

NEWSLETTER

IT-TECH/PZP LAW

W NUMERZE:

- Terminowe wykonanie umów IT w czasach pandemii COVID-19
- Przedawnienie roszczeń z umów IT w czasach pandemii COVID-19
- Stosowanie prawa zamówień publicznych w czasie pandemii COVID-19
- Unia Europejska zabiera głos w sprawie udzielania zamówień publicznych w okresie pandemii COVID-19
- Prawo komunikacji elektronicznej
- Praca zdalna i cyberbezpieczeństwo
- Certyfikacja cyberbezpieczeństwa usług chmurowych
- Prawidłowe postawienie zarzutu warunkiem skutecznego odwołania do KIO

UMOWY IT

W CZASACH PANDEMII COVID-19

#prawoIT #akty_prawne

Terminowe wykonanie umów IT w czasach pandemii COVID-19

Wraz z upływem czasu nieuchronnie zbliżają się terminy realizacji umów, w tym umów IT. Trudności związane z dotrzymaniem terminów SLA przy mniejszych zasobach kadrowych, opóźnienia w dostawach sprzętu oraz widmo kar umownych za brak terminowej realizacji obowiązków umownych skutecznie spędzają sen z powiek wykonawców, zwłaszcza w przypadku zamówień publicznych i związania zamawiającego dyscypliną finansów publicznych.

Remedium na te problemy przynosi uchwalona przez Sejm 31 marca 2020 r. ustawa o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2020, poz. 568). Nowelizacja ustawy COVID-19 przewiduje w omawianym zakresie następujące narzędzia:

I. Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie informują się wzajemnie o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ, dołączając do takiej informacji oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- decyzji Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- poleceń wydanych przez wojewodów lub decyzji wydanych przez Prezesa Rady Ministrów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19;
- wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia, okoliczności, o których mowa powyżej, w zakresie, w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.



II. Zamawiający, po stwierdzeniu, że takie okoliczności (związane z wystąpieniem COVID-19) mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, w szczególności przez:

- zmianę terminu wykonania umowy lub jej części lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części;
- zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych;
- zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy – o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Warto przy tym pamiętać, że zmiana umowy nie jest czynnością jednostronną. Wymaga zatem współdziałania obu stron. Ustawodawca nie zdecydował się na przyznanie wykonawcom roszczenia o zmianę umowy.

III. Bardzo istotną zmianę z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych, wiążącej zamawiających publicznych, wprowadza art. 15s nowelizacji. Zgodnie z tym przepisem nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych nieustalenie lub niedochodzenie od strony umowy w sprawie zamówienia publicznego należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego i zmiana umowy tym spowodowana. Nowelizacja idzie jeszcze krok dalej, stanowiąc wprost, że nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 296 § 1–4 Kodeksu karnego (wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym), kto nie ustala lub nie dochodzi od strony umowy w sprawie zamówienia publicznego należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19.

Przedawnienie roszczeń z umów IT w czasach pandemii COVID-19

Skutki COVID-19 coraz mocniej uderzają w kondycję gospodarczą przedsiębiorców. O ile pierwsza fala kryzysu uderzyła głównie w podmioty nastawione na sprzedaż detaliczną dla konsumentów (m.in. sektor gastronomiczny, hotelarski, turystyczny), o tyle branża IT była dotychczas raczej oszczędzana. Nagłe upowszechnienie pracy zdalnej spowodowało zwiększone zapotrzebowanie na drobny sprzęt IT, zwłaszcza laptopy i kamery internetowe, oraz oprogramowanie służące do pracy zdalnej, np. aplikacje VPN czy usługi chmurowe wykorzystywane w pracy zespołowej. Jednocześnie coraz bardziej widoczne stają się jednak skutki ograniczeń w pracy i transporcie, przekładające się na niedobór na rynku niektórych produktów hardware. To musi rzutować na realizację niektórych kontraktów realizowanych w trakcie stanu epidemii.

Pewne środki ograniczające ryzyka dla wykonawców w takich projektach przewiduje uchwalona przez Sejm 31 marca 2020 r. ustawa o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2020, poz. 568 – „Nowelizacja”). Wśród nich na uwagę zasługuje m.in. uelastycznienie w zakresie zmian umów w sprawie zamówienia publicznego, jeśli opóźnienia w ich realizacji wynikają z COVID-19.

Istotnym wątkiem Nowelizacji jest też zawieszenie biegu terminów przedawnienia. Terminy te mają ogromne znaczenie dla dochodzenia roszczeń z umów IT, które w wielu przypadkach powstały (i powstają) – także bez związku z pandemią koronawirusa – na skutek niewykonywania lub nienależytego wykonania umowy przez kontrahenta. Aktualnie dochodzenie tych roszczeń jest utrudnione, i to nie tylko ze względu na odwoływanie posiedzeń i rozpraw w sądach, ale też w następstwie problemów organizacyjnych (związanych np. z rozproszeniem osobowym w firmie), z którymi borykają się wszyscy.

Termin przedawnienia można określić jako moment, od którego dłużnik (np. zamawiający) może uchylić się od obowiązku spełnienia roszczenia (np. zapłaty z umowy), które wierzyciel (np. wykonawca) posiada wobec niego. Już na etapie prac legislacyjnych kwestia przerwania biegu terminu przedawnienia wywoływała wiele emocji. Nie opadły one też po uchwaleniu Nowelizacji przez Sejm.



Zgodnie z art. 15zrz ust. 1 pkt 3) Nowelizacji w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 nie rozpoczyna się bieg przewidzianych przepisami prawa administracyjnego terminów przedawnienia, a już rozpoczęty – ulega zawieszeniu na ten okres.

Jeszcze na etapie projektu Nowelizacji art. 15zrz ust. 1 obejmował także wstrzymanie biegu terminów przedawnienia określonych w prawie cywilnym. Odejście od tego rozwiązania przez ustawodawcę (niezależnie od tego, czy było działaniem intencjonalnym, czy tylko skutkiem niedopatrzenia) należy uznać za rezygnację ze „wstrzymania” cywilnych terminów przedawnienia, w tym tych uregulowanych w art. 117 i nast. Kodeksu cywilnego. To one mają kluczowe znaczenie dla dochodzenia roszczeń od kontrahenta. Warto przy tym odnotować nierezadką, praktyczną trudność w odróżnieniu administracyjnych terminów przedawnienia. Wynika ona w dużej mierze z tego, że materialne prawo administracyjne – w przeciwieństwie do prawa cywilnego – nie jest skodyfikowane. Obejmuje jednocześnie swoim zakresem wiele różnorodnych stosunków prawnych. W związku z tym, brak również w systemie prawa administracyjnego uniwersalnej definicji przedawnienia.



Z perspektywy stron umów IT powyższe rozważania są jednak neutralne. Umowy IT powinny być bowiem kwalifikowane jako stosunki cywilne, podlegające „cywilnym” terminom przedawnienia. W istocie więc Nowelizacja nie zmienia terminów przedawnienia z umów IT. Przedsiębiorcy w tym trudnym czasie nie powinni więc tracić z pola widzenia terminów przedawnienia roszczeń, które przysługują im od klientów. Powinni przy tym bardziej zaufać sobie samym niż prawodawcy, podejmując działania zmierzające do uzyskania zapłaty lub przynajmniej przerwania biegu terminu przedawnienia.

Warto mieć na uwadze art. 123 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym bieg przedawnienia można przerwać przez wszczęcie mediacji, uznanie roszczenia przez dłużnika lub – co w praktyce najbardziej powszechne – „każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia”.

To w tej grupie czynności mieści się zawezwanie do próby ugodowej w rozumieniu art. 185 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego. Jest to dość mało skomplikowany i wciąż relatywnie tani² instrument, który może skutecznie pomóc w „odroczeniu” dochodzenia zapłaty od kontrahenta – przynajmniej tym, którzy nie chcą od razu wystąpić z powództwem.

²Od dnia 21 sierpnia 2019 r. opłata od zawezwania do próby ugodowej w sprawach majątkowych wynosi 1/5 opłaty od pozwu, przy czym na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów opłata była stała i wynosiła 40 zł (w sprawach do 10 000 zł) lub 300 zł (w sprawach powyżej 10 000 zł). Aktualnie więc zawezwanie do próby ugodowej może podlegać opłacie nawet do 40 000 zł (w przypadku, gdy opłata do pozwu wynosi 200 000 zł).

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

#orzeczenia #akty_prawne

Prawidłowe postawienie zarzutu warunkiem skutecznego odwołania do KIO

W wyroku z dnia 15 października 2019 r. w sprawie KIO 1851/19 Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”, „Izba”) wyjaśniła, jak należy prawidłowo formułować zarzuty w odwołaniu kierowanym do Izby, a także oceniła zakres swobody zamawiającego w kształtowaniu kryteriów oceny ofert. Kwestie te mogą być szczególnie interesujące dla branży IT – sektora, w którym wnosi się najwięcej odwołań.

Sposób formułowania zarzutów w odwołaniu

Stosownie do art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”) odwołanie wnoszone do KIO powinno:

- wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z PZP;
- zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów;
- określać żądanie;
- wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Pośród powyższych elementów największą trudności może przysparzać formułowanie zarzutów. Modelowy zarzut stanowi most łączący pozostałe składniki odwołania, ponieważ to w nim w logiczną całość należy ułożyć zarzucane zamawiającemu naruszenie PZP, uzasadnienie zarzutów oraz wynikające z naruszenia żądanie rozstrzygnięcia, którego odwołujący oczekuje od KIO.

Błędnie sformułowane zarzuty odwołania nie mogą być poprawiane¹, nie można też stawiać innych zarzutów, nieuwzględnionych w odwołaniu, po terminie na jego wniesienie. Dopuszczenie takiego działania byłoby bowiem równoznaczne z przyznaniem odwołującemu nowego terminu (tj. przywróceniem terminu) na przedstawienie zarzutów, co jest wykluczone w świetle przepisów PZP, zgodnie z którymi termin na wniesienie² odwołania jest nieprzywracalny³.



Izba jest przy tym związana zarzutami odwołania – inaczej niż żądaniem odwołania, które, chociaż stanowi jego element konieczny, nie zamyka Izbie drogi do orzeczenia odmiennie, niż wnosił odwołujący⁴. Niewątpliwie zarzuty można więc uznać za esencję odwołania.

Izba oddaliła zarzut, wskazując, że niewystarczające jest samo przywołanie podstawy prawnej PZP bez dokładnego określenia, na czym polega niezgodność OPZ z art. 29 ust. 2 PZP. Pogląd wyrażony przez Izbę wpisuje się w ugruntowaną linię orzeczniczą KIO, w świetle której zarzut odwołania powinien być skonkretyzowany⁵.

Izba w komentowanym orzeczeniu potwierdziła nadto skuteczność stawiania zarzutów określanych jako „ewentualne”. Nie są one zdefiniowane ustawowo, niemniej w oparciu o praktykę można je scharakteryzować jako zarzuty podnoszone na wypadek nieuznania wcześniejszych zarzutów (podstawowych) i niepodzielenia odnoszącej się do nich argumentacji. Z ustnych motywów rozstrzygnięcia wynika, że – zdaniem składu orzekającego – choć przepisy PZP nie znają instytucji „zarzutu ewentualnego”, to jednak KIO powinna rozpatrzyć tego typu zarzut, traktując go tak, jakby został sformułowany jako zarzut podstawowy.

¹ Por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r., sygn. KIO 179/17, gdzie Izba uznała, że przedstawienie na rozprawie argumentacji merytorycznej nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, jeżeli prowadzi do dowodzenia faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane.

² Por. m.in. wyrok KIO z dnia 5 listopada 2014 r., sygn. KIO 2132/14, w którym Izba za niedopuszczalne uznała próby modyfikowania zarzutów wskazanych w odwołaniu, dokonywane w kolejnych pismach odwołującego składanych już w trakcie rozprawy, w szczególności poprzez poszerzanie ich zakresu.

³ Por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r., sygn. KIO 179/17.

⁴ Por. wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2019 r., sygn. KIO 2633/18.

⁵ Por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 listopada 2018 r., sygn. KIO 2330/18, oraz wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1543/18.

Zakres swobody w kształtowaniu kryteriów oceny ofert

W odniesieniu do kryteriów oceny ofert Izba wywiodła, że w nowelizacji PZP z dnia 22 czerwca 2016 r.[1] o wiele większego znaczenia niż wcześniej nabrały kryteria pozacenowe, których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Zdaniem Izby poszukiwanie przez zamawiających kryteriów oceny ofert powinno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień jest w zasadzie inne, jak również zmieniać się mogą potrzeby zamawiającego. Posiada on prawo kształtowania kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem swoich aktualnych potrzeb, chociażby stosując kryteria dotychczas nie-znane lub niestosowane przez siebie.

KIO uznała, że z faktu honorowania w przeszłości przez zamawiającego różnych certyfikatów nie można wywodzić skutecznego zarzutu naruszenia przezeń PZP w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez wskazanie w badanym przypadku tylko jednego certyfikatu. Według Izby taka interpretacja odbierałaby zamawiającemu prawo kształtowania kryteriów w odniesieniu do czasu, miejsca i zakresu prowadzonego postępowania, wymuszając na nim np. pomijanie zmian w rozwoju technologicznym, które mogły nastąpić.

Pogląd Izby co do swobody zamawiającego w określaniu kryteriów oceny ofert również należy uznać za zgodny z dotychczasową linią orzecniczą. Przykładowo: w wyroku z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. KIO 7/18, stwierdzono, że zamawiający ma pełne prawo do ustalania takich kryteriów oceny ofert, które w jego ocenie spełnią zamierzenia wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia. W kwestii swobody w określeniu kryteriów oceny ofert wypowiedział się także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w poradniku dotyczącym pozacenowych kryteriów oceny ofert.⁷

Podsumowanie

Pogląd przedstawiony w sprawie KIO 1851/19 skłania do wniosku, że odwołujący powinien zwrócić szczególną uwagę na konkretne sformułowanie zarzutów w odwołaniu, zwłaszcza gdy zarzut dotyczy sfery uznania zamawiającego, w której mieści się swoboda w kształtowaniu kryteriów oceny ofert. Konkluzje w tym zakresie mogą być cenne także dla branży IT, gdyż ze statystyk prowadzonych przez Urząd Zamówień Publicznych wynika, że najwięcej odwołań wnosi się właśnie w sektorze informatycznym – stanowią one 16,47% wszystkich odwołań kierowanych do KIO.⁸



⁷ Urząd Zamówień Publicznych, Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk, cz. 1, dokument dostępny pod adresem <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/wzorcowe-dokument/pozacenowe-kryteria-oceny-ofert>, stan na 3 kwietnia 2020 r.

⁸ Urząd Zamówień Publicznych, Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r., Warszawa, czerwiec 2019 r., s. 48, dokument dostępny pod adresem https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf, stan na 7 kwietnia 2020 r.

Stosowanie Prawa zamówień publicznych w czasie pandemii COVID-19

Ogólne wyłączenie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych

Na mocy ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu ustalonym zgodnie z uchwaloną przez Sejm nowelizacją z dnia 31 marca 2020 r. („ustawa COVID-19”) wyłączone stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”) do zawierania umów, których przedmiotem są dostawy lub usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Ma to bardzo duże znaczenie dla rynku publicznego, gdyż oznacza, że w wyłączonym zakresie zamawiający działa poza reżimem ustawowym. W praktyce może więc zawrzeć umowę z dowolnym podmiotem. Szczególnie ważne jest, że zgodnie z interpretacją Urzędu Zamówień Publicznych dotyczy to nie tylko zakupu sprzętu medycznego, wyrobów medycznych, środków ochrony indywidualnej czy preparatów do dezynfekcji, ale również dostaw sprzętu IT czy też usług z zakresu IT, w szczególności w celu wyposażenia stanowiska pracy do pracy zdalnej (np. zakup laptopów, telefonów) bądź dostosowania infrastruktury informatycznej zamawiającego, tak aby mógł on wprowadzić i wykonywać pracę zdalną. Zamawiający musi uzasadnić własne potrzeby w tym zakresie, co ma zapobiegać nadużywaniu uchwalonych przepisów.

Wyłączenie podmiotowe

W art. 6 ust. 2 nowelizacji z 31 marca 2020 r. przewidziano również wyłączenie stosowania ustawy do niektórych zamówień udzielanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego, Polski Fundusz Rozwoju SA lub regionalne fundusze rozwoju, związanych z realizacją zadań dotyczących obsługi funduszy utworzonych, powierzonych lub przekazanych na podstawie przepisów odrębnych oraz związanych z realizacją programów rządowych lub innych programów realizowanych ze środków publicznych lub zadań związanych z wykorzystaniem środków pochodzących z takich funduszy, które dotyczą instrumentów wsparcia niezbędnych do przeciwdziałania negatywnym skutkom gospodarczym wystąpienia COVID-19.

- [Nowelizacja tzw. Ustawy o COVID-19 opublikowana w Dzienniku Ustaw Komunikat w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID-19](#)
- [Komunikat w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID-19](#)



Realizacja umów o wykonanie zamówienia publicznego

Nowelizacja ustawy COVID-19 zawiera szereg instrumentów dotyczących realizacji zawartych umów, dotyczących m.in. obowiązku niezwłocznego wzajemnego informowania się stron umowy o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy, możliwości zmiany umowy, a także kwestii dotyczących dochodzenia odszkodowań i żądania zapłaty kar umownych.

Zostały one szerzej omówione w poprzednim artykule pt. „Terminowe wykonanie umów IT w czasach epidemii”.

Terminy w postępowaniach odwoławczych w KIO oraz kontrolach

Zgodnie z nowelizacją ustawy o COVID-19 w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 wstrzymanie i zawieszenie biegu terminów procesowych i sądowych nie dotyczy kontroli i postępowań odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą. Terminy dotyczące postępowania odwoławczego, w szczególności terminy na wniesienie odwołania i przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie ulegają wstrzymaniu ani zawieszeniu. W praktyce oznacza to, że odwołania wnoszą się do Krajowej Izby Odwoławczej na niezmienionych zasadach, choć w tym okresie posiedzenia i rozprawy nie będą się odbywać. Po zakończeniu okresu zagrożenia należy się zatem spodziewać w Krajowej Izbie Odwoławczej kumulacji rozpraw, jakiej jeszcze w historii zamówień publicznych w Polsce nie było.

Warto dodać, że Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, w porozumieniu z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, może określić, w drodze zarządzenia, szczegółowe warunki organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej związane z zapewnieniem prawidłowego toku jej urzędowania oraz stosowane środki zapewniające bezpieczeństwo, mając na względzie konieczność podejmowania działań związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19.

¹Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw.

Unia Europejska zabiera głos w sprawie udzielania zamówień publicznych w okresie pandemii COVID-19

Komisja Europejska w dniu 1 kwietnia 2020 r. wystosowała Komunikat Komisji zatytułowany: „Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania ram dotyczących zamówień publicznych w sytuacji nadzwyczajnej związanej z kryzysem wywołanym epidemią COVID-19”.

Komisja wskazała, że epidemia COVID-19 wywołała kryzys zdrowotny, który wymaga zastosowania szybkich i inteligentnych rozwiązań i elastyczności, aby poradzić sobie z ogromnym wzrostem popytu na podobnego rodzaju towary i usługi, w sytuacji gdy niektóre łańcuchy dostaw uległy zakłóceniu. Podkreślono konieczność zapewnienia dostępności środków ochrony indywidualnej, takich jak maski i rękawice ochronne, wyrobów medycznych, w szczególności respiratorów, oraz innych środków medycznych, jak również konieczność zapewnienia funkcjonowania infrastruktury szpitalnej i informatycznej.

Komisja wskazała, że instytucje zamawiające w związku z zaistniałą sytuacją mogą:

- w pilnych przypadkach skorzystać z możliwości „znacznego skrócenia terminów, aby przyspieszyć przebieg postępowań prowadzonych w oparciu o procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną”,
- „jeżeli taka elastyczność będzie niewystarczająca, można przewidzieć procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Ostatecznie można by nawet dopuścić bezpośrednie udzielenie zamówienia wybranemu wcześniej podmiotowi gospodarczemu, pod warunkiem że podmiot ten jest jako jedyny w stanie zrealizować wymagane dostawy przy ograniczeniach technicznych i czasowych spowodowanych pilną koniecznością”,
- „ponadto nabywcy publiczni powinni również rozważyć możliwość znalezienia alternatywnych rozwiązań i nawiązania współpracy z podmiotami rynkowymi”.

Wynika z powyższego, że Komisja nie przewidziała możliwości wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, a jedynie wskazała na istniejące uregulowania w przepisach umożliwiające skrócenie terminów składania ofert, a w wyjątkowych przypadkach przeprowadzenie postępowania w oparciu o procedurę odpowiadającą polskiemu trybowi z wolnej ręki. Przy czym w tym drugim przypadku jedynie pod warunkiem, że wybrany wykonawca jest „jako jedyny w stanie zrealizować wymagane dostawy przy ograniczeniach technicznych i czasowych spowodowanych pilną koniecznością”.

Co prawda Komisja wskazała też, że „nabywcy publiczni powinni również rozważyć możliwość znalezienia alternatywnych rozwiązań i nawiązania współpracy z podmiotami rynkowymi” jednakże wytyczne nie są w tym



zakresie jasne. Szczegółowo omówiono jedynie możliwości w zakresie skrócenia terminów (np. terminu składania ofert) oraz procedurę negocjacyjną bez ogłoszenia, z w/w ograniczeniem iż konieczne jest ustalenie, że jeden konkretny podmiot jest w stanie zrealizować zamówienie.

Warto przy tym wskazać, że jest to podejście zupełnie odmienne od polskiego ustawodawcy, który w tzw. ustawie COVID-19 w art. 6 wskazał, że do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 w ogóle nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego dyrektywy.

Ponadto pozostaje też kwestia oceny dwóch odmiennych sposobów podejścia do problemu, tj. działań Komisji i polskiego Sejmu. Takie porównanie nie jest łatwe, jednakże choć działania Komisji można ocenić pozytywnie to wydaje się, iż nie są one wystarczające. W sytuacji bowiem zagrożenia życia i zdrowia tak wielu ludzi, gdy liczy się każdy dzień a w zasadzie nawet godzina wskazywanie jako na rozwiązanie skrócenie terminów składania ofert czy zastosowanie procedur negocjacyjnych może być nieadekwatne. Zwłaszcza, że w tym drugim przypadku Komisja nakazuje upewnienie się, że tylko jeden podmiot jest w stanie zrealizować zamówienie, co nie przystaje do sytuacji. Zamawiający muszą działać szybko a nie zastanawiać się czy dane zamówienie może wykonać jeden podmiot czy większa ich liczba. Co więcej, w sytuacji tak poważnego kryzysu zamawiający powinni być tymczasowo zwolnieni z konieczności wykazywania tego typu przesłanek. Oczywiście wyłączenie stosowania przepisów jest groźne dla rynku bo daje pole do nadużyć, ale wydaje się, że to ryzyko w obliczu pandemii należy jednak zaakceptować. Trzeba jednocześnie przyznać, że trudno winić Komisję Europejską za działania niewystarczające, skoro organ ten porusza się w ustalonych ramach prawnych. Polski ustawodawca zareagował szybko zmieniając obowiązujące prawo. Zatem postulat jak można postawić, to konieczność nowelizacji dyrektyw wspólnotowych, poprzez wprowadzenie przepisów umożliwiających bardziej skuteczne reagowanie, gdyby sytuacja epidemiczna lub podobna miała się kiedyś powtórzyć.

CYBERBEZPIECZEŃSTWO

#rekomendacje_i_wytyczne #wydarzenia

Praca zdalna i cyberbezpieczeństwo – wytyczne ENISA oraz NASK

W okresie pandemii znacząco zwiększyła się aktywność w sieci – dotyczy to jednak nie tylko edukacji czy pracy zdalnej, ale też działalności cyberprzestępców. Rekomendacje w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa danych i systemów podczas pracy zdalnej i codziennych aktywności przedstawiły Agencja UE ds. Cyberbezpieczeństwa (ENISA) oraz Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy (NASK).

ENISA: bezpieczeństwo pracy zdalnej

Agencja UE ds. Cyberbezpieczeństwa jest ośrodkiem wiedzy specjalistycznej w zakresie bezpieczeństwa cybernetycznego w Europie. ENIS-ę powołano w 2004 r., jednak dopiero w czerwcu 2019 r., na mocy unijnego rozporządzenia – Aktu o cyberbezpieczeństwie, otrzymała ona mandat permanentny (wcześniej jej mandat był cyklicznie przedłużany). Przy tej okazji wzmocniono jej rolę – otrzymała nowe kompetencje m.in. w obszarze europejskich ram certyfikacji. ENISA pozostaje przy tym ekspercką agencją, która publikuje różnego rodzaju wytyczne, rekomendacje i dobre praktyki skierowane do poszczególnych grup docelowych (np. operatorów usług kluczowych, administratorów danych), jak również do wszystkich użytkowników. Taki właśnie charakter mają wytyczne opublikowane pod [linkiem](#).



Szczególną uwagę warto zwrócić na sugestie skierowane bezpośrednio do pracodawców. Wielu z nich dotychczas nie posiadało adekwatnych procedur dotyczących pracy zdalnej, w tym nie ustaliło reguł postępowania na wypadek incydentu cyberbezpieczeństwa. Z tych powodów ENISA zaleca, aby pracodawca:

- poinformował pracowników, jak powinni zachować się w sytuacji incydentu lub innych problemów dotyczących pracy zdalnej – jak należy postępować, z kim się skontaktować, w jakich godzinach zapewnione jest wsparcie. Informacje te powinny być aktualizowane w razie potrzeby;
- zapewnił narzędzia do pracy zdalnej, w tym również narzędzia zapewniające bezpieczeństwo, jak uwierzytelnienie i zabezpieczone komunikatory;
- zapewnił wsparcie techniczne w przypadku problemów;
- zdefiniował jasną ścieżkę postępowania w przypadku incydentu cyberbezpieczeństwa, np. ataku phishingowego, wycieku danych itp.;
- rozważył ograniczenie zdalnego dostępu do szczególnie istotnych systemów, jeśli uzna to za konieczne.

ENISA kieruje też swoje rekomendacje do wszystkich użytkowników, skupiając się na konieczności zapewnienia back-upów danych oraz aktualizacji wykorzystywanych narzędzi, tak by zawierały udostępnione przez producentów patche (poprawki łatające zidentyfikowane luki bezpieczeństwa).

NASK: bezpieczeństwo codziennej aktywności

Z kolei materiał przygotowany przez NASK we współpracy z Europolem i Policją skupia się na bezpieczeństwie korzystania z sieci w codziennych czynnościach, takich jak choćby zakupy, i kieruje szczególne wskazówki do rodziców. Materiał dostępny jest pod [linkiem](#).

Kwestie te są o tyle istotne, że NASK obserwuje w czasie pandemii wzrost liczby ataków phishingowych i innego rodzaju oszustw internetowych – przestępcy wykorzystują nieuwagę użytkowników i niepokoje społeczne. Jako podmiot pełniący rolę jednego z krajowych CSIRT (zespołów reagowania na incydenty bezpieczeństwa komputerowego) NASK działa aktywnie w zakresie analizy incydentów dotyczących bezpieczeństwa i koordynowania reakcji na nie. Jedną z najnowszych inicjatyw Instytutu jest zawarte w dniu 23 marca 2020 r. z Ministerstwem Cyfryzacji, Urzędem Komunikacji Elektronicznej i operatorami telekomunikacyjnymi porozumienie, na mocy którego zostanie stworzony rejestr domen prowadzonych w celach przestępczych.

Certyfikacja cyberbezpieczeństwa usług chmurowych

– powołano grupę roboczą

Praca nad unijnym programem certyfikacji cyberbezpieczeństwa usług chmurowych trwa – Agencja UE ds. Cyberbezpieczeństwa (ENISA) uzyskała właśnie wsparcie w postaci grupy roboczej powołanej 6 marca 2020 r. Wyniki jej działań mają zostać przedstawione do końca bieżącego roku.

Grupa robocza liczy 20 członków pochodzących z różnych środowisk – przedstawiciele zarówno sektora publicznego, jak i przedsiębiorców, a także dostawców chmury i jej użytkowników. Powołanie grupy poprzedził proces rekrutacyjny, a jej utworzenie jest kolejnym krokiem w kierunku wypracowania projektu unijnego programu certyfikacji usług chmurowych. Komisja Europejska dostrzegła potrzebę wprowadzenia jednolitego systemu certyfikacji w przedmiocie chmury już w roku 2012 w komunikacie „Wykorzystanie potencjału chmury obliczeniowej w Europie”. Prace w tym obszarze prowadziła ENISA, koordynując działania grup roboczych oraz sporządzając analizy, w tym również zestawienie krajowych programów certyfikacji chmury, których lista dostępna jest [tutaj](#).



Obecna intensyfikacja prac jest następstwem uzyskania przez ENISA stałego mandatu oraz ustanowienia europejskich ram certyfikacji cyberbezpieczeństwa w unijnym rozporządzeniu Akt o cyberbezpieczeństwie. Na podstawie tej regulacji ENISA ma stworzyć programy certyfikacji dla konkretnych produktów oraz usług. Programy te mają służyć zapewnieniu, że poddane certyfikacji produkty, procesy i usługi spełniają określone wymogi bezpieczeństwa i, tym samym, że zagwarantowano właściwy w świetle oszacowanego ryzyka (risk-based approach) poziom dostępności, autentyczności, integralności i poufności danych, funkcji lub usług dostępnych za ich pośrednictwem.



Jednorodne zasady w obszarze certyfikacji mają przeciwdziałać rozdrobnieniu wynikającemu z istnienia krajowych programów i barierom na jednolitym rynku cyfrowym. Biorąc pod uwagę, że obecnie w krajach UE istnieją odmienne systemy certyfikacji, dostawcy działający na terenie kilku państw członkowskich zmuszeni są do uzyskiwania certyfikatów na różnych zasadach. Nowe, unijne certyfikaty mają natomiast być uznawane we wszystkich państwach członkowskich UE.

Trzeba przy tym zauważyć, że funkcjonujące obecnie programy certyfikacyjne mają w większości charakter dobrowolny. Zasadę tę uwzględniono również w Akcie o cyberbezpieczeństwie. Nie wykluczono przy tym obowiązkowej certyfikacji w przypadkach zastrzeżonych w prawie unijnym lub prawie państw członkowskich. Może się więc okazać, że w przypadku wybranych produktów czy usług uzyskanie certyfikatu będzie konieczne, by móc je oferować.

Niezależnie od tego należy mieć na uwadze, że unijne certyfikaty cyberbezpieczeństwa mają szansę stać się powszechnym rozwiązaniem. Byłoby to zresztą wyrazem tendencji polegającej na dążeniu do certyfikacji poszczególnych produktów i usług, widocznej już w innych dziedzinach – jak choćby w obszarze danych osobowych (RODO również przewiduje dobrowolną certyfikację). Można się też spodziewać, że podobny efekt zostanie osiągnięty w sferze zamówień publicznych, gdzie zamawiający będą wymagać certyfikowanych produktów lub usług bądź dodatkowo je punktować. Szerszą analizę poświęconą Aktowi o cyberbezpieczeństwie opublikowaliśmy na naszym blogu [tutaj](#).

TELEKOMUNIKACJA

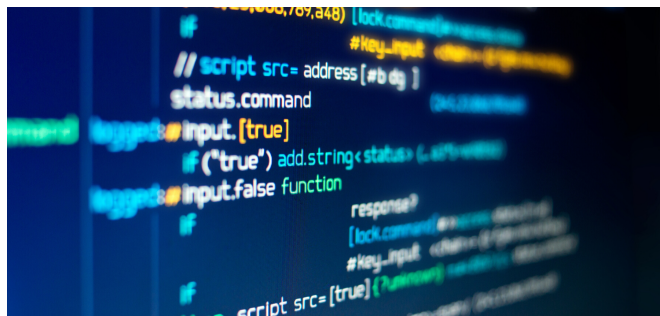
#akty_prawne

Prawo komunikacji elektronicznej – rewolucja w zakresie prawa telekomunikacyjnego i wdrożenie dyrektywy Europejski kodeks łączności elektronicznej

W dniu 6 marca 2020 r. do prekonsultacji trafił projekt ustawy Prawo komunikacji elektronicznej („PKE”). Ma ona zastąpić dotychczasową ustawę Prawo telekomunikacyjne i, co szczególnie istotne, wdrożyć do polskiego porządku prawnego unijną dyrektywę Europejski kodeks łączności elektronicznej (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. – „EKŁE”).

Dyrektywa Europejski kodeks łączności elektronicznej jest najważniejszym w ostatnich latach aktem tego typu dla rynku szeroko pojętej łączności. EKŁE stanowi kodyfikację rozproszonych dotychczas regulacji prawnych dotyczących rynku telekomunikacyjnego w UE (dyrektywy o dostępie, dyrektywy o zezwoleniach, dyrektywy o usłudze powszechnej i dyrektywy ramowej). Wśród głównych celów regulacji rynku łączności na centralnym miejscu w EKŁE postawiono rozwój sieci o bardzo dużej przepustowości (5G) oraz powszechny dostęp do nich. Dyrektywa musi zostać wdrożona przez państwa członkowskie do 21 grudnia 2020 r. – taki też jest horyzont czasowy uchwalenia PKE.

Usługi łączności elektronicznej – czy też, jak nazywa je projekt polskiej ustawy, usługi komunikacji elektronicznej – to jedno z istotnych pojęć nowej regulacji. Ma ono szersze znaczenie niż pojęcie usług telekomunikacyjnych, gdyż zakres regulacji EKŁE i PKE obejmuje także tzw. usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystujące numerów z krajowego czy międzynarodowego planu numeracji. Do tych ostatnich należą usługi typu over-the-top umożliwiające komunikację między indywidualnymi osobami, poprzez wiadomości tekstowe lub głosowo (VoIP) – czyli komunikatory takie, jak WeChat, Viber, Skype, WhatsApp itp., a także usługi poczty elektronicznej. Zgodnie z nowymi przepisami na dostawcach tych usług będą spoczywać nowe obowiązki, w niektórych aspektach (np. w zakresie określonych obowiązków informacyjnych wobec konsumentów) zrównane z obowiązkami przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Na dostawców usług łączności interpersonalnej niewykorzystującej numerów może też zostać nałożony m.in. obowiązek zapewnienia interoperacyjności ich usług.



PKE wprowadza zmiany w zakresie dostępu do infrastruktury. Spory na tym tle mają być rozstrzygane w ramach ujednoczonej procedury. Przepisy zmierzają do wzmocnienia współdzielenia infrastruktury oraz wspólnego inwestowania w nią.

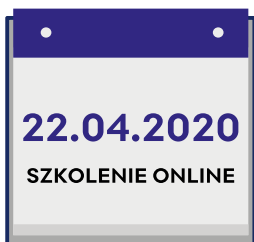
W projekcie pojawiają się zmiany dotyczące użytkowania widma radiowego, m.in. odnośnie do okresu rezerwacji częstotliwości. W PKE przewiduje się – w zgodzie z EKŁE – minimum 15-letni okres rezerwacji dla tzw. częstotliwości zharmonizowanych, tj. 9 kHz i 3000 GHz.

Proponowaną ustawą wprowadzone mają zostać w pełni zharmonizowane przez EKŁE przepisy dotyczące praw użytkowników końcowych, obejmujące wzmocnienie praw konsumentów, zrównanie w niektórych przypadkach uprawnień mikro- i małych przedsiębiorców i organizacji non profit z uprawnieniami konsumentów. Obowiązki informacyjne wobec konsumentów poszerzone są w PKE m.in. o formularz informacyjny przekazywany na trwałym nośniku przed zawarciem umowy. W przypadku pakietów wiązanych, obejmujących usługę dostępu do Internetu lub komunikacji interpersonalnej wykorzystującej numery, uprawnienia konsumenta dotyczące m.in. udzielania informacji oraz rozwiązywania umów są rozciągnięte na wszystkie usługi wchodzące w pakiet.

Te i inne zmiany przewiduje projekt PKE, nad którym prace w dalszych krokach przewidują miesięczne konsultacje publiczne na przełomie maja i czerwca 2020 roku (jednak termin ten może zostać przesunięty ze względu na opóźnienie w harmonogramie prac spowodowane pandemią COVID-19).

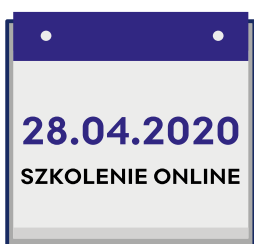
NADCHODZĄCE WYDARZENIA

#szkolenia



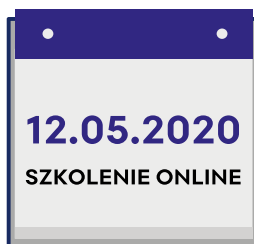
"Umowy na korzystanie z oprogramowania w chmurze obliczeniowej - wyzwania, ryzyka i praktyczne aspekty zawierania i negocjowania umów na cloud computing"

adw. Xawery Konarski, r.pr. Agnieszka Wachowska

[Więcej informacji >>](#)

"Zamówienia publiczne w świetle nowej ustawy PZP ze szczególnym uwzględnieniem rynku IT"

r.pr. Tomasz Krzyżanowski i r.pr. Piotr Nepelski

[Więcej informacji >>](#)

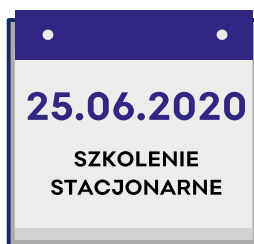
"Umowy na utrzymanie, serwis i rozwój systemów IT - najlepsze praktyki i sporne kwestie"

r.pr. Agnieszka Wachowska

[Więcej informacji >>](#)

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

adw. Xawery Konarski, r.pr. Agnieszka Wachowska

[Więcej informacji >>](#)

"Zmiana i rozwiązanie umowy IT za szczególnym uwzględnieniem umów zawieranych w sektorze publicznym"

r.pr. Joanna Stecyk, r.pr. Piotr Nepelski

[Więcej informacji >>](#)

ARTYKUŁY

#czasopisma



„Ugody w sporach o realizację usług informatycznych”

– artykuł autorstwa Joanny Stecyk i Agnieszki Wachowskiej ukazał się w marcowym numerze czasopisma „IT w Administracji”

„Cyberbezpieczeństwo a zamówienia publiczne”

– artykuł autorstwa Joanny Jastrzęb ukazał się w marcowym numerze czasopisma „Zamówienia publiczne. Doradca”

„Jak poruszać się w tematyce zamówień mieszanych?”

– artykuł autorstwa Karoliny Grocheckiej-Goljan został opublikowany do Dodatku do marcowego wydania miesięcznika „Zamówienia publiczne. Doradca”



Autorzy



Agnieszka Wachowska
Radca prawny, Partner



Piotr Nepelski
Radca prawny



Tomasz Krzyżanowski
Radca prawny



Joanna Stecyk
Radca prawny



Joanna Jastrzęb
Radca prawny



Magdalena Gąsowska-Paprotka
Radca prawny

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

the law