

Do:
Szanowny Pan
Dariusz Piasta
Wiceprezes Urzędu
Zamówień Publicznych

Dotyczy:

Wykrytych w ostatnim czasie zagrożeń związanych z oferowaniem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nielicencjonowanego oprogramowania z podrobionymi etykietami lub certyfikatami mającymi świadczyć o jego autentyczności

Celem niniejszego pisma jest zwrócenie uwagi Urzędu na poważne ryzyko związane z narastającym problemem nielegalnego rozpowszechniania nielicencjonowanego oprogramowania w Polsce. Do powyższego oprogramowania są często załączane podrobione certyfikaty/etykiety producentów lub kody aktywacyjne produktu. Produkty te są sprzedawane niczego niepodejrzewającym klientom, którzy stają się ofiarami nieuczciwych sprzedawców. **Niestety w ostatnim czasie zdarza się, że takie produkty są oferowane w przetargach organizowanych przez instytucje publiczne, co naraża te ostatnie na wysokie ryzyko nieprawidłowego wydatkowania środków publicznych oraz wspierania niezgodnej z prawem działalności.**

W związku z powyższym, w imieniu Związku Pracodawców Technologii Cyfrowych Lewiatan, uprzejmie proszę Pana Prezesa o zapoznanie się z opisanym przez naszych ekspertów stanem faktycznym oraz propozycjami rozwiązań, które mają na celu minimalizację ryzyk związanych z przedstawionymi zagrożeniami. Liczymy na poparcie Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie eliminowania takich nielegalnych praktyk oraz współpracę w działaniach informacyjnych i edukacyjnych skierowanych do podmiotów sektora publicznego.

Ujawnione typowe scenariusze nieuczciwych praktyk

(a) Dostawa komputerów z nielicencjonowanym oprogramowaniem

W przypadku dostawy komputerów z już zainstalowanym oprogramowaniem, istnieje ryzyko, iż zainstalowane oprogramowanie jest nielicencjonowaną kopią naruszającą przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Podrobione certyfikaty lub etykiety mające świadczyć o autentyczności produktu są umieszczane na urządzeniach, sprzęcie, pudełkach i innych elementach urządzeń dla wprowadzenia klienta w mylne przekonanie, że oprogramowanie jest autentyczne i pochodzi z legalnego źródła. Często okazuje się, że kody wydrukowane na takich certyfikatach były już kiedyś aktywowane lub używane przez inne podmioty, lub pochodzą z kradzieży. Dlatego też należy zwrócić szczególną uwagę na weryfikację autentyczności tego typu certyfikatów.

Dostawa komputerów z nielicencjonowanym oprogramowaniem i podrobionymi certyfikatami przez dostawcę nie tylko stanowi naruszenie art. 116 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz art. 305 ustawy Prawo własności przemysłowej, ale również przestępstwo oszustwa określone w art. 286 Kodeksu karnego.

(b) Dostawa nielegalnie zwielokrotnionych kopii oprogramowania

Niektórzy sprzedawcy oferują produkty na nośnikach takich jak płyta DVD-R lub pamięć USB. Może to świadczyć o pochodzeniu oprogramowania z nielegalnego źródła oraz jego zwielokrotnieniu i rozpowszechnianiu w sposób niezgodny z prawem. Dostawa oprogramowania na nośnikach, bez wyraźnego oznakowania umieszczonego przez producenta oprogramowania, powinna wzbudzić wątpliwości, które warto wyjaśnić u producenta danego oprogramowania.

Nieautoryzowane zwielokrotnianie i sprzedaż takiego oprogramowania stanowi naruszenie prawa autorskiego i przestępstwo, o którym mowa w art. 116 oraz art. 117 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

(c) Dostawa nieautoryzowanych kodów aktywacyjnych oprogramowania

Niektórzy dostawcy przekazują kody aktywacyjne pocztą elektroniczną lub w formie tabel (wydrukowanych lub dostarczonych w formacie cyfrowym). U niektórych producentów oprogramowania, do sprzedaży kodów aktywacyjnych w formie elektronicznej uprawnione są wyłącznie wybrane podmioty. Wspomniane kody dystrybuowane bez upoważnienia producenta mogą pochodzić z kradzieży lub mogą być uprzednio już aktywowane przez większą liczbę użytkowników niż jeden. Zakup takich kodów aktywacyjnych nie daje użytkownikowi żadnych uprawnień do zainstalowania i korzystania z takiego oprogramowania.

Dostawa takich nieautoryzowanych/pochodzących z kradzieży kodów aktywacyjnych, może stanowić przestępstwo oszustwa z art. 286 Kodeksu karnego oraz pomocnictwo do kradzieży programu komputerowego (art. 278 § 2 w związku z art. 18 § 3 Kodeksu karnego) lub przestępstwo paserstwa (art. 291-293 Kodeksu karnego). Ponadto, instalacja i używanie oprogramowania bez zgody producenta oprogramowania stanowi naruszenie prawa autorskiego i skutkuje powstaniem odpowiedzialności cywilnej nawet jeżeli użytkownik działał w dobrej wierze.

(d) Dystrybucja podrobionych lub przerobionych certyfikatów/etykiet producentów mających świadczyć o autentyczności

Jak wspomniano powyżej, na polskim rynku pojawiają się również podrobione certyfikaty/etykiety producentów. Mogą one być nie tylko już przyklejone do urządzeń (patrz punktu (a) powyżej), ale również mogą być sprzedawane samodzielnie. Zaobserwowano w Polsce oferowanie podrobionych etykiet certyfikatów autentyczności dla systemów operacyjnych jako samodzielnych produktów dostarczanych, na przykład, na arkuszach woskowanego papieru. Takie certyfikaty są zwykle dobrej jakości i jedynie specjalista jest w stanie odróżnić produkt podrobiony od oryginalnego.

Podrobione certyfikaty/etykiety producentów nie są licencjami na oprogramowanie i nie uprawniają użytkownika do zainstalowania lub korzystania z takiego oprogramowania. Dostawa certyfikatów i etykiet tego typu może stanowić przestępstwo oszustwa z art. 286 Kodeksu karnego, pomocnictwo do kradzieży programu komputerowego (art. 278 § 2 w związku z art. 18 § 3 Kodeksu karnego), jak również przestępstwo określone w art. 305 ustawa Prawo własności przemysłowej lub przestępstwo paserstwa (art. 291-293 Kodeksu karnego).

Ryzyko związane z nabyciem oprogramowania od nieuczciwych dostawców

Nabycie przez podmioty z sektora publicznego nielicencjonowanego lub podrobionego oprogramowania i certyfikatów/etykiet powoduje, że podmioty te nie uzyskują żadnych uprawnień do takiego oprogramowania, a środki publiczne zostają zmarnotrawione. Dodatkowo, prowadzi to do sytuacji korzystania przez instytucje publiczne z oprogramowania bez stosownych licencji, co stanowi poważne zagrożenie w świetle prawa i pod względem bezpieczeństwa.

Jeżeli chodzi o względy bezpieczeństwa, przeprowadzone badania potwierdzają ścisły związek między podrobionym oprogramowaniem i złośliwym oprogramowaniem. Obserwujemy coraz bardziej niepokojącą tendencję wskazującą, że wprowadzanie złośliwego kodu do nielicencjonowanego oprogramowania jest popularną metodą wykorzystywaną przez cyberprzestępców w celu zawirusowania i przejęcia kontroli nad komputerami nieświadomych ofiar. Zgodnie z analizą opublikowaną przez IDC w styczniu 2014 r., istnieje 33% prawdopodobieństwo, że konsumenci i przedsiębiorcy będą mieli kontakt ze złośliwym oprogramowaniem w przypadku pozyskania i zainstalowania pakietu pirackiego oprogramowania lub zakupu komputera z zainstalowanym pirackim oprogramowaniem. Takie nieoryginalne oprogramowanie może potencjalnie narażać użytkowników na wyższy stopień zagrożenia ze strony programów szpiegujących, złośliwych aplikacji i wirusów, co z kolei może prowadzić do oszustw finansowych, kradzieży tożsamości, utraty danych, naruszenia poufności oraz awarii systemów.

Wreszcie, poza naruszeniem prawa autorskiego, nabywanie nielicencjonowanego oprogramowania może powodować zarzut niewłaściwego wydatkowania środków publicznych, w tym funduszy z Unii Europejskiej, a dodatkowo – w przypadku wykrycia – może wiązać się z koniecznością wydania urzędów odpowiednim organom ścigania oraz zakazem korzystania z nich co najmniej przez okres toczących się postępowań.

Proponowane rozwiązania

(a) Oświadczenia dostawców

Mając na uwadze powyżej opisane zagrożenia, jesteśmy przekonani, że istnieje konieczność nałożenia na dostawców, przez zamawiające jednostki rządowe ogłaszające przetargi publiczne, obowiązku złożenia oświadczenia, w ramach dokumentacji wymaganej przez zamawiającego, o zaproponowanej poniżej lub zbliżonej treści (z odniesieniem do odpowiednich przepisów prawa, których aktualne brzmienie stanowi załącznik do niniejszego pisma):

„Będąc świadomym konsekwencji wynikających w szczególności z poniższych przepisów prawa:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.),*
- art. 278 § 2 i art. 293 w związku z art. 291 i 292 Kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 1997, Nr 88, poz. 553, z późn. zm.),*
- art. 116 i art. 117 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. (Dz. U. z 2006, Nr 90, poz. 631, z późn. zm.),*
- art. 305 ustawy Prawo własności przemysłowej z dnia 30 czerwca 2000 r. (Dz. U. z 2013, poz. 1410),*

niniejszym oświadczam, że uzyskanie, zwielokrotnianie i rozpowszechnianie oprogramowania [---] dokonywane w celu wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego, nie naruszyło i nie będzie naruszać praw własności intelektualnej żadnej osoby trzeciej i jest zgodne z Ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r., Prawem własności przemysłowej z dnia 30 czerwca 2000 r. (Dz. U. z 2013, poz. 1410), oraz innymi obowiązującymi przepisami polskiego prawa. Oświadczam również, że certyfikaty i etykiety producenta oprogramowania dołączone do oprogramowania [---] i inne elementy oprogramowania, są oryginalne”.

(b) Postanowienia umowy \o udzielenie zamówienia publicznego

Ponadto, zalecamy zawarcie poniższej klauzuli w projekcie umowy, jaka ma być zawarta w wyniku przeprowadzenia procedury przetargowej:

„W ramach procedury odbioru związanej z wykonaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji czy oprogramowanie i powiązane z nim elementy, takie jak certyfikaty/etykiety producenta oprogramowania dołączone do oprogramowania są oryginalne i licencjonowane zgodnie z prawem. W powyższym celu zamawiający może zwrócić się do przedstawicieli producenta danego oprogramowania z prośbą o weryfikację czy oferowane oprogramowanie i materiały do niego dołączone są oryginalne. W przypadku identyfikacji nielicencjonowanego lub podrobionego oprogramowania lub jego elementów, w tym podrobionych lub przerobionych certyfikatów/etykiet producenta, zamawiający zastrzega sobie prawo do wstrzymania płatności do czasu dostarczenia oprogramowania i certyfikatów/etykiet należycie licencjonowanych i oryginalnych oraz do odstąpienia od umowy w terminie [---] dni od daty dostawy. Ponadto, powyższe informacje zostaną przekazane właściwym organom w celu wszczęcia stosownych postępowań”.

Jesteśmy przekonani, że powyższa klauzula zniechęci nieuczciwych dostawców do udziału w takim postępowaniu przetargowym oraz oferowania nielicencjonowanych lub podrobionych produktów, gdyż będą świadomi, że produkty przez nich dostarczane zostaną ostatecznie sprawdzone przez producentów oprogramowania.

Jesteśmy Państwu bardzo wdzięczni za poświęcenie uwagi istotnym problemom przedstawionym w niniejszym piśmie, a także wyrażamy naszą gotowość do przekazania dalszych informacji i udzielenia odpowiedzi na wszelkie Państwa pytania.

Z poważaniem,
Prezes Związku Pracodawców Technologii Cyfrowych Lewiatan
Tomasz Klekowski

Do wiadomości:

– **Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji**

Przepisy prawa, o których mowa w powyższych oświadczeniach

- **Art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych:** „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”;
- **Art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych:** „Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenia zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i podważonemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia”.
- **Art. 278 Kodeksu karnego:** „§ 1. Kto zabiera w celu przywłaszczenia cudzą rzecz ruchomą, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Tej samej karze podlega, kto bez zgody osoby uprawnionej uzyskuje cudzy program komputerowy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”.
- **Art. 291 Kodeksu karnego:** „§ 1. Kto rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego nabywa lub pomaga do jej zbycia albo tę rzecz przyjmuje lub pomaga do jej ukrycia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.
- **Art. 292 Kodeksu karnego:** „§ 1. Kto rzecz, o której na podstawie towarzyszących okoliczności powinien i może przypuszczać, że została uzyskana za pomocą czynu zabronionego, nabywa lub pomaga do jej zbycia albo tę rzecz przyjmuje lub pomaga do jej ukrycia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. W wypadku znacznej wartości rzeczy, o której mowa w § 1, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.
- **Art. 293 Kodeksu karnego:** „§ 1. Przepisy art. 291 i 292 stosuje się odpowiednio do programu komputerowego”.
- **Art. 116 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych:** „Kto bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom rozpowszechnia cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystyczne wykonanie, fonogram, wideogram lub nadanie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.
- **Art. 117 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych:** „Kto bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom w celu rozpowszechnienia utrwała lub zwielokrotnia cudzy utwór w wersji oryginalnej lub w postaci opracowania, artystyczne wykonanie, fonogram, wideogram lub nadanie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.
- **Art. 305 ustawy Prawo własności przemysłowej:** „Kto, w celu wprowadzenia do obrotu, oznacza towary podrobionym znakiem towarowym, zarejestrowanym znakiem towarowym, którego

nie ma prawa używać lub dokonuje obrotu towarami oznaczonymi takimi znakami, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”