracz wykorzystuje dany obiekt reklamowy w rozgrywce, wchodzi z nim w interakcję, można by nazwać **interaktywnym product placement'em**¹³. Jest to z pewnością jedna z ciekawszych form marketingu *gamingowego*.

Jako przykłady można wskazać następujące przedsięwzięcia:

- w grze z serii „Tom Clancy’s Splinter Cell” główny bohater korzysta z telefonu marki Sony Ericsson, aby wykonać przypisaną misję;
- większość gier o tematyce wyścigowej, w których pojawiają się modele samochodów znanych marek;
- w grze „FIFA 21”, w trybie Volta, czyli ulicznej wersji piłki nożnej, można spersonalizować swoich zawodników, zdobywając dla nich istniejące w rzeczywistości ubrania znanych producentów, np. Adidas;
- w grze „Need For Speed: Most Wanted” gracz używa oleju samochodowego Castrol Syntec.

In-game advertising a prawo

Zasady stosowania reklamy w Polsce są uregulowane przepisami w różnych aktach prawnych. Są to przede wszystkim następujące ustawy:

- ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 805),
- ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1914),

- ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2277 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2182 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 944 z późn. zm.),
- ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 847 z późn. zm.).

Część z tych aktów prawnych niewątpliwie znajdzie zastosowanie również do IGA. Będą to choćby przepisy wprowadzające obostrzenia w zakresie reklamowania pewnych towarów i usług, np. alkoholu, tytoniu, leków i gier hazardowych.

Z kolei gier komputerowych z pewnością nie będą dotyczyć regulacje zawarte w ustawie Prawo prasowe.

Istnieją natomiast pewne wątpliwości w zakresie stosowania do IGA przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o radiofonii i telewizji – w perspektywie lokowania produktu. Jeśli zaś przyjmiemy, że co do zasady każda treść reklamowa umieszczona w grze komputerowej będzie traktowana jako





lokowanie produktu w rozumieniu prawnym, to owe wątpliwości mogą mieć doniosłe znaczenie dla praktyki.

Zgodnie z przepisami ustawy o radiofonii i telewizji lokowanie produktu jest co do zasady zakazane. Wyjątki w tym zakresie określa art. 17a ustawy, który wymaga m.in. oznaczenia audycji znakiem graficznym (w programach telewizyjnych) bądź sygnałem dźwiękowym (w programach radiowych) informujących o fakcie lokowania produktu, na początku, na końcu oraz w momencie wznowienia po przerwie na reklamę lub telesprzedaż. Zgodnie jednak z art. 1a ust. 1 przedmiotową ustawę stosuje się jedynie do dostawców usług medialnych. Mając zaś na względzie ustawową definicję „usługi medialnej”, przepisów tych nie będziemy stosować do gier komputerowych.

Warto dodać, że cytowane powyżej przepisy ustawy o radiofonii i telewizji stanowią implementację dyrektywy 2010/13/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (Dz. Urz. UE. L. z 2010 r. Nr 95, s. 1). Dyrektywa ta została zmieniona w 2018 r.¹⁴, co wymusiło podjęcie prac legislacyjnych w celu znowelizowania ustawy o radiofonii i telewizji. Jedną ze zmian wprowadzonych w dyrektywie w 2018 r. jest odejście od generalnego zakazu lokowania produktu i wprowadzenie dopuszczalności lokowania produktu jako zasady, od której przewidziane są wyjątki. Ponadto rozszerzono zakres stosowania dyrektywy, obejmując przepisami również dostawców platform udostępniania wideo. W dalszym ciągu jednak ani regulacje dyrektywy, ani ustawy o radiofonii i telewizji, nie będą dotyczyć lokowania produktu w grach komputerowych.

Nie oznacza to jednak, że treści marketingowe można zamieszczać w grach komputerowych w sposób dowolny. Istotne ograniczenia w tym zakresie zawiera ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 16 ustawy zabronione jest stosowanie m.in. reklamy sprzecznej z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiającej godności człowieka, reklamy wprowadzającej

klienta w błąd czy reklamy odwołującej się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci, a także **wypowiedzi, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji (tzw. reklama ukryta)**. Przejawem stosowania reklamy ukrytej może stać się właśnie lokowanie produktu. Mając bowiem na względzie, że lokowanie odbywa się pozornie przypadkiem, odbiorca przekazu nie wie, że przekaz posiada cechy reklamy produktu w nim lokowanego, a zatem jest szczególnie narażony na jego wpływ w obszarze sfery decyzyjnej. Lokowanie produktu jest dopuszczalne, jeśli nie stanowi nieuczciwego wpływu na decyzje rynkowe. Dlatego lokowanie produktu będzie dopuszczalne w szczególności wtedy, gdy odbiorca przekazu zostanie poinformowany o jego reklamowym charakterze¹⁵.

Spojrzenie w przyszłość

Rozwijający się rynek gier komputerowych stanowi wielki potencjał marketingowy, co jest coraz częściej dostrzegane i wykorzystywane przez reklamodawców. Jedną z przyczyn wzrastającej popularności tej formy marketingu jest postępująca wśród konsumentów awersja do klasycznych form reklamy – w telewizji, radio czy prasie. Jak już wspominałem, ogromną przewagą marketingu w grach komputerowych jest przewaga psychologiczna, polegająca na tym, że potencjalny odbiorca reklamy ma pozytywne nastawienie do treści marketingowych prezentowanych mu na ekranie, traktuje je jako element rozrywki, przez co treści te są przez gracza przyswajane „bezboleśnie”. Natomiast problemem, który może przybrać na sile w niedalekiej przyszłości, jest postępująca natrzyłość treści reklamowych w grach komputerowych. Z jednej strony jest to zrozumiałe. Jak pokazują bowiem prowadzone badania, lepiej zapamiętywane przez graczy są produkty, które zostały osadzone w grze w sposób bardziej widoczny. Co więcej bardziej zapadają w pamięć te produkty, które są niezgodne z wątkiem gry. Z drugiej jednak strony, jak nietrudno się domyślić, jeżeli wykorzystanie marki w grze

jest nadużywane lub jej rola nie pasuje do fabuły gry, może to powodować u graczy uczucie irytacji i tym samym niechęć do treści reklamowych i w konsekwencji do danej marki¹⁶. W związku z powyższym, dla dobra wszystkich, działania reklamowe w grach komputerowych powinny być prowadzone w sposób wyważony, uwzględniający nie tylko interes finansowy reklamodawców, ale również dobro graczy.

Jarosław Jezierski

adwokat, specjalizuje się w prawie własności intelektualnej oraz prawie ochrony danych osobowych. Współwłaściciel kancelarii CleverLaw – Świerczek Jezierski Kancelaria Prawna. Współautor bloga sjezerski.pl, traktującego o IT – zarówno w ujęciu technicznym, jak i prawnym

- 1 D. Gałuszka, Nowy wymiar reklamy – in-game advertising oraz advergaming, „Kultura i Historia” 2016, nr 29, s. 36–37.
- 2 Global In-Game Advertising Industry 2020, https://www.reportlinker.com/p05818133/Global-In-Game-Advertising-Industry.html?utm_source=GNW
- 3 J. Jankowski, Rozwój advergamingu i gier w marketingu, Raport game industry trends 2012, s. 44.
- 4 Zob. <https://www.benchmark.pl/aktualnosci/serce-i-rozum-pobierz-najpopularniejsza-gre-na-smartfony-i-tablety-download.html>.
- 5 Zob. R. Szczęsny, In-game ads, czyli reklama w grach, Raport game industry trends 2012, s. 48.
- 6 Ibidem, s. 48–49.
- 7 Ibidem, s. 49–50.
- 8 Tak np. R. Szczęsny, op.cit., s. 48.
- 9 Ibidem.
- 10 A. Czarniecki, Product placement. Niekonwencjonalny sposób promocji, Warszawa 2003, s. 22.
- 11 Ibidem, s. 21.
- 12 R. Szczęsny, op.cit., s. 48–49.
- 13 Tak też D. Gałuszka, op. cit., s. 36.
- 14 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z dnia 14 listopada 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku (Dz. Urz. UE. L. z 2018 r. Nr 303, s. 69).
- 15 M. Sieradzka [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, red. M. Zdyb, Warszawa 2016, art. 16.
- 16 M. Lee, R.J. Faber, Effects of Product Placement in On-Line Games on Brand Memory: A Perspective of the Limited-Capacity Model of Attention, Journal of Advertising 36(4) 2007, s. 75–90, za: M. Hofman-Kohlmeyer, Komunikacja marketingowa w grach komputerowych – współczesne kierunki badań, Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach 2017, nr 328, s. 75–76.



Wtórny obrót utworami cyfrowymi, część II

O zasadach odsprzedaży używanych e-booków i programów komputerowych

Marta Czeladzka

W pierwszej części artykułu, opublikowanej w poprzednim numerze Biuletynu, omówiona została definicja instytucji wyczerpania majątkowych praw autorskich, jak również jej istniejąca regulacja prawna. Wskazano także problemy, jakie napotyka stosowanie klasycznie rozumianej zasady wyczerpania do rzeczywistości cyfrowej. W niniejszym tekście przedstawiono najważniejsze orzeczenia odnoszące się do problematyki wyczerpania prawa autorskiego w kontekście utworów rozpowszechnianych w formie cyfrowej (tj. bez materialnego nośnika), jak również wynikające z tych wyroków wnioski dla praktyki obrotu.

Wyrok w sprawie UsedSoft¹ – wyłom w klasycznie rozumianej zasadzie wyczerpania

Pierwszą kategorią utworów, w odniesieniu do których sądy miały okazję zbadać kwestie dotyczące obrotu beznośnikowego w internecie, były programy komputerowe. Na początku XXI stulecia, zwłaszcza w Niemczech i Austrii, zaczął się intensywnie rozwijać rynek podmiotów zajmujących się odsprzedażą oprogramowania (tzw. *secondhand software* bądź *used software*). W okresie, o którym mowa, standardem w działalności każdego przedsiębiorstwa było, że podmioty te dla płynnego realizowania swoich procesów gospodarczych zaczęły nabywać niezbędne im oprogramowanie komputerowe od jego producentów. Początkowo oprogramowanie komputerowe było dystrybuowane na fizycznych nośnikach, takich jak płyty CD bądź DVD, jednak bardzo szybko producenci zaczęli oferować możliwość pobierania oprogramowania z internetu, ewentualnie udostępniali jedną kopię oprogramowania (tzw. *master copy*), które następnie mogło być zainstalowane

na uzgodnionej liczbie komputerów w ramach przedsiębiorstwa. Czasem w toku prowadzonej działalności gospodarczej z różnych powodów, takich jak cięcia zatrudnienia czy likwidacja działów w firmie, okazywało się, że przedsiębiorca nie potrzebuje tylu licencji, ile zakupił bądź też w ogóle nie potrzebuje już nabytego oprogramowania. Z tego powodu pierwszy nabywca oprogramowania był zainteresowany jego sprzedażą. W tym też dostrzeżono możliwość rozwinięcia nowego modelu biznesowego na rynku oprogramowania. Pojawiły się firmy, które zajęły się pośrednictwem w sprzedaży „używanego” oprogramowania, rzecz jasna po obniżonych w stosunku do wyjściowej cenach. W związku z tym, że często oprogramowanie nie było udostępniane pierwszemu nabywcy w formie fizycznego nośnika, także drugi nabywca nie otrzymywał go w takiej formie. Jeśli drugi nabywca był już w posiadaniu licencji od producenta, instalował kolejne licencje z *master copy* udostępnionej mu przez producenta przy pierwotnej transakcji albo pobierał kopie oprogramowania z internetu. Jednocześnie producenci oprogramowania w umowach licencyjnych oferowanych użytkownikom końcowym (czyli wspomnianych wcześniej *End User License Agreement*, EULA) bardzo często zastrzegali, że odsprzedaż oprogramowania jest zabroniona.

Jedną z firm, która rozwinęła na szeroką skalę działalność polegającą na pośrednictwie w sprzedaży oprogramowania, była niemiecka spółka UsedSoft. Oferowała ona m.in. używane licencje na korzystanie z programów komputerowych amerykańskiej firmy Oracle. UsedSoft wskazywała przy tym, iż wszystkie licencje są aktualne w tym sensie, że umowa serwisowania zawarta z Oracle przez licencjodawcę początkowego nadal wywołuje skutki prawne oraz że legalność pierwszej umowy sprzedaży jest potwierdzana poświadczaniem notarialnym. Klienci UsedSoft,

którzy nie byli posiadaczami danego programu komputerowego Oracle, mogli pobierać go, po nabyciu używanej licencji, bezpośrednio ze strony internetowej Oracle. Natomiast klienci, którzy byli już posiadaczami tego programu komputerowego i którzy tylko dokupowali licencje dla dodatkowych użytkowników, byli nakłaniani przez UsedSoft do skopiowania programu komputerowego do pamięci głównej komputerów tych użytkowników. W 2007 roku Oracle wytoczyła przed sądem w Monachium powództwo mające na celu nakazanie UsedSoft zaprzestania wyżej opisanych praktyk. Pozwana spółka broniła się, argumentując, że pobieranie z internetu programów komputerowych Oracle przez osobę, której miejsce pobytu znajduje się na terytorium Unii, prowadzi do wspólnotowego wyczerpania prawa dystrybucji tych programów na podstawie art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24/WE (tzw. dyrektywa komputerowa)².

Trybunał Sprawiedliwości UE, oceniając działalność pośrednictwa w obrocie „używanymi” licencjami, wskazał, że w tekście dyrektywy komputerowej brak jest odesłania do prawa krajowego w odniesieniu do znaczenia, jakie należy przyjąć dla znajdującego się w art. 4 ust. 2 tej dyrektywy pojęcia „sprzedaż”. Wynika stąd zatem, że dla celów stosowania dyrektywy 2009/24/WE należy je uznać jako autonomiczne pojęcie prawa Unii, które należy interpretować na jej terytorium w sposób jednolity. W konsekwencji Trybunał uznał, że jeśli umowa umożliwiająca pobranie programu komputerowego na własny nośnik z internetu, a następnie korzystanie z niego przez czas nieoznaczony w zamian za jednorazową opłatę licencyjną, wywołuje ten sam efekt gospodarczy, co sprzedaż odnosząca się do nośnika materialnego, na którym utrwalono program komputerowy, to transakcja taka powinna zostać uznana za sprzedaż w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy komputerowej. To z kolei umożliwiło



Trybunałowi sformułowanie wniosku, że prawo do rozpowszechniania kopii programu komputerowego zostaje wyczerpane, jeśli podmiot praw autorskich, który zezwolił, choćby i nieodpłatnie, na pobranie tej kopii z internetu na nośnik danych, również przyznał, w zamian za zapłatę ceny mającej umożliwić mu uzyskanie wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii dzieła, którego jest on właścicielem, prawo do nieograniczonego w czasie korzystania z tej kopii. Warunkiem zaistnienia skutku wyczerpania miało być według Trybunału dezaktywowanie (odinstalowanie) przez pierwszego nabywcę programu komputerowego jego kopii w momencie odsprzedaży. Co prawda Trybunał dostrzegł, że sprawdzenie tego może się okazać w praktyce utrudnione, jednak jego zdaniem ten sam problem dotyczy rozpowszechniania programu komputerowego na płycie CD czy DVD, ponieważ pierwszy nabywca tego programu, zanim dokonał odsprzedaży nośnika, mógł także wykonać jego kopię.

Oceniając wyrok TSUE w sprawie UsedSoft należy mieć na uwadze, że jego skutki prawne ograniczają się do programów komputerowych jako utworów podlegających odrębnej regulacji prawnej (tj. dyrektywie 2009/24/WE). Nawet jednak przy tym zastrzeżeniu orzeczenie to jest uznawane za jedno z najbardziej przełomowych, a jednocześnie

najbardziej kontrowersyjnych. Trudno bowiem oprzeć się wrażeniu, że wyrok w sprawie UsedSoft – choć celowościowo i gospodarczo pewnie słuszny – w istocie stanowi przykład tworzonego przez sędziów prawa, które dostarcza teoretycznych podstaw, nieistniejących w aktach prawnych, dla osiągnięcia rezultatu pożądanego ze względów gospodarczych i politycznych.

Wyrok w sprawie UsedSoft a inne kategorie utworów

Spór dotyczący odsprzedaży niematerialnych kopii utworów rozpowszechnianych w drodze cyfrowej, jaki został zapoczątkowany sprawą UsedSoft, wykroczył następnie daleko poza obszar, którego dotyczył. Pomimo tego że TSUE wyraźnie ograniczył skutek wyroku w sprawie UsedSoft do oprogramowania komputerowego, niektóre europejskie sądy miały okazję odnieść sformułowaną w tym orzeczeniu doktrynę wyczerpania cyfrowego do tradycyjnie rozumianych kategorii utworów, które są objęte zakresem zastosowania wyłączenie dyrektywy *InfoSoc*.

W szczególności niemiecki Sąd Najwyższy (BGH) zmierzył się z problemem odsprzedaży gier komputerowych,

w sporze dotyczącym gry *Half Life 2*. W tej sprawie niemiecka organizacja zajmująca się obroną praw konsumentów Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV) pozwała producenta gry, czyli amerykańską firmę Valve Corporation. Spór dotyczył odsprzedaży na terenie Niemiec egzemplarzy gry *Half Life 2* na płytach DVD. Korzystanie z gry wymagało założenia konta użytkownika. Mogło być ono otwarte tylko raz i, zgodnie z postanowieniami EULA, nie mogło być przeniesione na inną osobę. BGH musiał rozstrzygnąć, czy takie ograniczenie było zgodne z zasadą wyczerpania praw autorskich. VZBV argumentowała, że skoro prawo autorskie, poprzez doktrynę wyczerpania, zezwala na dokonanie odsprzedaży gry komputerowej znajdującej się na nośniku DVD, to standardowa klauzula kontraktowa zakazująca przeniesienia konta na innego użytkownika, co jest konieczne do korzystania z gry, jako stawiająca konsumenta w skrajnie niekorzystnej sytuacji, powinna zostać uznana za sprzeczną z prawem konsumenckim. Jednak BGH oddalił powództwo. Niemiecki sąd dokonał rozróżnienia pomiędzy płytą DVD a kontem użytkownika i uznał, że klauzula ograniczająca możliwość przeniesienia konta użytkownika była zgodna z prawem, gdyż nie dotyczyła materialnego nośnika, na którym utrwalony był utwór (gra komputerowa). Nośnik ten mógł być bowiem bez





przeszkód zbywany przez właściciela, wobec czego zdaniem BGH zasada wyczerpania pozostała nienaruszona.

W innej ze spraw ta sama organizacja VZBV pozwała przed sąd w Bielefeld księgarnię internetową, oferującą e-booki i audiobooki do pobrania za pośrednictwem internetu, zarzucając sklepowi niezgodność z prawem konsumenckim klauzul, jakie znajdowały się w regulaminie pozwanej księgarni. Zgodnie z treścią regulaminu księgarni użytkownik, który dokonywał pobrania e-booka bądź audiobooka za jej pośrednictwem, nabywał jedynie prawo korzystania z tego produktu, ograniczone do prywatnego użytku i nieprzenoszalne.

Użytkownik nie mógł kopiować e-booka bądź audiobooka, udostępniać publicznie jego treści, przekazywać komukolwiek w jakikolwiek sposób, odsprzedać go bądź korzystać z niego w sposób komercyjny. VZBV argumentowała, że zakaz odsprzedaży e-booka bądź audiobooka jest sprzeczny z decyzją TSUE w sprawie UsedSoft. Sąd w Bielefeld oddalił powództwo VZBV, uznając, iż rozszerzenie zasady wyczerpania na inne niż programy komputerowe utwory nie jest możliwe, ponieważ konkluzje wyroku TSUE w sprawie UsedSoft dotyczą jedynie oprogramowania komputerowego. Sąd potwierdził, że aby można było mówić o wyczerpaniu prawa, utwór musi być ucieleśniony w materialnym nośniku, zaś wyczerpaniu podlegać może jedynie prawo dystrybucji utworu. Tymczasem w przypadku rozpowszechniania utworów online mamy do czynienia z publicznym udostępnianiem utworu, a nie z jego dystrybucją³.

Do podobnych wniosków dochodzą także sądy w USA. Najbardziej znaną sprawą, dotyczącą kwestii wyczerpania prawa (zwanej tam doktryną *first sale* – pierwszej sprzedaży), była sprawa *Capitol Records LLC przeciwko ReDigi Inc.*⁴. Jej przedmiotem była ocena prawna muzycznej usługi internetowej działającej na zasadzie *second-hand*, umożliwiającej użytkownikom, którzy wcześniej legalnie nabyli pliki muzyczne za pośrednictwem platformy iTunes firmy Apple Inc., odsprzedaż niechcianej dłuższej muzyki oraz nabycie używanych plików muzycznych od innych użytkowników, po odpowiednio obniżonych cenach w stosunku do ceny pierwotnej. W tym

przypadku sąd w Nowym Jorku przychylił się do argumentów powodowej spółki Capitol Records i uznał, że doktryna pierwszej sprzedaży jest ograniczona jedynie do prawa dystrybucji utworu, tymczasem na skutek działalności spółki ReDigi dochodzi także do zwielokrotniania utworów, do których prawa autorskie przysługują wytwórni Capitol Records. Choćby z tego względu doktryna *first sale* nie może zatem znaleźć w rozpatrywanej sprawie zastosowania. Ponadto doktryna pierwszej sprzedaży ograniczona jest do materialnych nośników utworu, tymczasem za pośrednictwem serwisu ReDigi nie dochodzi do dystrybucji takich nośników. To, co jest „dystrybuowane”, to zapisy na serwerze ReDigi oraz na dyskach twardych użytkowników reprezentujące podlegające transakcji nagrania muzyczne. W opinii nowojorskiego sądu doktryna pierwszej sprzedaży nie znajduje zastosowania do takich nowoczesnych technologicznie sposobów dystrybucji utworów. Sąd zwrócił uwagę, że doktryna pierwszej sprzedaży została wprowadzona do amerykańskiego prawa w czasach, kiedy obecna łatwość i szybkość transferu chronionych treści były nie do wyobrażenia, stąd aktualnie wskazane byłoby rozważenie przez Kongres dokonania odpowiednich zmian legislacyjnych w zakresie *first sale doctrine*.

Zupełnie odmiennym rozstrzygnięciem zakończył się z kolei spór pomiędzy francuską organizacją konsumencką UFC-Que Choisir a Valve Corporation, którego przedmiotem była kwestia, czy użytkownicy platformy gamingowej Steam mogą odsprzedać gry wideo zakupione online. Francuski sąd przyjął, że zasada wyczerpania jest przewidziana zarówno w dyrektywie 2009/24/WE, jak i w dyrektywie InfoSoc, stąd instytucja ta powinna mieć zastosowanie zarówno do utworów w tradycyjnej postaci, jak i utworów cyfrowych. Ponadto zdaniem sądu, choć Valve świadczy usługę w modelu subskrypcyjnym, w rzeczywistości sposób działania platformy przypomina sprzedaż, bowiem nabywca gry w zamian za jednorazową opłatę, płatną z góry, uzyskuje dostęp do gry na czas nieoznaczony.

Na marginesie warto w tym miejscu odnotować także wyrok łódzkiego Sądu Apelacyjnego, w którym pokusił się on o stwierdzenie, że pod pojęciem

„egzemplarza” utworu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych należy rozumieć nie tylko materialne (fizyczne) kopie utworu, lecz również egzemplarze udostępniane publicznie w postaci elektronicznej (np. w sieci komputerowej)⁵. Wyrok nie dotyczył bezpośrednio kwestii wyczerpania majątkowych praw autorskich, jednak można w nim było dostrzegać potencjalną otwartość polskiego sądu na ewentualne szersze zastosowanie doktryny wyczerpania prawa.

Dlaczego jednak nie mogę odsprzedać e-booka?

Kwestię zastosowania wyczerpania prawa do utworów cyfrowych innych niż programy komputerowe – jak się wydaje – jednoznacznie rozstrzygnął Trybunał Sprawiedliwości UE w niedawnym wyroku w sprawie C-263/18 Tom Kabinet⁶. Okoliczności faktyczne tej sprawy były następujące. Serwis Tom Kabinet został uruchomiony w czerwcu 2014 r. przez holenderski start-up Tom Kabinet Internet BV jako platforma, za pomocą której użytkownicy mogli dokonywać sprzedaży oraz nabywać używane, pozabawione zabezpieczeń DRM, e-booki. Tom Kabinet nie prowadził bezpośredniej sprzedaży e-booków, umożliwiał jedynie dokonywanie transakcji pomiędzy użytkownikami. Przyjęta przez twórców serwisu metoda działania opierała się na zaufaniu do użytkowników – sprzedawcy byli proszeni o złożenie oświadczenia, że podlegające sprzedaży e-booki zostały nabyte legalnie. Oświadczenie to nie było w żaden sposób weryfikowane. Podobnie twórcy serwisu pozostawiali w zaufaniu, że użytkownik dokonujący sprzedaży e-booka usunął kopię sprzedawanego utworu ze swojego komputera. Jedynym zastosowanym środkiem kontroli był unikalny kod nadawany każdemu załadowanemu na stronę e-bookowi, dzięki któremu stawał się on identyfikowalny i niemożliwe było załadowanie pliku do serwisu po raz drugi. Zaledwie w tydzień po uruchomieniu serwisu holenderskie stowarzyszenie wydawców Groep Algemene Uitgevers (GAU) oraz Nederlands Uitgeversverbond (NUV) skierowały do spółki Tom Kabinet Internet BV wezwanie do zaprzestania





naruszeń praw autorskich reprezentowanych przez te stowarzyszenia wydawców, a następnie powództwo do sądu w Amsterdamie z żądaniem nakazania spółce zamknięcia serwisu. Sąd jednak oddalił pozew, zakazując jedynie Tom Kabinet oferowania usług online pozwalających na sprzedaż książek elektronicznych pobranych nielegalnie. W konsekwencji orzeczenia sądu apelacyjnego spółka Tom Kabinet zdecydowała się zmienić zasady działania swojego serwisu. Platforma Tom Kabinet stała się platformą Toms Leesclub (klubem czytelnictwa). W ramach nowego modelu Tom Kabinet nie był już pośrednikiem internetowym, ale stał się księgarnią internetową, oferującą w sprzedaży używane e-booki zaufanemu kręgowi odbiorców. E-booki dostępne w serwisie Tom Kabinet pochodziły albo z puli utworów zakupionych przez Tom Kabinet od wydawców (tzw. zakup *first hand* – na rynku pierwotnym), które następnie były oferowane jako towary z drugiej ręki, albo od członków klubu Toms Leesclub (Tom's Reading Club), przekazujących serwisowi e-booki w drodze darowizny. Członkowie klubu chcący dokonać darowizny e-booka, musieli wypełnić formularz dostępny na stronach serwisu Tom Kabinet, wskazując link do strony wydawcy, z której pobrali zakupionego e-booka. Ponadto byli oni zobowiązani usunąć kopię e-booka ze swoich urządzeń. Następnie system dokonywał pobrania e-booka ze wskazanej strony wydawcy, opatrując go unikalnym kodem pozwalającym na identyfikację pliku. Wszystkie „używane” e-booki były dodawane do katalogu i mogły być zakupione przez członków klubu po cenie 2 euro. Nabywca e-booka za pośrednictwem serwisu Tom Kabinet mógł go następnie odsprzedać na powrót serwisowi, otrzymując za tę operację

odpowiednią ilość punktów (*credits*). Powyższa zmiana modelu biznesowego nie przekonała jednak stowarzyszeń GAU oraz NUV co do tego, że działalność serwisu nie powoduje dłuższej naruszeń praw autorskich przysługujących wydawcom. Wobec powyższego stowarzyszenia wystąpiły ponownie z powództwem sądowym przeciwko spółce Tom Kabinet Internet BV. GAU oraz NUV argumentowały, że po pierwsze, w serwisie Tom Kabinet dochodzi do aktów publicznego udostępniania utworów w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy InfoSoc, bez zgody podmiotów, którym przysługują prawa autorskie do e-booków; po drugie, zdaniem stowarzyszeń, działalność serwisu Tom Kabinet prowadzi do nieuprawnionego zwielokrotniania utworów, co stanowi naruszenie art. 2 dyrektywy 2001/29/WE – po dokonaniu sprzedaży i pobraniu e-booka przez nabywcę, jego kopia nadal pozostawała dostępna na serwerach spółki. Dodatkowo GAU oraz NUV twierdziły, że nawet, gdyby uznać, że Tom Kabinet w istocie oferuje usługę streamingową, taki sposób udostępniania utworów należałoby także uznać za niedopuszczalny ze względu na to, że zasada wyczerpania praw autorskich nie znajduje zastosowania do rozpowszechniania utworów w drodze świadczenia usług.

Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygając spór przychylił się do stanowiska stowarzyszeń wydawców. TSUE orzekł, że zrównanie materialnych i niematerialnych kopii chronionych utworów nie było zamiarem prawodawcy unijnego, bowiem z prac przygotowawczych do tej dyrektywy wynika wola wyraźnego rozróżnienia rozpowszechniania elektronicznego (art. 3 dyrektywy 2001/29/WE) i rozpowszechniania materialnego chronionych treści (art. 4 dyrektywy

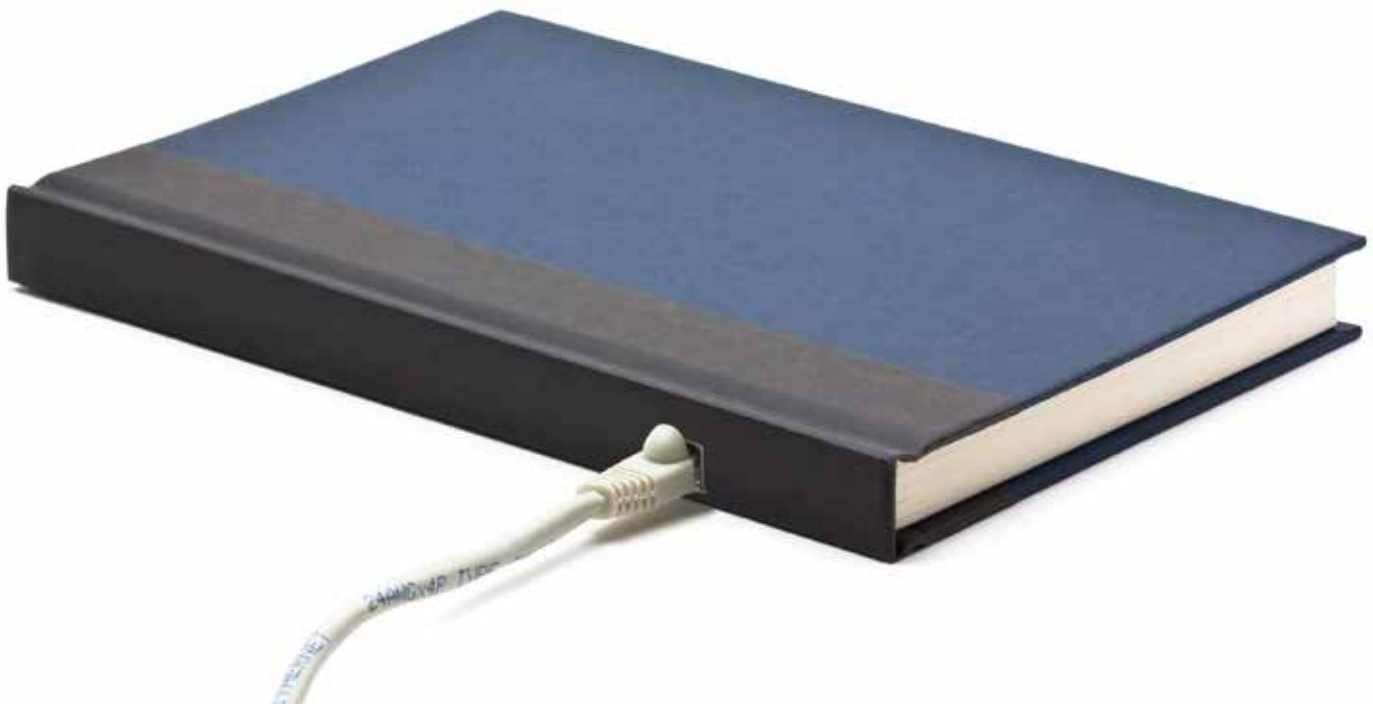
2001/29/WE). W ocenie Trybunału, skoro e-book nie jest egzemplarzem utworu w rozumieniu art. 4 dyrektywy InfoSoc, to udostępnienie publiczności e-booka i umożliwienie jego pobrania nie mieści się w pojęciu rozpowszechniania utworu, ale stanowi publiczne udostępnianie, a dokładniej podanie do publicznej wiadomości utworu w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie, w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE. Wobec powyższego dalszy, wtórny obrót e-bookami wymaga zgody uprawnionego (twórcy, wydawcy), bowiem publiczne udostępnianie utworu w rozumieniu art. 3 dyrektywy InfoSoc wyklucza stosowanie instytucji wyczerpania prawa.

W konsekwencji zapadłego orzeczenia w lutym 2020 r. spółka Tom Kabinet zdecydowała się na zamknięcie swojej działalności – zgodnie z oświadczeniem przedstawicieli spółki znajdującym się na stronie internetowej, na której kiedyś znajdował się serwis Tom Kabinet, brzmiącym nieco jak podsumowanie rozważań zawartych w niniejszym artykule, wiele wyzwań w świecie e-booków pozostaje nierozwiązanych, a im samym nie udało się stworzyć akceptowalnego w świetle istniejącego stanu prawnego systemu odsprzedaży e-booków⁷.

Czy wyczerpanie prawa jest jeszcze w ogóle potrzebne?

Wbrew oczekiwaniom dużej części komentatorów, że Trybunał Sprawiedliwości UE będzie kontynuował swoją prawotwórczą postawę zaprezentowaną w wyroku *UsedSoft* i orzeknie,





że zasada wyczerpania praw autorskich powinna być stosowana do nabywania na rynku wtórnym e-booków, Trybunał wydając orzeczenie w sprawie Tom Kabinet niejako zszedł z wcześniejszej „rewolucyjnej drogi”. Z punktu widzenia prawnego trudno jednak kwestionować to rozstrzygnięcie – stan prawny jest, jaki jest, a dyrektywa InfoSoc nie daje raczej podstaw do polemiki z poglądami TSUE wyrażonymi w wyroku Tom Kabinet. Z drugiej jednak strony skutkiem orzeczeń UsedSoft i Tom Kabinet jest to, że prawa autorskie do dokładnie tych samych treści różnią się w zależności od tego, jak treści te są wydane. Kupując egzemplarz papierowy, możemy go odsprzedać, kupując egzemplarz cyfrowy – już nie. Z punktu widzenia pewności, ale także pewnej logiki obrotu, nie jest sytuacją pożądaną ani zrozumiałą, że ten sam konsument, gdy kupuje książkę w księgarni, staje się jej właścicielem, natomiast kupując e-booka w internecie, staje się tylko licencjobiorcą.

Niektórzy komentatorzy zaczynają co prawda wyrażać przekonanie, że powyższy problem w zasadzie się dezaktualizuje – wszak świat zmienia coraz bardziej w kierunku dalszej

dematerializacji utworów i zamienia tradycyjny model dystrybucji treści prawnoautorskich na model usługowy (*streaming, cloud computing* itd.). Wydaje się jednak, że o ile nikt nie kwestionuje, iż możliwość korzystania przez użytkowników z treści udostępnianych w modelach strumieniowych jest przez nich wysoce pożądana, gdyż cechują się one pewnymi zaletami, których nie sposób przypisać tradycyjnie posiadanym dobrom, o tyle trudno dziś byłoby w sposób jednoznaczny i z pełnym przekonaniem stwierdzić, że nastąpiła zasadnicza zmiana zachowań konsumenckich polegająca na tym, że w przypadku dokonywania zakupów konsument nie oczekuje pełnej kontroli nad dobrem, które nabywa. Własność jest jednym z podstawowych praw człowieka i nie ma powodu sądzić, że instytucja ta przestała mieć znaczenie tylko dlatego, że doszło do kolejnej w historii rewolucji technologicznej. Należy więc raczej sądzić, że w świecie cyfrowej rewolucji przychodzi czas na kolejne przekształcenie czy też dodanie nowego wymiaru pojęciu własności – „własności cyfrowej”, a nie jego całkowite wyrugowanie z obrotu prawnego. Wydaje się, że w tym zakresie konieczna jest jednak interwencja ustawodawcy,

gdyż z uwagi na doniosłość społeczną i gospodarczą omawianego tematu jego ukształtowanie nie powinno zostać pozostawione jedynie orzecznictwu sądowemu.

Marta Czeladzka

radca prawny, Kancelaria Radców
Prawnych i Doradców Podatkowych
Ferretti Bębenek i Partnerzy

- 1 Wyrok C-128/11 UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corporation, 3 lipca 2012 r., ECLI:EU:C:2012:407.
- 2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych. Art. 4 ust. 2 dyrektywy stanowi, że pierwsza sprzedaż na terytorium Wspólnoty kopii programu komputerowego przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo dystrybucji na terytorium Wspólnoty tej kopii, z wyjątkiem prawa do kontroli dalszych wypożyczeń programu lub jego kopii.
- 3 Wyrok Landgericht Bielefeld z dnia 5 marca 2013 r., 4 O 191/11.
- 4 Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F. Supp. 2d 640 (S.D.N.Y. 2013).
- 5 Wyrok SA w Łodzi z 4 lutego 2016 r., I ACa 1107/15.
- 6 Wyrok C-263/18 Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers przeciwko Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV, 19 grudnia 2019 r., ECLI:EU:C:2019:1111.
- 7 <https://www.tomkabinet.nl/> (dostęp: 6.06.2020 r.).

Udostępnienie a powierzenie przetwarzania danych osobowych

Najważniejsze różnice

Adrianna Michałowicz

W ramach prowadzonej działalności gospodarczej często zachodzi konieczność przekazania danych osobowych do innego podmiotu, np. w celu realizacji współpracy lub świadczenia usług. Z perspektywy ochrony danych osobowych skutkuje to obowiązkiem weryfikacji, czy taka operacja powinna być poprzedzona zawarciem **umowy powierzenia przetwarzania** danych osobowych czy też może być potraktowana jako **udostępnienie** danych innemu administratorowi. Ocena ta w praktyce bywa dosyć skomplikowana i wymaga rzetelnej, wieloaspektowej analizy.

Jak odróżnić powierzenie od udostępnienia danych osobowych?

Ustalenie rodzaju relacji pomiędzy podmiotami zaangażowanymi w proces przetwarzania danych osobowych sprowadza się *de facto* do przypisania

im właściwych ról, tj. roli administratora lub podmiotu przetwarzającego (procesora). Oba pojęcia zostały zdefiniowane w art. 4 pkt 7 i 8 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych¹. Każda osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych pełni w świetle RODO rolę administratora. Podmiotem przetwarzającym jest natomiast osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora.

Na tle tak sformułowanych definicji dosyć wyraźne zarysowują się różnice pomiędzy statusami różnych podmiotów. Przede wszystkim administrator odgrywa rolę dominującą w tym znaczeniu, że decyduje o tym, czy w ogóle dojdzie do przetwarzania danych osobowych, jakie dane i w jaki sposób będą przetwarzane, jakimi sposobami, na jakiej podstawie prawnej itd. Status

administratora może wynikać wprost z przepisów regulujących funkcjonowanie i uprawnienia niektórych podmiotów, jednak zwykle jest ustalany na podstawie okoliczności faktycznych związanych z przetwarzaniem danych osobowych. Administrator powinien być traktowany jako podmiot kontrolujący i zarządzający całym procesem przetwarzania danych osobowych, a w konsekwencji jako podmiot w pełni odpowiedzialny za prawidłowość tego procesu pod kątem wymagań zawartych w RODO². To administratora obciąża szereg obowiązków prawnych związanych z zapewnieniem zgodności przetwarzania danych osobowych z RODO, w tym m.in. obowiązek przestrzegania zasad przetwarzania danych osobowych i wdrożenia odpowiednich środków organizacyjnych i technicznych, zapewnienie właściwego poziomu bezpieczeństwa danych osobowych, przeprowadzanie analizy ryzyka, realizowanie obowiązków informacyjnych oraz praw podmiotów danych osobowych itd.³.



Administrator, poprzez ustalanie celów i sposobów przetwarzania danych osobowych, decyduje również o tym, w jaki sposób ma być zorganizowany cały proces przetwarzania danych, a w związku z tym, czy w procesie przetwarzania danych osobowych będą zaangażowane podmioty działające w jego imieniu, czyli wspomniane wcześniej podmioty przetwarzające czy też jedynie osoby bezpośrednio mu podlegające, upoważnione do przetwarzania danych osobowych. Uzyskanie statusu procesora nie ma więc charakteru samoistnego, lecz jest pochodną decyzji administratora⁴. Z kolei z racji tego, że to administrator ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych, podmiot przetwarzający powierzone dane w jego imieniu powinien działać zgodnie z interesem administratora i w ustalonych przez niego celach. Podmiot przetwarzający powinien też dokonywać operacji przetwarzania wyłącznie na udokumentowane polecenie administratora⁵, co oznacza, że w swoim działaniu jest on zasadniczo pozbawiony swobody i uznaniowości, ponieważ nie może on przekroczyć ram przetwarzania określonych przez administratora. Mimo to w pewnych sytuacjach administrator może pozostawić w gestii procesora wybór właściwych środków technicznych i organizacyjnych, które najlepiej służyłyby z jednej strony realizacji interesów administratora w związku z przetwarzaniem danych osobowych na jego polecenie, a z drugiej zapewnieniu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa przetwarzanych danych osobowych. Niemniej jednak każdorazowe przekroczenie granicy dopuszczalnego działania wyznaczonej przez administratora oznacza niezgodność z prawem i stosunkiem powierzenia przetwarzania danych osobowych. Należy też pamiętać, że w momencie, w którym podmiot przetwarzający zaczyna przetwarzać powierzone mu dane osobowe dla własnych celów, traci w tym zakresie przymiot procesora, stając się jednocześnie w odniesieniu do „własnych” operacji przetwarzania administratorem, wraz ze wszystkimi przewidzianymi z tego tytułu obowiązkami i konsekwencjami.

Jak zatem widać, podmiot przetwarzający, zgodnie z definicją, nie tylko przetwarza dane osobowe w imieniu administratora, ale też podlega różnym ograniczeniom w tym zakresie

wynikającym wprost z RODO lub z umowy lub innego instrumentu prawnego regulującego powierzenie przetwarzania. Inaczej jest w przypadku podmiotu, któremu dane osobowe są **udostępniane**. To pojęcie nie zostało zdefiniowane w rozporządzeniu, aczkolwiek pojawia się w art. 4 pkt 2 RODO w kontekście definicji przetwarzania danych osobowych – udostępnianie zostało wskazane jako jedna z wielu operacji przetwarzania danych osobowych i jednocześnie zaliczone do szerszej kategorii ujawniania danych. Ujawnienie rozumiane jest jako uczynienie określonych informacji jawnymi dla osób, które ich wcześniej nie znały⁶. Co ważne ujawnienie danych musi być efektem działania administratora, ponieważ to administrator czyni dane jawnymi dla określonej osoby lub grupy osób, nawet jeśli działanie to było przez niego niezamierzone⁷. Jak wskazano w art. 4 pkt 2 RODO, ujawnienie może nastąpić poprzez „przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie”.

W praktyce udostępnienie danych osobowych następuje na rzecz innego administratora – podmiotu, który samodzielnie będzie decydował o celach i sposobach przetwarzania pozyskanych danych osobowych. Podmiot, któremu udostępniono dane osobowe, nie działa w imieniu administratora, lecz realizuje własne interesy związane z przetwarzaniem danych osobowych. W przeciwieństwie do powierzenia danych osobowych, w odniesieniu do relacji udostępnienia prawodawca unijny nie wprowadził więc obowiązku sformalizowania tej operacji przetwarzania w drodze umowy lub innego instrumentu prawnego. Niemniej jednak nie oznacza to, że na podmiocie, który udostępnia dane osobowe, i na tym, który je pozyskuje, nie spoczywają żadne obowiązki związane z czynnością udostępnienia. Po pierwsze, administrator udostępniający dane osobowe musi upewnić się, czy dysponuje odpowiednią podstawą prawną udostępnienia; podstawą taką może być przykładowo zgoda podmiotu danych czy przepis nakazujący udostępnienie danych osobowych w celu wykonania obowiązku prawnego⁸. Po drugie, administrator powinien zweryfikować, czy podmiot, któremu dane są udostępniane, został wskazany w ramach obowiązku informacyjnego z art. 13

RODO – jeśli nie, klauzula powinna być zaktualizowana w tym zakresie. Wreszcie po trzecie, należy pamiętać, aby udostępnienie danych nastąpiło z uwzględnieniem wymogów bezpieczeństwa przetwarzania, w tym zasady integralności i poufności. Z kolei po stronie podmiotu, któremu dane są udostępniane, powstają obowiązki wynikające z faktu, że staje się on ich administratorem, a zatem m.in. obowiązek zapewnienia zgodności przetwarzania z RODO, w tym przetwarzania danych osobowych opierając się na przesłance legalizującej z art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 2 RODO, obowiązek wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, obowiązek informacyjny itp.

Jako przykład udostępnienia danych osobowych można wskazać przekazanie danych do organów lub instytucji państwowych, jak Zakład Ubezpieczeń Społecznych, organy ścigania czy też organy administracji publicznej, w ramach realizacji ciężących na administratorze obowiązków prawnych. Udostępnienie danych może nastąpić także na potrzeby realizacji umowy pomiędzy przedsiębiorcami, jeśli ujawniane są dane kontaktowe osób odpowiedzialnych za wykonanie umowy czy też na potrzeby zapewnienia opieki zdrowotnej pracownikom – w ramach współpracy z jednostką służby medycyny pracy. Podobnie będzie w przypadku współadministrowania – w zakresie, w jakim administratorzy wspólnie ustalają cele i sposoby przetwarzania danych osobowych, dane te będą pomiędzy nimi udostępniane.

Skąd się biorą wątpliwości?

Mimo dosyć wyraźnych różnic definicyjnych w praktyce odróżnienie administratora od podmiotu przetwarzającego może być kłopotliwe. Wynika to z faktu, że nie zawsze rodzaj lub zakres świadczonych usług czy pozycja danego podmiotu w konkretnej relacji gospodarczej w sposób oczywisty i intuicyjny determinują podział ról na gruncie ochrony danych osobowych. Nierzadko podmiot realizujący daną usługę, decydujący o sposobie, terminie jej wykonania czy użytych narzędziach, będzie



jednocześnie podejmować decyzje w sferze ochrony danych osobowych, jeśli w ramach świadczonej usługi dochodzi do ich przetwarzania. Z tej przyczyny w celu prawidłowego ustalenia, kto pełni rolę administratora lub procesora, a w konsekwencji, czy zachodzi relacja powierzenia, czy udostępnienia danych osobowych, warto poddać osobnej analizie sferę stosunków gospodarczych i sferę przetwarzania danych osobowych. Nie oznacza to przy tym, że podział obowiązków określony przez strony w umowie lub innym instrumencie prawnym pozostaje bez znaczenia – jest on ważny również dla określenia statusu podmiotów na gruncie RODO, jednak nie zawsze bezpośrednio go odzwierciedla. Dla zobrazowania takiej sytuacji można podać przykład przedsiębiorcy organizującego w ramach akcji promocyjnej konkurs dla konsumentów, w którym nagrodami są produkowane przez niego towary. W tym celu nawiązuje współpracę z agencją marketingową, której zleca przeprowadzenie konkursu – począwszy od jego ogłoszenia i rozpowszechnienia informacji w mediach społecznościowych, skończywszy na przyjmowaniu zgłoszeń konkursowych, ich ocenie i wyłonieniu zwycięzców. Szeroki zakres obowiązków i uprawnień agencji marketingowej związanych z organizacją konkursu nie przesądza o tym, że w świetle RODO będzie ona pełnić rolę administratora. Pierwotną decyzję o przetwarzaniu danych osobowych podejmuje bowiem przedsiębiorca – to on

określa, w jakim celu i jakimi sposobami będą przetwarzane dane osobowe, nawet jeśli agencji marketingowej pozostawił autonomię decyzyjną w zakresie organizacji konkursu. Agencja w takiej relacji będzie więc pełnić rolę procesora, ponieważ przetwarza dane osobowe w imieniu administratora, działając w jego interesie i realizując jego cele. Pomiędzy podmiotami zachodzi relacja powierzenia, a zatem konieczne jest zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Administrator lub procesor?

W procesie ustalania, czy określony podmiot rzeczywiście pełni rolę administratora, istotne jest przeprowadzenie analizy faktycznego wpływu na cele i sposoby przetwarzania danych osobowych. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 7 RODO administrator powinien określać zarówno cele, jak i sposoby przetwarzania danych osobowych. Zdarza się jednak, że decyzja co do sposobu przetwarzania danych pozostawiona jest podmiotowi przetwarzającemu. Taka sytuacja może rodzić wątpliwości w zakresie kwalifikacji takiego podmiotu jako procesora, skoro jego uprawnienia wkraczają w sferę decyzyjną administratora. Warto w tym kontekście pamiętać, że w ramach określania sposobów przetwarzania administrator decyduje o różnych

elementach – zarówno zasadniczych dla procesu przetwarzania, jak i mniej kluczowych, tj. dotyczących wyłącznie kwestii techniczno-organizacyjnych. Do elementów zasadniczych można zaliczyć wszystkie decyzje ważne dla procesu przetwarzania i związane z realizacją celów przetwarzania, jak np. zakres przetwarzanych danych osobowych, kategorie osób, których dane są przetwarzane, czas przetwarzania, kategorie odbiorców danych itp. Z kolei elementy techniczno-organizacyjne odnoszą się do praktycznych aspektów przetwarzania danych osobowych, takich jak np. wybór oprogramowania czy narzędzi informatycznych, za pomocą których dane osobowe będą przetwarzane. Decyzja w zakresie doboru elementów techniczno-organizacyjnych może być, i nierzadko jest, pozostawiona właśnie procesorowi.

Na przykład korzystanie z hostingu w celu przechowywania danych wiąże się z koniecznością zawarcia umowy powierzenia przetwarzania z dostawcą takiej usługi. Przechowywanie danych jest jedną z operacji przetwarzania danych osobowych; w przypadku hostingu operacja ta będzie wykonywana przez dostawcę usługi, ale w imieniu administratora, nawet jeśli dostawca usługi samodzielnie podejmuje decyzje dotyczące niektórych aspektów przetwarzania danych osobowych (np. w zakresie wyboru oprogramowania, z którego korzysta na potrzeby świadczenia usługi).



Nie ma to jednak wpływu na podział ról w procesie przetwarzania. Podobnie będzie, gdy przedsiębiorca skorzysta z usług zewnętrznego podmiotu specjalizującego się w zarządzaniu płacami lub prowadzącego obsługę księgową – z perspektywy ochrony danych osobowych podmioty te pozyskują dane osobowe, np. pracowników i kontrahentów, oraz przetwarzają je w imieniu administratora, tj. realizując jego cele przetwarzania, jakimi są wypłata wynagrodzeń, odprowadzenie składek na ubezpieczenia społeczne itp. Konieczne będzie zatem zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych spełniającej wymagania określone w art. 28 ust. 3 RODO.

Podsumowanie

Pojęcia administratora i podmiotu przetwarzającego, a w konsekwencji również pojęcia powierzenia i udostępnienia danych osobowych, należy przede wszystkim rozumieć w aspekcie funkcjonalnym, nie zaś formalnym. Przepisanie ról poszczególnym podmiotom uczestniczącym w procesie przetwarzania danych osobowych wymaga ustalenia, który z nich decyduje o celach i sposobach przetwarzania danych osobowych, biorąc pod uwagę zakres obowiązków i uprawnień tych podmiotów w konkretnej

relacji gospodarczej. Uzgodnienia poczynione przez strony co do ich relacji w sferze przetwarzania danych osobowych, nieznajdujące odzwierciedlenia w okolicznościach faktycznych, nie tylko mogą rodzić konsekwencje i odpowiedzialność za naruszenie RODO, ale przede wszystkim mogą negatywnie wpływać na gwarantowany poziom ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem ich danych osobowych.

Adrianna Michałowicz
 adwokat w Lubasz i Wspólnicy
 – Kancelaria Radców Prawnych sp.k.;
 doktorantka w Katedrze Europejskiego
 Prawa Gospodarczego na Wydziale
 Prawa i Administracji Uniwersytetu
 Łódzkiego; specjalizuje się w prawie
 ochrony danych osobowych,
 prawie gospodarczym i prawie
 własności intelektualnej

instrukcjami administratora lub wbrew tym instrukcjom – zob. art. 82 ust. 2 RODO.

- 3 Należy w tym miejscu zaznaczyć, że niektóre z wymienionych obowiązków adresowane są również do podmiotów przetwarzających, np. obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa przetwarzania poprzez wdrożenie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych (art. 32 ust. 1 RODO). Podmiot przetwarzający powinien również wspierać administratora w realizowaniu praw podmiotów danych, w tym w udzielaniu odpowiedzi na żądania osób, których dane dotyczą (art. 28 ust. 3 pkt e) RODO). Ponadto podmiot przetwarzający może być zobowiązany, na mocy postanowień umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, do wykonywania w imieniu administratora obowiązku informacyjnego wobec podmiotów danych; obowiązek ten jest nakładany zwłaszcza, gdy podmiot przetwarzający pozyskuje dane osobowe.
- 4 Decyzyjność administratora w zakresie powierzenia przetwarzania danych osobowych może być jednak w określonych przypadkach ograniczona. Ograniczenie to może wynikać przykładowo z przepisów regulujących przetwarzanie danych osobowych w sferze publicznej.
- 5 K. Witkowska-Nowakowska, Artykuł 4 pkt 8 [w:] E. Bielik-Jomaa (red.), D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, Warszawa 2018 r., s. 225–226.
- 6 Zob. <https://sjp.pwn.pl/slowniki/ujawnienie.html> (dostęp: 10.11.2020 r.).
- 7 Ujawnieniem danych osobowych nie będzie przykładowo uzyskanie przez osobę trzecią dostępu do danych np. na skutek złamania zabezpieczeń technicznych, kradzieży danych, ataku hackerskiego. Takie sytuacje należy zakwalifikować jako uzyskanie dostępu do danych osobowych w dodatku bezprawne.
- 8 Udostępnienie danych osobowych powinno następować na podstawie przesłanek wskazanych w art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 2 RODO.
- 9 Podział na elementy zasadnicze i elementy techniczno-organizacyjne przyjęła Grupa Robocza Art. 29 w Opinii 1/2010 w sprawie pojęć „administrator danych” i „przetwarzający” z dnia 16.02.2010 r., WP 169. Podział ten został zachowany również w najnowszych wytycznych Europejskiej Rady Ochrony Danych – Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, przyjętych w dniu 2.09.2020 r. i będących na etapie konsultacji społecznych.

- 1 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. L 119 z 4.05.2016, s. 1–88 (dalej: „RODO” lub „rozporządzenie”).
- 2 Nie wyklucza to jednak odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego za szkody spowodowane przetwarzaniem, jeśli nie dopełnił on obowiązków nałożonych na mocy RODO bezpośrednio na podmioty przetwarzające lub gdy działał poza zgodnymi z prawem

Wygaśnięcie znaku towarowego

Konsekwencje nieużywania znaku towarowego

Paweł Terpiłowski

Parafrazując powiedzenie „natura nie znosi próżni”, można by stwierdzić, że tak samo jest z prawem. Prawa nie używane zasadniczo nie zasługują na ochronę, skoro ich właściciele nie są zainteresowani ich realizacją. Unijny prawodawca wychodzi z założenia, że właściciel znaku towarowego powinien go używać, gdyż w przeciwnym razie inni uczestnicy obrotu powinni mieć prawo do posługiwania się takim znakiem, a sam właściciel może zostać pozbawiony ochrony.

Przesłanki wygaśnięcia znaku towarowego

Unijny znak towarowy uzyskuje się poprzez rejestrację, a właścicielem unijnego znaku towarowego może być każda osoba fizyczna lub prawna, łącznie z podmiotami prawa publicznego. Rejestracja unijnego znaku towarowego skutkuje przyznaniem właścicielowi praw wyłącznych do tego znaku. Jego właściciel jest uprawniony do uniemożliwienia wszelkim osobom trzecim, które nie posiadają jego zgody, używania w obrocie handlowym, w odniesieniu do towarów lub usług, oznaczenia identycznego lub podobnego do zarejestrowanego znaku towarowego. Jak widać posiadanie prawa do znaku towarowego przyznaje bardzo duże uprawnienia jego właścicielowi. Jednakże raz nabyte prawo do znaku towarowego nie jest wieczne i w określonych sytuacjach ulega wygaśnięciu. Może tak się zdarzyć wskutek działań konkurencji zainteresowanej używaniem danego znaku towarowego.

Kwestie prawne związane z unijnymi znakami towarowymi reguluje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1001 z dnia 14 czerwca 2017 r., w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej (zwane dalej „rozporządzeniem

2017/1001”). Natomiast urzędem właściwym w sprawach unijnego znaku towarowego jest Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelktualnej (zwany dalej „Urzędem”, ang. European Union Intellectual Property Office – EUIPO). Podstawy wygaśnięcia unijnego znaku towarowego zostały określone w przepisie art. 58 rozporządzenia 2017/1001. W myśl ustępu 1 lit. a) tego przepisu, wygaśnięcie prawa właściciela unijnego znaku towarowego stwierdza się na podstawie wniosku do Urzędu lub roszczenia wzajemnego w postępowaniu w sprawie naruszenia w przypadku, gdy w okresie pięciu lat znak towarowy nie był rzeczywiście używany w Unii w odniesieniu do towarów lub usług, dla których został on zarejestrowany, i że nie istnieją usprawiedliwione powody nieużywania. Jednakże żadna osoba nie może występować z roszczeniem w celu stwierdzenia wygaśnięcia praw właściciela do unijnego znaku towarowego w przypadku, gdy w okresie między upływem pięcioletniego terminu i wniesieniem wniosku lub roszczenia wzajemnego rzeczywiste używanie znaku towarowego zostało rozpoczęte lub wznowione. Przy czym rozpoczęcie lub wznowienie używania znaku w okresie trzech miesięcy przed złożeniem wniosku lub roszczenia wzajemnego, rozpoczynającym się po upływie nieprzerwanego okresu pięciu lat nieużywania, nie jest uwzględniane w przypadku, gdy przygotowania do rozpoczęcia lub wznowienia używania znaku mają miejsce dopiero wówczas, gdy właściciel znaku dowiedział się, że wniosek lub roszczenie wzajemne mogą być wniesione.

Nabyte prawo do znaku towarowego nie jest wieczne i w określonych sytuacjach ulega wygaśnięciu.

Upraszczając brzmienie powyższego przepisu, Urząd może stwierdzić wygaśnięcie unijnego znaku towarowego, jeżeli:

- w okresie pięciu lat znak nie był rzeczywiście używany w Unii;
- nie istnieją usprawiedliwione powody nieużywania znaku.

Nie można jednak żądać wygaśnięcia znaku, jeżeli jego właściciel rozpocznie lub wznowi używanie znaku po upływie pięciu lat, a przed złożeniem żądania wygaśnięcia. Jednakże ta zasada nie chroni właściciela znaku, jeżeli rozpoczął przygotowania do używania znaku po dowiedzeniu się o możliwości żądania wygaśnięcia i ma to miejsce w okresie trzech miesięcy przed wniesieniem żądania.

Jako usprawiedliwione powody nieużywania znaku można wskazać przykładowo złą kondycję finansową przedsiębiorstwa, która uniemożliwia wprowadzenie towaru opatrzonoego znakiem towarowym na rynek.

W przypadku gdy podstawy stwierdzenia wygaśnięcia praw do znaku istnieją jedynie w odniesieniu do niektórych towarów lub usług, dla których unijny znak towarowy jest zarejestrowany, Urząd stwierdzi wygaśnięcie prawa właściciela jedynie w odniesieniu do tych konkretnych towarów lub usług. Zatem utrata ochrony płynącej ze znaku będzie dotyczyła jedynie towarów lub usług rzeczywiście nieużywanych.

Rzeczywiste używanie znaku

Zasadniczo z żądaniem stwierdzenia wygaśnięcia występuje osoba, która chciałaby korzystać z zarejestrowanego znaku towarowego lub ze znaku bardzo podobnego. Zatem w przeważającej

Jako usprawiedliwione powody nieużywania znaku można wskazać przykładowo złą kondycję finansową przedsiębiorstwa.

mierze będzie to konkurent właściciela znaku. Aby żądanie było zasadne, należy wykazać, że znak towarowy w okresie pięciu lat przed złożeniem żądania nie był rzeczywiście używany w Unii Europejskiej. Wobec tego w celu obrony przed takim żądaniem, właściciel znaku powinien wykazywać, że ze znaku rzeczywiście korzystał i był on używany. Na tle tak zarysowanego sporu kwestią zasadniczą jest ustalenie, co należy rozumieć przez rzeczywiste używanie znaku towarowego.

Rozporządzenie 2017/1001 nie zawiera legalnej definicji tego pojęcia. Niemniej orzecznictwo unijnego Sądu daje wiele trafnych wskazówek, jak odczytywać analizowaną normę. Na przykład Sąd w wyroku z dnia 17 stycznia 2018 r. w sprawie Deichmann SE przeciwko EU-IPO oraz Munich, sygn. sprawy T-68/16, orzekł, że „znak towarowy jest rzeczywiście używany wówczas, gdy korzysta się z niego zgodnie z jego podstawową funkcją, jaką jest zagwarantowanie, że towary i usługi, dla których został on zarejestrowany, pochodzą z określonego przedsiębiorstwa, w celu wykreowania lub zachowania rynku zbytu dla tych towarów i usług, z wyłączeniem przypadków używania o charakterze symbolicznym, mającym na celu jedynie utrzymanie praw do znaku towarowego. Ponadto warunek rzeczywistego używania znaku towarowego wymaga, aby znak towarowy w postaci, w jakiej jest chroniony na właściwym obszarze, był używany publicznie i w sposób skierowany na zewnątrz”.

Sąd zwrócił uwagę, że używanie ma mieć na celu przede wszystkim wywołanie u konsumentów towarów lub usług przekonania zrównanego z posiadaniem gwarancji, iż towary i usługi pochodzą od właściciela danego znaku towarowego. Przy czym jedynie symboliczne używanie znaku towarowego nie może mieć znaczenia, bowiem nie

służy zapewnieniu ww. gwarancji. Albowiem nie ma wystarczającego zasięgu, aby dotrzeć do szerszej grupy konsumentów. Ponadto znak towarowy powinien być używany publicznie, a więc w ogólnym przekazie, jak również kierowany na zewnątrz, czyli używanie znaku dla wewnętrznych potrzeb właściciela (np. w komunikacji firmowej) nie jest wystarczające.

W przypadku gdy znak towarowy został zarejestrowany dla kategorii towarów lub usług, która jest na tyle szeroka, aby można było wyróżnić w jej ramach kilka podkategorii mogących występować niezależnie od siebie, dowód rzeczywistego używania znaku towarowego dla części tych towarów lub usług zapewnia ochronę jedynie dla podkategorii, do których należą towary lub usługi, w odniesieniu do których znak towarowy był faktycznie używany. Na przykład skuteczny dowód używania znaku towarowego na przyprawie do dań mięsnych nie jest skuteczny wobec całej linii produktów spożywczych, jeżeli pozostałe produkty nie są rzeczywiście używane.

Badanie rzeczywistego używania

Nie jest możliwe odgórne ani abstrakcyjne ustalenie, jaki próg ilościowy należy przyjąć w celu określenia, czy używanie posiada rzeczywisty charakter. Nie jest również możliwe ustanowienie zasady *de minimis*, która pozwalałaby na wykazanie rzeczywistego używania. Wobec tego każdy przypadek powinien być indywidualnie analizowany, mając na uwadze kontekst sprawy oraz specyfikę towarów lub usług, dla których został zarejestrowany dany znak towarowy. Inaczej bowiem będzie przebiegało badanie używania znaku dla odzieży sportowej, która jest kierowana do szerokiego kręgu odbiorców i dotyczy różnego rodzaju towarów (koszulki, spodenki, bielizna, kombinezony, akcesoria itp.), a inaczej dla środka chemicznego używanego przez wąską grupę specjalistów. W rezultacie ocena rzeczywistego charakteru używania znaku towarowego powinna opierać się na sposobie postrzegania przez właściwy krąg odbiorców.

Rzeczywiste używanie znaku towarowego nie może zostać dowiedzione za pomocą uprawdopodobnień lub domniemań, ale musi się opierać na konkretnych i obiektywnych dowodach, które wykazują faktyczne i wystarczające korzystanie ze znaku towarowego na danym rynku. W przytoczonym powyżej orzeczeniu, zapadłym w sprawie Deichmann, Sąd podkreślił, że „Ocena rzeczywistego charakteru używania znaku towarowego powinna opierać się na wszystkich faktach i okolicznościach właściwych dla ustalenia prawdziwości wykorzystania handlowego tego znaku, a w szczególności na używaniu uznanym za uzasadnione w rozpatrywanym sektorze gospodarki w celu utrzymania lub zdobycia udziałów w rynku dla towarów i usług oznaczonych znakiem towarowym, charakterze tych towarów lub usług, cechach rynku oraz na zakresie i częstotliwości używania znaku towarowego”. Jak więc widać możliwości dowodzenia rzeczywistego używania są bardzo szerokie i w przypadku faktycznego używania znaku, przeprowadzenie skutecznego dowodu nie powinno sprawiać trudności.

W kwestii dowodowej Sąd wskazuje, że dowód używania musi dotyczyć miejsca, czasu, zakresu oraz charakteru używania znaku towarowego i ogranicza się zasadniczo do przedłożenia dokumentów i przedmiotów mających znaczenie dowodowe, takich jak: opakowania, etykiety, cenniki, katalogi, faktury, fotografie, ogłoszenia w gazetach oraz oświadczenia pisemne.

Wnioski płynące z orzecznictwa

Ciekawych spostrzeżeń na gruncie badania rzeczywistego używania znaku towarowego dostarcza niedawno osądzona przez Sąd sprawa Electrolux Home Products, Inc. przeciwko EUIPO oraz D. Consult. Sprawa dotyczyła używania przez Electrolux Home Products, Inc. znaku towarowego „FRIGIDAIRE” używanego do oznaczeń dużego i małego sprzętu AGD. D. Consult wystąpiło o stwierdzenie wygaśnięcia znaku towarowego, którego właścicielem był Electrolux, stwierdzając, że znak „FRIGIDAIRE” nie był rzeczywiście używany, a także stał



Rzeczywiste używanie znaku towarowego nie może zostać dowiedzione za pomocą uprawdopodobnień lub domniemań, ale musi się opierać na konkretnych i obiektywnych dowodach.

się nazwą potoczną w obrocie towarami, dla których został zarejestrowany. W przedmiotowej sprawie Electrolux bronił się, twierdząc, że znak towarowy był używany między innymi poprzez dostawę sprzętu AGD noszącego kwestionowany znak do baz wojskowych USA znajdujących się na terytorium Belgii oraz Niemiec. Jednakże EUIPO, a w ślad za nim Sąd, zauważyły, że dostawa sprzętu odbyła się na zamówienie Departamentu Stanu oraz Departamentu Obrony rządu USA, a więc nie było to standardowy zakup w obrocie wolnorynkowym, a nabywcą był podmiot spoza Unii. Co więcej dystrybutor, u którego towary zostały zamówione, miał siedzibę w Stanach Zjednoczonych, jak również oprócz części towarów wysłanych z Polski, inne były wysyłane także z Meksyku, Stanów Zjednoczonych lub Turcji, a więc spoza terytorium Unii. W związku z tym Sąd doszedł do wniosku, że analizowana sprzedaż nie wykazywała dążenia do stworzenia punktu handlowego w Unii dla towarów objętych znakiem towarowym. Sprzedaż towarów miała bardzo zamknięty charakter, a eksponowanie znaku nie miało wystarczającego charakteru publicznego ani nie było skierowane na zewnątrz. Użytkownikami towarów byli właściwie jedynie amerykańscy żołnierze i pracownicy cywilni znajdujący się w zamkniętych bazach wojskowych.

Electrolux wprowadził wykazał za pomocą dokumentów sprzedaż 138 pralek oraz 42 suszarek również na rzecz pewnego przedsiębiorcy z Niemiec, niemniej Sąd przyznał rację EUIPO, iż taka sprzedaż miała zbyt niską wartość, a co więcej odnotował, iż nie przedstawiono żadnych dalszych dowodów odsprzedaży ww. urządzeń. Poza tym sprzedaż ta miała miejsce na terytorium Niemiec, na którym

amerykańska baza wojskowa. Electrolux starał się jeszcze wykazać używanie znaku towarowego w mediach społecznościowych. Jednakże głębsza analiza tego tematu wykazała, że brak jest obiektywnych dowodów na to, że media społecznościowe, w których były eksponowane towary oznaczone znakiem „FRIGIDAIRE”, były odwiedzane przez odbiorców z Unii Europejskiej. Z analizy mediów wynikało natomiast, że były one kierowane do odbiorców ze Stanów Zjednoczonych, na co wskazywał chociażby numer telefonu kontaktowego z amerykańskim numerem kierunkowym.

Dla przeciwwagi powyższego orzeczenia warto znowu przywołać wspomnianą już wcześniej sprawę Deichmann SE przeciwko EUIPO oraz Munich (sygn. T-68/16), w której Deichmann skutecznie przeprowadził dowód rzeczywistego używania znaku towarowego. W tej sprawie sporny znak towarowy służył oznaczaniu butów sportowych. Deichmann bronił się przed żądaniem stwierdzenia wygaśnięcia znaku towarowego, twierdząc, że znakiem towarowym są oznaczane konkretne modele obuwia, które są sprzedawane w kilku państwach członkowskich Unii, w szczególności na terytorium Hiszpanii, Włoch, Portugalii, Danii, Słowacji, Francji i Węgier. Deichmann potrafił nawet za pomocą faktur wskazać konkretne miejscowości, w których odbywała się sprzedaż, a także dysponował katalogami sprzedażowymi zawierającymi modele butów noszące kwestionowany znak towarowy. Co ciekawe sprzedaż jednego modelu dotyczyła zaledwie kilkudziesięciu butów za łączną kwotę wynoszącą tysiące euro. Drugi model został sprzedany w liczbie kilkuset par za łączną kwotę wynoszącą kilka tysięcy euro. Sąd zauważył, że „Co prawda, liczby odnoszące się do wyżej wymienionej sprzedaży mogą nie wydawać się szczególnie wysokie, jednakże, rozpatrywane łącznie z katalogami, świadczą one o faktycznym używaniu, jak wskazano w pkt 28 skarżonej decyzji, i zgodnym z orzecznictwem przypominanym w pkt 26–30 powyżej. W szczególności należy przypomnieć, że ani do EUIPO, ani w przypadku skargi – do Sądu nie należy ocena sukcesu handlowego ani kontrola strategii gospodarczej przedsiębiorstwa, ani zastrzeżenie ochrony znaków

Rozporządzenie 2017/1001 nie zawiera legalnej definicji pojęcia rzeczywistego używania znaku towarowego.

towarowych wyłącznie dla sytuacji, w których dochodzi do handlowego wykorzystania tych znaków na dużą skalę”.

Sąd słusznie zauważył, że przy udowodnieniu rzeczywistego użytkowania znaku wcale nie chodzi o komercyjny wynik, lecz o sam fakt ciągłego i trwałego posługiwania się danym znakiem towarowym. Deichmann w przeciwieństwie do Electrolux eksponował swój znak towarowy w szerokiej perspektywie, a towary zawierające kwestionowany znak towarowy były eksponowane w różnych katalogach sprzedażowych, natomiast sprzedaż była prowadzona w wielu sklepach w różnych państwach Unii. Z kolei Electrolux był w stanie wykazać jedynie pojedyncze transakcje sprzedaży, skierowane do bardzo wąskiej grupy odbiorców.

Podsumowanie

Unijny znak towarowy to bardzo skuteczne narzędzie ochrony własności intelektualnej przedsiębiorstwa. Niemniej, jako prawo ograniczające pozostałych uczestników obrotu, nie może mieć charakteru absolutnego. Z tego powodu doznaje różnych ograniczeń, w tym jest wzruszalne, kiedy nie jest wykonywane. W związku z tym rejestrując unijny znak towarowy, przedsiębiorca powinien mieć sprecyzowany plan jego wykorzystania.

Paweł Terpiłowski

radca prawny, autor bloga
www.Sprawnie.com

1 Dz. Urz. UE. L. z 2017 r. Nr 154, s. 1.

2 Wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 2018 r. w sprawie Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH przeciwko EUIPO oraz Halston Properties, s.r.o., sygn. sprawy T-253/17.

3 Wyrok Sądu z dnia 28 października 2020 r., sygn. sprawy T 583/19.



Nowe Prawo zamówień publicznych

Poradnik dla małych i średnich przedsiębiorców

Kancelaria WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr

Wraz z podpisaniem Układu Europejskiego, a następnie w związku z przystąpieniem do Unii Europejskiej, Polska zobowiązała się dostosować krajowe regulacje gospodarcze do wymogów wynikających z prawa unijnego. Dotyczy to w szczególności problematyki udzielania zamówień publicznych. Z tego powodu wszelkie rozważania na temat prawnych reguł zawierania odpłatnych umów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami – w tym z podmiotami kwalifikowanymi jako mali i średni przedsiębiorcy (MŚP) – powinny uwzględniać perspektywę prawa unijnego. Spostrzeżenie to nie ma przy tym wyłącznie teoretycznej doniosłości, lecz wykazuje bardzo duże znaczenie praktyczne, ponieważ unijne prawo i orzecznictwo nie tylko wyznaczają obowiązki ustawodawcy w zakresie tworzenia przepisów krajowych, ale przede wszystkim stanowią punkt odniesienia dla ich interpretacji i prawidłowego stosowania. W praktyce niejednokrotnie okazuje się, że dopiero po uwzględnieniu unijnego kontekstu ustanowienia określonych instytucji polskiego prawa zamówień publicznych jest możliwe ich właściwe zastosowanie. Dotyczy to również przepisów zawartych w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych (PZP), które będą obowiązywały po 1 stycznia 2021 r. (...).

Nowe podejście do zamówień publicznych

W toku procesu legislacyjnego wyraźnie podkreślano, iż nowa ustawa ma służyć podnoszeniu efektywności systemu zamówień publicznych, a jednym z ważniejszych środków do osiągnięcia tego celu ma być zwiększenie udziału i wzmocnienie pozycji MŚP w postępowaniach. Analiza poszczególnych instytucji uregulowanych w przepisach PZP potwierdza, iż ustawodawca rzeczywiście podjął szereg konkretnych działań ukierunkowanych na osiągnięcie przywołanego celu.

Oczywiście nowe regulacje nie są całkowicie wolne od wad czy niedoskonałości. Uprawniony jest jednak wniosek, że pod względem koncepcyjnym jest widoczna wyraźna zmiana podejścia polskiego prawodawcy do funkcji prawa zamówień publicznych, które, nie rezygnując z ochrony konkurencji i zapewniania równego traktowania wykonawców, rozwija i wzmacnia instrumenty pozwalające na podniesienie efektywności procesów zakupowych. Natomiast z perspektywy przedsiębiorców uwagę zwraca przede wszystkim:

- dążenie do eliminowania barier dostępu do rynku zamówień publicznych,
- ograniczanie formalizmu postępowań, w szczególności przez uelastycznienie procesu weryfikacji podmiotowej przedsiębiorców i zasad składania dokumentów,
- rozbudowa instytucji stymulujących transfer wiedzy i dialog pomiędzy instytucjami zamawiającymi a przedsiębiorcami,
- równoważenie pozycji stron umów w sprawie zamówienia publicznego oraz dalsze wzmacnianie sytuacji prawnej przedsiębiorców w odniesieniu do takich wyzwań, jak waloryzacja kontraktów czy płatności częściowe,
- rozbudowa regulacji dotyczących środków ochrony prawnej,
- a przede wszystkim wyraźne zobowiązania zamawiających do organizowania i prowadzenia postępowań w sposób ukierunkowany na uzyskanie jak najlepszych efektów w relacji do środków, w paradygmacie best value for money (...).

Z pewnością jednak dla każdego przedsiębiorcy podstawowe znaczenie ma odpowiedź na pytanie o praktyczne znaczenie tych założeń – jak sprawić, by wspomniane cele nie pozostały jedynie w sferze planów, lecz aby realnie oddziaływały i usprawniały udział przedsiębiorców w rynku zamówień

publicznych? Syntetyczna odpowiedź na tak zadane pytanie brzmi następująco: jeżeli podczas stosowania określonych przepisów prawa zamówień publicznych zostaną zidentyfikowane dwa możliwe sposoby ich zastosowania, należałoby wybrać ten, który w większym stopniu będzie realizował przywołane cele i założenia (...).

Zasady udzielania zamówień publicznych

Pierwszoplanową funkcją unijnego prawa zamówień publicznych jest ochrona konkurencji. W unijnych dyrektywach podkreśla się wyraźnie, że udzielanie zamówień publicznych musi być zgodne z zasadami traktatowymi, tworzącymi fundamenty UE, w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Zasady te są również wyraźnie afirmowane przez polskiego ustawodawcę w treści art. 16 PZP (...)

Zasada ochrony konkurencji i równego traktowania wykonawców

Wymienione zasady są ze sobą ściśle powiązane, a przestrzeganie każdej z nich warunkuje realizację pozostałych. Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyraża nakaz powstrzymania się od nieuzasadnionego obiektywnymi względami preferowania – bezpośrednio lub pośrednio – poszczególnych wykonawców. Tym

samym oznacza również zakaz dyskryminowania poszczególnych wykonawców oraz nieuzasadnionego ograniczania kręgu dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta jest realizowana przez bardzo wiele przepisów PZP. Szczególnie jasno wyrażono ją w regulacji dotyczącej formułowania wymogów zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający ma obowiązek określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy oczekiwanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Co szczególnie istotne przedmiotu zamówienia zasadniczo nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Odstąpienie od tego zakazu możliwe jest jedynie w uzasadnionych przypadkach, gdy nie sposób inaczej precyzyjnie opisać przedmiotu zamówienia. Jednak nawet w takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek dopuścić możliwość zaferowania rozwiązań równoważnych względem wskazanych w dokumentach zamówienia i określić kryteria równoważności (...).

Zasada przejrzystości

Nie ulega wątpliwości, że warunkiem realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest w szczególności zagwarantowanie przejrzystości procedur. Zapewnia to możliwość weryfikacji prawidłowości działań zamawiającego, a w dalszej kolejności umożliwia skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W związku z tym zamawiający są zobowiązani do upubliczniania wszystkich istotnych informacji o postępowaniu, w szczególności poprzez:

Jedynie w wyjątkowych sytuacjach jest możliwe ograniczanie dostępu do dokumentów zamówienia.

- ogłoszenie publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym UE, a także
- udostępnienie dokumentów zamówienia na stronie internetowej zamawiającego.

Zamawiający ma obowiązek zapewnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do dokumentów zamówienia od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jedynie w wyjątkowych sytuacjach jest możliwe ograniczanie dostępu do dokumentów zamówienia. W szczególności jest to możliwe w sytuacji, gdy zamawiający określi w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Nawet jeśli zamawiający nie może udostępnić części dokumentów zamówienia na stronie internetowej z powodu ochrony ich poufnego charakteru, jest zobowiązany określić w ogłoszeniu o zamówieniu sposób dostępu do tych informacji oraz wymagania związane z ochroną ich poufnego charakteru (...).

Zasada proporcjonalności

Wszelkie działania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny mieć charakter proporcjonalny, co oznacza, że powinny być adekwatne dla osiągnięcia zakładanych celów. Na gruncie unijnego prawa zamówień publicznych stwierdza się wręcz, że w świetle zasady proporcjonalności, będącej ogólną zasadą prawa wspólnotowego, wszelkie podejmowane przez zamawiających środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia ich celów¹. Tym samym zamawiającym nie wolno podejmować działań i formułować wymagań, które byłyby obiektywnie

nadmiernie rygorystyczne, a przez to ograniczałyby w sposób nieuzasadniony dostęp do wzięcia udziału w postępowaniu (...).

Przestrzeganie zasady proporcjonalności ma szczególne znaczenie dla efektywnego uczestniczenia w systemie zamówień publicznych przedsiębiorców należących do kategorii MŚP. Nieproporcjonalne warunki udziału w postępowaniu, w szczególności wygórowane wymagania dotyczące ich sytuacji finansowej, mogą stanowić poważną barierę w uczestnictwie w rynku zamówień publicznych. Mając zatem na względzie, że od 1 stycznia 2021 r. ustawodawca w znacznie większym stopniu afirmuje efektywność ekonomiczną, która jest ściśle związana z zasadą proporcjonalności, warto pamiętać, że przedsiębiorcy mogą i powinni domagać się od zamawiających działania w sposób adekwatny do zakładanych celów – niewątpliwie nowa ustawa dostarcza wielu argumentów, które w większym niż dotychczas stopniu pozwalają realizować w tym obszarze interes MŚP (...).

Zasada efektywności ekonomicznej

Przestrzeganie wszystkich wymienionych dotychczas zasad ma zapewnić, że zamawiający wybierze ofertę optymalnie zaspokajającą jego potrzeby. Tym samym ich przestrzeganie ma służyć realizacji zasady efektywności ekonomicznej (art. 17 ust. 1 PZP).

Jak już wspomniano, wprowadzenie tej zasady jest jedną z najdonioślejszych zmian, jakie dokonają się w polskim

Zamawiającym nie wolno podejmować działań i formułować wymagań, które byłyby obiektywnie nadmiernie rygorystyczne, a przez to ograniczałyby w sposób nieuzasadniony dostęp do wzięcia udziału w postępowaniu.

systemie zamówień publicznych po 1 stycznia 2021 r. Oczywiście wypada podkreślić, że jej ustanowienie nie jest jakąkolwiek rewolucyjną zmianą. Można by nawet stwierdzić, że przecież zawsze celem zamawiającego było udzielanie zamówień publicznych w sposób, który pozwoli na optymalną realizację jego ekonomicznego celu. Nie ulega jednak wątpliwości, że liczne obowiązki formalne niejednokrotnie znacząco utrudniały urzeczywistnianie takiego podejścia, przy czym bardzo często nie wynikało to wcale z wadliwości przepisów. Czasami źródłem były trudności organizacyjne, a niekiedy także zachowawcza postawa zamawiających. Dlatego wyraźne wyartykułowanie w ustawie zasady efektywności ekonomicznej należy taktować nie tylko jako wskazówkę dla interpretacji nowych przepisów, ale przede jako impuls do zmiany podejścia (...).

Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zasadniczo zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył taką ofertę. Przez ofertę najkorzystniejszą należy rozumieć ofertę z najniższą ceną (lub kosztem) albo ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 1 PZP). Ten drugi wariant ma duże znaczenie z tego powodu, że w przepisach PZP utrzymano zasadę, iż jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjnie nieposiadające osobowości prawnej oraz ich związki, powinny stosować kryterium ceny o maksymalnej wadze 60%, a w pozostałym zakresie powinny stosować tzw. pozacenowe kryteria oceny ofert (art. 246 ust. 1 PZP). Tytułem przykładu warto więc wspomnieć, że w praktyce jednostki samorządu terytorialnego czy też organy administracji rządowej powinny przy wyborze oferty najkorzystniejszej dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem aspektów innych niż cena, w szczególności na podstawie kryteriów jakościowych. Obowiązku tego można uniknąć wyłącznie wtedy, kiedy w opisie przedmiotu zamówienia zostaną szczegółowo określone wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia (art. 246 ust. 2 PZP) (...).

Analiza potrzeb i wymagań

Wraz z ustanowieniem zasady efektywności ekonomicznej ustawodawca nałożył na zamawiających nowe obowiązki, które mają służyć jej realizacji. Jednym z nich jest konieczność przygotowania analizy potrzeb i wymagań, którą zamawiający publiczni będą musieli sporządzić przed wszczęciem postępowania (art. 83 PZP). Analiza ta powinna w szczególności obejmować badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych, a także rozeznanie rynku:

- w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,
- w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazać, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia (...).

Raport z realizacji zamówienia

Całkowicie nowym obowiązkiem formalnym nałożonym w nowej ustawie na zamawiających jest również konieczność sporządzania raportu z realizacji zamówienia (art. 446 PZP). Ten obowiązek dotyczy wszystkich zamawiających (zarówno publicznych, jak i sektorowych oraz subsydiowanych), lecz aktualizuje się wyłącznie w określonych przez ustawodawcę sytuacjach. Raporty te będą sporządzane w przypadku, gdy:

- na realizację zamówienia zamawiający wyda ostatecznie kwotę wyższą co najmniej o 10% od wartości ceny ofertowej,
- na wykonawcę zostaną nałożone kary umowne w wysokości co najmniej 10% wartości ceny ofertowej;
- wystąpią opóźnienia w realizacji umowy przekraczające co najmniej 30 dni,
- zamawiający lub wykonawca odstąpi od umowy w całości lub w części albo dokona jej wypowiedzenia w całości lub w części.

Z punktu widzenia przedsiębiorców najistotniejsze znaczenie ma jednak treść raportu, który powinien zawierać:

- wskazanie kwoty, którą wydatkowano na realizację zamówienia, oraz porównanie jej z ceną pierwotnie

zakładaną (na etapie przygotowania postępowania oraz w momencie zawierania umowy),

- wskazanie okoliczności, które aktualizowały obowiązek sporządzenia raportu wraz z określeniem przyczyn ich wystąpienia,
- ocenę sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania,
- wnioski co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych.

Konkurs

Niewątpliwie z perspektywy MŚP poważną zmianą w stosunku do rozwiązań obowiązujących przed 2021 r. jest modyfikacja reguł dotyczących organizowania konkursów – zmiana ta oczywiście dotyczy już bezpośrednio zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Konkurs jest szczególną procedurą, w ramach której zamawiający może dokonać wyboru pracy konkursowej o charakterze twórczym. Będzie ona dotyczyć w szczególności planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, projektowania architektonicznego, projektowania architektoniczno-budowlanego, przetwarzania danych, projektowania z zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego. Kluczowe znaczenie praktyczne ma przy tym fakt, że jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, to zorganizowanie konkursu jest obowiązkiem zamawiającego publicznego, jeżeli wartość zamówienia przekracza progi unijne (...).

Kancelaria WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr

Artykuł jest fragmentem publikacji pt. „Nowe Prawo zamówień publicznych – poradnik dla małych i średnich przedsiębiorców”, która została wydana przez ośrodek Enterprise Europe Network przy Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

¹ Zob. wyrok TSUE z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C 376/08 Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano.

Oferty współpracy

Austria

Austriacka firma z branży diagnostyki medycznej, w celu obniżenia całkowitych kosztów produkcji i zwiększenia automatyzacji procesu produkcyjnego, poszukuje partnerów wyspecjalizowanych w projektowaniu i produkcji urządzeń medycznych. Firma oferuje współpracę na podstawie umowy o wsparciu technicznym. Numer referencyjny TRAT20201005001

Austriacka hurtownia produktów ortopedycznych poszukuje partnera do wspólnego opracowania nowych ortez i bandaży. Potencjalny partner powinien mieć doświadczenie w przetwarzaniu materiałów tekstylnych i małych elementów metalowych. Austriacka firma zajmie się dystrybucją gotowych produktów i sprzedażą. Oferowana forma współpracy to umowa produkcyjna. Numer referencyjny TRAT20201111001

Finlandia

Fińska firma, działająca w obszarze bezpieczeństwa ruchu i edukacji kierowców, w związku ze zwiększoną liczbą osób starszych prowadzących pojazdy w Finlandii, poszukuje międzynarodowego dostawcy akcesoriów samochodowych dedykowanych dla starszych kierowców i mających na celu m.in. ułatwienie wsiadania i wysiadania, a także obsługę i prowadzenie samochodu. Firma oferuje współpracę na podstawie umowy o świadczenie usług dystrybucyjnych. Numer referencyjny BRFI20201110001

Hiszpania

Hiszpańskie przedsiębiorstwo specjalizujące się w rozwiązaniach foto-nicznych dla przemysłu opracowało innowacyjny czujnik optyczny do wykrywania jonów metali w wodzie. Czujniki optyczne są obiecującą alternatywą dla konwencjonalnych technik analitycznych monitorowania jakości wody w środowisku naturalnym i przemysłowym. Firma poszukuje partnera chętnego do przetestowania technologii i wdrożenia prototypu w swoich zakładach przemysłowych w ramach umowy

o współpracy technicznej. Numer referencyjny TRES20201001001

Luksemburg

Firma z Luksemburga, specjalizująca się w sprzedaży herbat i naparów ziołowych, poszukuje producentów zastawy do herbaty. Firma jest zainteresowana współpracą na podstawie umowy produkcyjnej. Numer referencyjny BRLU20200803001

Macedonia

Firma z Macedonii, zajmująca się produkcją gier komputerowych, poszukuje wsparcia technicznego przy tworzeniu nowego tytułu. Aktualnie firma pracuje nad pierwszą częścią gry 3D o tematyce przygodowej w konwencji Escape Room. Do stworzenia kolejnych części gry firma poszukuje partnerów wyspecjalizowanych w użyciu platformy Unity 3D, High Definition Render Pipeline (HDRP), Maya/3D Max do modelowania 3D, Substance do teksturowania i ZBrush do rzeźbienia. Firma jest zainteresowana zawarciem umowy o współpracę technologiczną. Numer referencyjny TRMK20201002001

Niemcy

Niemiecka firma, specjalizująca się w produkcji, sprzedaży i konserwacji rowerów, w tym rowerów elektrycznych, w związku z rosnącym zapotrzebowaniem na swoje wyroby, poszukuje partnerów zainteresowanych produkcją rowerów pod marką własną firmy niemieckiej. Firma oferuje współpracę w formie podwykonawstwa. Numer referencyjny BRDE20201026001

Rumunia

Rumuńska firma IT poszukuje partnerów do pracy przy oprogramowaniu

dla obrazowania medycznego. Firma chciałaby wspólnie ubiegać się o dofinansowanie technologii bezdotykowego pomiaru ciała. Potencjalni partnerzy powinni mieć doświadczenie w dziedzinie sztucznej inteligencji i internetu rzeczy. Numer referencyjny BRRO20200930001

Ukraina

Ukraiński producent gier planszowych nawiąże współpracę z podmiotami o podobnym profilu z innych krajów w celu zawarcia umowy licencyjnej na produkcję i wprowadzenie ich gier na rynek ukraiński. Firma jest zainteresowana grami dla dorosłych oraz dla dzieci ze wszystkich grup wiekowych. Numer referencyjny BRUA20200928001

Ukraińska firma, działająca od 2000 r. w branży meblarskiej, produkuje luksusowe meble tapicerowane, m.in.: łóżka, sofy, krzesła, pufy, szafki nocne, komody itd. Firma poszukuje dostawców elementów funkcjonalnych (np. mechanizmy do ram łóżek, wkręty samogwintujące, wsporniki do mebli) i dekoracyjnych (np. materiały tapicerskie). Numer referencyjny BRUA20201007001

Wielka Brytania

Firma z Irlandii Północnej poszukuje producenta mogącego dostarczyć zaprojektowane i opatentowane przez firmę plastikowe zszywki kablowe do mocowania kabli elektrycznych do drewnianych elementów konstrukcyjnych. Zszywki składają się z paska 20 plastikowych korpusów i 40 plastikowych gwoździ. Jest to w pełni izolowana kłamra kablowa, która współpracuje ze specjalnie zaprojektowanym zszywaczem na baterie. Firma oferuje współpracę na podstawie umowy o podwykonawstwo. Numer referencyjny BRUK20201009001

Więcej ofert współpracy zagranicznej znajdą Państwo w bazie POD na stronie: www.een.org.pl (zakładka Oferty współpracy).

Skorzystaj z bezpłatnych porad ekspertów

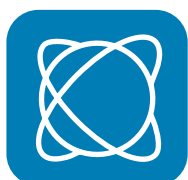
Ośrodek Enterprise Europe Network przy PARP oferuje bezpłatne usługi informacyjne z zakresu prawa oraz polityk i programów UE, internacjonalizacji przedsiębiorstw, innowacji i transferu technologii

Nasi konsultanci



Odpowiedzą na pytania dotyczące kwestii prawnych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej na wspólnym rynku europejskim (Polska i inne kraje Unii Europejskiej), obejmujących w szczególności dziedziny takie jak:

- > sprzedaż towarów i świadczenie usług na wspólnym rynku UE
- > rozpoczynanie działalności gospodarczej
- > zatrudnianie pracowników
- > wprowadzanie produktów do obrotu, bezpieczeństwo produktów, oznakowanie CE
- > podatki i cła
- > ochrona konkurencji i konsumentów
- > własność intelektualna i przemysłowa
- > zamówienia publiczne



Pomogą w nawiązaniu współpracy biznesowej i technologicznej z zagranicznymi partnerami



Udzielą informacji na temat wsparcia finansowego i organizacyjnego dostępnego w ramach programów Unii Europejskiej, np. HORYZONT 2020 i COSME

Zapraszamy do zadawania pytań za pośrednictwem formularza kontaktowego na stronie

<https://www.een.org.pl/een/bezplatne-porady-naszych-ekspertow>