LEWIATAN

Warszawa, 21 października 2022 r.
KL/414/201/AM/2022

Pan
Janusz Cieszyński
Sekretarz Stanu ds. cyfryzacji
Pełnomocnik Rządu ds. Cyberbezpieczeństwa
Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Szanowny Panie Ministrze,

W związku z publikacją nowej wersji projektu ustawy o zmianie ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (wersja z 3 października 2022 r., dalej: „Projekt" lub „Uksc"), Konfederacja Lewiatan, w załączeniu, przesyła stanowisko do projektu ustawy.

Z poważaniem,

Maciej Witucki
Prezydent Konfederacji Lewiatan

Załącznik: Stanowisko do projektu ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (wersja z 3 października 2022 r.).

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

LEWIATAN

Stanowisko do projektu ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (wersja z 3 października 2022 r.)

W związku z opublikowaniem kolejnej wersji projektu ustawy ***o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw*** z 3 października 2022 roku (dalej odpowiednio „**Projekt**" lub „**Uksc**" w odniesieniu do projektowanego brzmienia ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa) na stronach biuletynu informacji publicznej przedstawiamy poniższe uwagi.
W pierwszej kolejności chcielibyśmy podziękować Panu Premierowi oraz panu Ministrowi za rezygnację z utrzymywania niekorzystnych rozwiązań, w szczególności niemożliwego do uchylenia rygoru natychmiastowej wykonalności dla decyzji o uznaniu dostawcy za dostawcę wysokie ryzyka. Przyjmujemy również do wiadomości usunięcie z projektu ustawy przepisów dot. powołania spółki Polskie 5G, co była naszym postulatem od momentu wprowadzenia tej koncepcji do projektu ustawy. Działania te postrzegamy jako wolę dialogu, niezwykle ważnego dla strony społecznej, a pośrednio dla przyszłości gospodarczej Polski.

Jednocześnie chcielibyśmy zwrócić uwagę Pana Premiera na **następujące zagadnienia o charakterze systemowym**, które w sposób nieproporcjonalnie negatywny oddziaływają na prowadzenie działalności telekomunikacyjnej w Polsce (także na tle innych rynków UE) oraz na uczciwą i niedyskryminującą konkurencję. Do zagadnień tych zaliczamy:

- zbliżającą się potrzebę implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa na terytorium Unii, uchylającą dyrektywę (UE) 2016/1148 („**NIS2**"),
- przyznanie szerokich przywilejów Operatorowi strategicznej sieci bezpieczeństwa, połączone z możliwością efektywnego konkurowania z „*komercyjnymi*" przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi;
- utrzymanie równej dla wszystkich procedury uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka.

Ze względu na istotność materii oraz liczne uwagi strony społecznej , liczymy na merytoryczną dyskusję i uwzględnienie przedstawianych uwag. Podkreślamy jednocześnie, że za priorytetowe uważamy podjęcie dalszych prac legislacyjnych w sposób, który zapewni szybkie uruchomienie procedury selekcyjnej dla pasma C.

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

LEWIATAN

Korzystając z możliwości wyrażenia stanowiska, zwracamy także uwagę na rozwiązania przyjęte w Czechach – gdzie Premier zdecydował o konieczności zakończenia prac nad projektem legislacyjnym niezgodnym z NIS2 i zobowiązał Dyrektora Krajowego Biura Cyberbezpieczeństwa do przedłożenia nowych przepisów w maju 2023 r.[1]

Uwagi szczegółowe

1. Zaniechanie wdrożenia Projektu

Gdy prace nad Projektem rozpoczęły się we wrześniu 2020 r., wdrażanie Dyrektywy UE 2016/1148 („**NIS**") było jak najbardziej uzasadnione i właściwe. Niemniej już w grudniu 2020 r. Komisja Europejska opublikowała projekt dyrektywy NIS2, którego jednym z założeń było i jest poprawienie koordynacji i wzmocnienie poziomu cyberbezpieczeństwa w całej Unii Europejskiej. Projektodawca europejski uznał również, że osiągnięcie tych celów nie jest możliwe bez uchylenia NIS i przyjęcia całkowicie nowej regulacji.

Aktualnie, jak wynika z publicznych informacji, NIS2 stanie się obowiązującym prawem w ciągu najbliższych tygodni lub miesięcy. W konsekwencji, już w styczniu 2023 r. można spodziewać się, że NIS zostanie uchylone, a Państwa Członkowskie będą mieć 21 miesięcy na implementację nie tylko nowej dyrektywy, ale także przeanalizowanie, czy krajowe ustawodawstwo oparte na NIS zachowuje swoją aktualność. Natomiast Polska, przy zachowaniu obecnego kursu legislacyjnego, będzie w dalszym ciągu na etapie implementowania rozporządzenia PE i Rady 2019/881 (Akt o Cyberbezpieczeństwie) i dyrektywy PE i Rady (UE) 2018/1972 („EKŁE") przy założeniu obowiązywania NIS, wbrew obowiązującemu prawu europejskiego. Mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia z procesu legislacyjnego Projektu (25 miesięcy prac w Rządzie), oraz konieczność notyfikacji technicznej Projektu na podstawie Dyrektywy (UE) 2015/1535) trudno opierać się na założeniu, że Polska uchwali przepisy przed uchyleniem NIS, a nawet gdyby się tak stało – pojawi się dodatkowy element chaosu legislacyjnego związany z wprowadzeniem nowego stanu prawnego, sprzecznego z NIS2 (następstwo może wynosić zaledwie kilka tygodni lub miesięcy). W efekcie przedsiębiorcy telekomunikacyjni będą dwukrotnie przygotowywać się do zmian w zakresie obowiązków związanych z cyberbezpieczeństwem, a Kancelaria Prezesa Rady Ministrów dwukrotnie prowadzić proces legislacyjny.

[1] usn-41-22.pdf (vlada.cz)

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

Konieczność modyfikacji Projektu, a nawet, przygotowania nowej ustawy, jeśli taka byłaby wola ustawodawcy, nie wynika tylko z dążenia przedsiębiorców do optymalizacji i racjonalizacji kosztów wdrożenia nowych obowiązków, ale przede wszystkim z merytorycznych rozbieżności pomiędzy Projektem a NIS2. Ten dysonans będzie działał tylko na niekorzyść polskiej ochrony cyberprzestrzeni, ponieważ takie działanie:

a) naraża Polskę na kolejne postępowanie przed TSUE[2] związane z brakiem terminowej implementacji dyrektyw europejskich (obecnie takie postępowanie prowadzone jest m.in. w związku z opóźnieniami w implementacji Europejskiego Kodeksu Łączności Elektronicznej);
b) nie zapewnia właściwej harmonizacji prawa europejskiego i jest jawnie sprzeczne z *acquis communautaire*, odrzucając konieczność wdrożenia wkrótce obowiązujących przepisów dyrektywy (NIS2);
c) narazi sektor MŚP na dodatkowe koszty, podczas gdy zgodnie z NIS2 oraz art. 40 EKŁE sektor MŚP jest częściowo wyłączony z niektórych obowiązków związanych z ochroną cyberprzestrzeni, co nie znajduje odzwierciedlenia w Projekcie;
d) w sposób systemowy osłabia krajowy system cyberbezpieczeństwa, w związku z zaniechaniem wdrożenia NIS2, w sytuacji, gdy praktycznie finalny tekst NIS2 zostanie opublikowany w ciągu kilku tygodni lub miesięcy;
e) zwiększa ryzyko braku realizacji kamienia milowego C21G, od którego uzależniona jest wypłata środków ramach Krajowego Planu Odbudowy;
f) stawia w gorszej sytuacji przedsiębiorców krajowych i obywateli w stosunku do innych krajów Unii Europejskiej, a tym samym ogranicza ich konkurencyjność;

Konkludując tą część, prosimy Pana Premiera o rozważenie wszystkich za i przeciw dalszych prac nad Projektem w świetle planowanego wejścia w życie NIS2. Wyrażamy przy tym nadzieję, że Pan Minister weźmie pod uwagę postulaty większości rynku – które płyną od podmiotów, które będą faktycznie obciążone nowymi regulacjami i które faktycznie, odpowiedzialne są za zapewnienie bezpiecznej komunikacji.

2. Nieproporcjonalne uprzywilejowanie OSSB w stosunku do zakresu działalności

Nie kwestionujemy zasadności powołania oraz funkcjonowania OSSB. Taki operator, jak najbardziej powinien funkcjonować i dostarczać bezpieczne usługi telekomunikacyjne na potrzeby wymiany informacji o krytycznym dla bezpieczeństwa narodowego charakterze.

[2] Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

Nasze zastrzeżenia w tym zakresie koncentrują się jednak na następujących mankamentach planowanej regulacji w obszarze działania OSSB:

- możliwość prowadzenia działalności komercyjnej przez OSSB,
- wykluczenie przedsiębiorców telekomunikacyjnych z sektora publicznego,
- mechanizm uwłaszczenia dobra rzadkiego jakim są częstotliwości,
- przyznanie bloku 20 MHZ OSSB z pominięciem procedur selekcyjnych,
- przyznanie prawa pierwokupu OSSB,
- preferencyjny dostęp do infrastruktury i nieruchomości mogący stanowić pomoc publiczną.

Rozwiązania te skutkują nierówną konkurencją OSSB w stosunku do przedsiębiorców telekomunikacyjnych, gdyż Projekt nie zawiera żadnych mechanizmów zabezpieczających OSSB przed świadczeniem komercyjnych usług w oparciu o otrzymaną dotację celową (7,5 mld zł w ciągu 10 lat) oraz liczne przywileje, na które inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie mogą liczyć – wyłączenie możliwości finansowania z dotacji działalności gospodarczej jest przy tym niejasne i nieprecyzyjne. Grozi to w naturalny sposób pozbawieniem przychodów przedsiębiorców telekomunikacyjnych także w tych sytuacjach, w których nie mamy do czynienia z krytyczną dla bezpieczeństwa komunikacją. Taka wizja budowania pozycji narodowego operatora, kosztem rynku telekomunikacyjnego, budzi sprzeciw, a przepisy w tym zakresie wymagają jeszcze analizy i wyraźnego doprecyzowania, że OSSB nie może świadczyć innych usług niż niepubliczne usługi objęte przedmiotem ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa.

2.1.Możliwość prowadzenia działalności komercyjnej przez OSSB

Z przepisu art. 76f ust. 1 Projektu wynika, że OSSB będzie świadczył usługi telekomunikacyjne nie tylko w celu realizacji zadań na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, do których realizacji, jak wyjaśniono w uzasadnieniu Projektu (s. 81), strategiczna sieć bezpieczeństwa będzie utworzona. Przepis ten bowiem wyraźnie wskazuje, że OSSB może świadczyć usługi związane z zapewnieniem udogodnień towarzyszących oraz usług i z zakresu cyberbezpieczeństwa[3].

[3] Jednocześnie zgodnie z art. 2 pkt 44 prawa telekomunikacyjnego, udogodnienia towarzyszące oznaczają usługi towarzyszące, infrastrukturę fizyczną oraz inne urządzenia lub elementy związane z siecią telekomunikacyjną lub usługami telekomunikacyjnymi, które umożliwiają lub wspierają dostarczanie usług za pośrednictwem tych sieci lub usług lub które mogą służyć do tego celu, i obejmują między innymi budynki lub wejścia do budynków, okablowanie

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

Co więcej, Projekt nie zawiera żadnych zakazów w zakresie świadczenia publicznych usług telekomunikacyjnych. Oznacza to więc, że OSSB będzie mógł świadczyć usługi komercyjne (usługi związane z zapewnieniem udogodnień towarzyszących oraz usługi z zakresu cyberbezpieczeństwa, inne niż związane z obronnością czy bezpieczeństwem państwa, a także usługi telekomunikacyjne), korzystając ze swojego uprzywilejowanego statusu, nadanego przepisami Projektu. Uregulowanie to może zostać uznane za naruszające sformułowany w art. 32 ust. 2 Konstytucji RP zakaz dyskryminacji. Pozostali operatorzy będą bowiem dyskryminowani gospodarczo, w tym znaczeniu, że ich sytuacja w zakresie możliwości oferowania swoich usług określonym podmiotom będzie gorsza niż OSSB.

Jednocześnie w art. 76f ust. 2 Projektu umożliwia się OSSB świadczenie usług telekomunikacyjnych także w oparciu o zasoby częstotliwości użytkowane jako rządowe w użytkowaniu rządowym lub cywilno-rządowym (art. 111 ust. 2 pkt 2 i 3 prawa telekomunikacyjnego). Użytkowanie rządowe oznacza wykonywanie służby radiokomunikacyjnej przez podmioty wymienione w art. 4 prawa telekomunikacyjnego, czyli organy i służby państwowe dla celów takich jak obronność kraju czy bezpieczeństwo wewnętrzne. Dodatkowo Prezes UKE zobligowany jest do przyznania dwóch bloków częstotliwości po 10 MHz każdy (łącznie 20 MHz) z atrakcyjnego pasma „*pokryciowego*" 700 MHz. Tymczasem, jak wskazano już wcześniej, OSSB będzie mógł świadczyć także usługi komercyjne, co oznacza wykorzystywanie częstotliwości użytkowanych jako rządowe lub dodatkowych w zakresie 703 – 713 MHz i 758 – 768 MHz, do innych celów niż są one przeznaczone, zgodnie z przepisami prawa telekomunikacyjnego.

Dlatego projekt ustawy wymaga doprecyzowania polegającego na ograniczeniu zakresu świadczonych przez OSSB usług oraz wyraźnego zabezpieczenia przed prowadzeniem działalności stricte komercyjnej, w tym wykorzystaniem w ten sposób zasobów przypisanych funkcji OSSB przez podmiot wybrany do jej pełnienia

2.2.Ryzyko ograniczania rynku sektora publicznego

W Projekcie przewiduje się bardzo szeroki zakres podmiotów, którym OSSB świadczy usługi (por. art. 76g ust. 1 Projektu). Jak już wskazano w pkt 0, nie wprowadza się żadnych

budynków, anteny, wieże i inne konstrukcje nośne, kanały, przewody, maszty, studzienki i szafki. Z kolei usługi towarzyszące to usługi związane z siecią lub usługami telekomunikacyjnymi, które umożliwiają lub wspierają dostarczanie usług za pośrednictwem tych sieci lub usług, lub które mogą służyć do tego celu, i obejmują między innymi systemy translacji numerów lub systemy o równoważnych funkcjach, systemy dostępu warunkowego i elektroniczne przewodniki po programach, jak również inne usługi, takie jak usługi identyfikacji, lokalizacji oraz sygnalizowania obecności

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

ograniczeń co do zakresu świadczonych usług przez OSSB, tj. taki podmiot będzie mógł świadczyć zarówno usługi bezpiecznej komunikacji (co jest uzasadnione), jak i standardowe, komercyjne usługi, wypierając w ten sposób z rynku wielu przedsiębiorców telekomunikacyjnych (co nie jest uzasadnione). W efekcie, na polskim rynku stworzony zostanie narodowy operator posiadający potencjał świadczenia usług dla w zasadzie całego sektora publicznego w Polsce, który dysponował będzie bezpośrednim wsparciem budżetu państwa, a także szeregiem narzędzi prawnych, ułatwiających mu prowadzenie działalności telekomunikacyjnej (nieodpłatny dostęp do częstotliwości, możliwość dostępu do nieruchomości i infrastruktury technicznej na preferencyjnych warunkach, możliwość tymczasowego uwłaszczenia częstotliwości prywatnych). To ewidentne zaburzenie konkurencji na rynku, a przyznane wsparcie dla OSSB może stanowić niedozwoloną pomoc publiczną (szerzej na ten temat w 0). Efektem takiego działania może być ograniczenie konkurencji na rynku.

Co więcej w projekcie wprost wskazuje się na nałożenie na ww. *„klientów”* OSSB obowiązku korzystania z usług telekomunikacyjnych świadczonych przez OSSB w ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej w zakresie niezbędnym do zapewnienia w tych podmiotach realizacji zadań na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego[4]. Wyjątkowo tylko można rozwiązać umowę z OSSB (z powodu uporczywego niewywiązywania się przez OSSB z umowy - art. 76g ust. 8 Projektu) i dopiero wtedy podmiot wymieniony w art. 76g ust. 1 Projektu może zlecić świadczenie usług innemu operatorowi telekomunikacyjnemu. W praktyce będzie więc to oznaczać, że dotychczasowi operatorzy zostaną pozbawieni możliwości świadczenia części usług temu segmentowi rynku, który jest opisany w art. 76g ust. 1 Projektu. Uregulowania te, jako ograniczające swobodę prowadzenia działalności gospodarczej poprzez wykluczenie innych operatorów telekomunikacyjnych niż OSSB, mogą zostać uznane za sprzeczne z art. 22 Konstytucji. Przepis ten stanowi, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Trudno uznać, że występuje ważny interes publiczny, w każdym razie nie zostało to wykazane w uzasadnieniu Projektu dotyczącym tego przepisu, skoro interes publiczny dotychczas nie stał na przeszkodzie w świadczeniu usług telekomunikacyjnych przez każdego operatora telekomunikacyjnego dla podmiotów wymienionych w art. 76g ust. 1 Projektu.

[4] Wyjątkiem w zakresie obligatoryjnego korzystania z usług OSSB są Służba Kontrwywiadu Wojskowego i Służba Wywiadu Wojskowego (art. 76g ust. 3 Projektu).

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

2.3.Mechanizm uwłaszczenia dobra rzadkiego jakim są częstotliwości

W art. 76o Projektu określono możliwość wykorzystania przez OSSB częstotliwości w sytuacji wystąpienia szczególnych zagrożeń, a w przypadku pełnego ich wykorzystania – z szerszego zakresu tych częstotliwości (713-733 oraz 768-788 MHz). Podmiot dysponujący rezerwacją częstotliwości z zakresu 713-733 MHz oraz 768-788 MHz jest obowiązany udostępnić OSSB zasoby częstotliwości z zakresu 713-733 MHz oraz 768-788 MHz niezwłocznie, nie później niż w ciągu jednej godziny, z wyjątkiem częstotliwości, które zostały udostępnione Siłom Zbrojnym Rzeczypospolitej Polskiej, przy czym okres udostępnienia zasobów częstotliwości z zakresu 713-733 MHz oraz 768- 788 MHz na rzecz OSSB nie może być dłuższy niż 72 godziny, przy czym może on być przedłużany na dalsze okresy 72 godzinne (bez limitu takich wydłużeń). W uzasadnieniu Projektu wyjaśniono, że rozwiązanie dotyczy sytuacji nagłych, kryzysowych, niebezpiecznych, gdy OSSB nie ma wystarczających zasobów do realizacji zwiększonego zapotrzebowania na jego usługi. Udostępnienie częstotliwości jest ograniczone czasowo do okresu trwania sytuacji szczególnego zagrożenia tj. sytuacji wymagającej współpracy przedsiębiorców komunikacji elektronicznej z organami administracji publicznej i innymi podmiotami wykonującymi zadania w zakresie ratownictwa, niesienia pomocy, zarządzania kryzysowego, utrzymania porządku publicznego oraz obronności i bezpieczeństwa państwa w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysowej, obowiązywania stanów nadzwyczajnych, w warunkach zewnętrznego zagrożenia bezpieczeństwa państwa i w czasie wojny. Warto w tym zakresie podnieść, że sytuacja kryzysowa to sytuacja wpływająca negatywnie na poziom bezpieczeństwa ludzi, mienia w znacznych rozmiarach lub środowiska, wywołującą znaczne ograniczenia w działaniu właściwych organów administracji publicznej ze względu na nieadekwatność posiadanych sił i środków, a w konsekwencji stoimy na stanowisko, że instytucja ta może być nadużywana przez OSSB poprzez wykorzystywanie szerokiej definicji sytuacji kryzysowej.

Pomimo wskazania w uzasadnieniu Projektu, że przedstawione rozwiązania należy uznać za proporcjonalne, trudno się z tym stwierdzeniem zgodzić. Nie określono bowiem jako zasady np. dążenia do ograniczenia negatywnych skutków dla operatora udostępniającego, poprzez zobowiązanie OSSB, aby jego żądanie w zakresie czasowym i obszarowym było proporcjonalne do zidentyfikowanych zagrożeń. Nie określono także procedury i wynagrodzenia za straty poniesione przez operatora udostępniającego takie częstotliwości z tytułu braku możliwości świadczenia usług dla klientów i ich roszczeń z tego tytułu, a także

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

konsekwencji z braku łączności np. dla służb ustawowo powołanych do niesienia pomocy. Nie ma również mechanizmu skargi w przypadku zidentyfikowania niewłaściwego i ponad nadmiarowego korzystania z częstotliwości. Co więcej to OSSB jest podmiotem bezpośrednio uprawnionym do „*zajęcia*" częstotliwości i w praktyce nie potrzebuje na takie działanie zgody żadnego organu administracji publicznej.
W powyższym kontekście należy również wskazać, że adekwatnym do stosowania mechanizmem wydaje się w tych przypadkach wykorzystanie art. 115^1 oraz art. 178 PT.

2.4.Przyznanie bloku 20 MHZ OSSB z pominięciem procedur selekcyjnych

Uzasadnienie Projektu pomija wyjaśnienie czy przyznanie aż 20 MHz pasma OSSB, który może prowadzić działalność komercyjną, nie stanowi pomocy państwa niezgodnej ze wspólnym rynkiem, ponieważ przyznano je poza postępowaniem selekcyjnym, bezpłatnie, bez zobowiązań inwestycyjnych i wcześniej niż innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym. Jednocześnie OSSB świadczy publiczne usługi telekomunikacyjne, konkurencyjne do usług świadczonych przez operatorów telekomunikacyjnych.
Zgodnie z art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu UE (dalej „**TFUE**") wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Aby dany środek został uznany za pomoc w rozumieniu art. 107 ust. 1, musi dojść do łącznego spełnienia następujących warunków: (i) środek można przypisać państwu i musi on być finansowany z zasobów państwowych; (ii) musi przynosić korzyść beneficjentowi środka; (iii) korzyść ta musi być selektywna oraz (iv) środek musi zakłócać lub grozić zakłóceniem konkurencji i mieć potencjał wpływania na wymianę handlową między państwami członkowskimi.
Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem **pomoc państwa uznaje się za przyznaną w chwili, w której beneficjent uzyskuje prawo jej otrzymania** na podstawie obowiązującej regulacji krajowej, uwzględniając wszystkie warunki przewidziane w prawie krajowym dla otrzymania rozpatrywanej pomocy. W tym przypadku do przyznania częstotliwości dojdzie w wyniku zmian w prawie nakazujących Prezesowi UKE nieodpłatne przydzielenie częstotliwości OSSB, ewentualnie w wyniku wykonania decyzji Prezesa UKE.
Jeżeli chodzi o **finansowanie kwestionowanego środka za pomocą zasobów państwowych**, z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa
tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl
NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

przekazanie zasobów państwowych może przyjmować różne formy oraz że zrzeczenie się dochodu, który w innym przypadku zostałby wpłacony na rzecz państwa, stanowi już przekazanie zasobów państwowych. W tym przypadku OSSB pozyska nieodpłatnie częstotliwości, a Polska zrezygnuje z przychodów jakiem mogłaby uzyskać z tego tytułu.

Korzyść w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu oznacza **każdą korzyść gospodarczą, której dane przedsiębiorstwo nie uzyskałoby w normalnych warunkach rynkowych**, tj. bez ingerencji państwa. Korzyść występuje zawsze, ilekroć sytuacja finansowa przedsiębiorstwa ulega poprawie w wyniku ingerencji państwa. Zgodnie z orzecznictwem pojęcie korzyści, podobnie jak zasobów państwowych, obejmuje nie tylko pozytywne korzyści, lecz także środki, które w różny sposób zmniejszają obciążenia, zwykle uwzględnione w budżecie przedsiębiorstwa. W tym przypadku, oprócz częstotliwości, OSSB otrzymuje jeszcze dodatkowo dotację celową oraz szereg instrumentów polepszających jego sytuację rynkową.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE "***ocena [warunku selektywności]*** *wymaga ustalenia, czy w ramach danego systemu prawnego sporny środek krajowy może sprzyjać »niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów« w porównaniu z innymi, znajdującymi się, w świetle celu przyświecającego temu systemowi, w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej i tym samym poddanymi odmiennemu traktowaniu, które może zostać zasadniczo uznane za dyskryminacyjne*". **Analiza selektywności** polega zatem na ustaleniu, **czy przedsiębiorstwo lub niektóre przedsiębiorstwa odnoszą korzyści w stosunku do innych przedsiębiorstw znajdujących się w porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej**, a jeżeli tak, to czy takie zróżnicowane traktowanie może uzasadniać charakter lub logika systemu, którego częścią jest dany środek. W tym przypadku przyznanie częstotliwości wyłącznie OSSB ma charakter wyraźnie selektywny (tylko jeden operator otrzymuje zasoby nieodpłatnie), podczas gdy pozostali operatorzy będą uczestniczyć w selekcyjnej procedurze przyznawania częstotliwości.

Środek przyznany przez państwo jest uznawany za **zakłócający konkurencję** lub grożący jej zakłóceniem, jeżeli jest w stanie poprawić konkurencyjną pozycję beneficjenta w stosunku do innych przedsiębiorstw, z którymi ten beneficjent konkuruje. Dlatego w przypadku gdy państwo przyznaje przedsiębiorstwu działającemu w zliberalizowanej branży gospodarki, w której panuje lub mogłaby panować konkurencja, korzyść finansową, zakłada się występowanie zakłóconej konkurencji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości nie jest konieczne wykazanie faktycznego wpływu środka na wymianę handlową między państwami członkowskimi i wystarczającego zakłócenia konkurencji, lecz

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

jedynie zbadanie, czy środek może mieć wpływ na wymianę handlową i zakłócać konkurencję. Nie jest konieczne, aby beneficjent pomocy był zaangażowany w handel wewnątrzunijny. Jeżeli państwo członkowskie przyznaje pomoc przedsiębiorstwom, działalność krajowa może być dzięki temu utrzymana lub zwiększona, co zmniejsza szanse wejścia na rynek tego państwa członkowskiego przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich. W tym przypadku, niewątpliwie przyznanie nieodpłatnej rezerwacji częstotliwości wpływa na warunki rynkowe, gdyż umożliwia OSSB świadczenie publicznych usług telekomunikacyjnych, wpływając na rynek operatorów komercyjnych. Warto także podkreślić, że rynki usług łączności elektronicznej są otwarte na konkurencję między operatorami i dostawcami usług, co zazwyczaj wiąże się z działalnością, która podlega wymianie handlowej między państwami członkowskimi. W zakresie, w jakim ingerencja może mieć wpływ na operatorów i dostawców usług z innych państw członkowskich, środek wpływa na handel. Kilku operatorów telekomunikacyjnych w Polsce należy przecież do grup międzynarodowych działających w całej Europie.

Mając na uwadze powyższe, w naszej ocenie istnieją poważne wątpliwości, czy przyznanie częstotliwości OSSB w drodze ustawy nie stanowi właśnie takiej niedozwolonej pomocy publicznej i czy spełnia kategorie dopuszczalnych wyłączeń określonych w art. 107 ust. 2 lub 3 TFUE, a w konsekwencji czy może być uznana za dozwoloną pomoc publiczną. Co więcej, zgodnie z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2, 4 EKŁE oraz art. 55 ust. 6 prawa użytkowania częstotliwości radiowych należy przyznawać w oparciu o otwarte, obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne procedury według obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych kryteriów. Na kwestie niezgodności z prawem europejskim zwracał również w toku konsultacji Minister do spraw Unii Europejskiej[5].

2.5.Preferencyjny dostęp do infrastruktury i nieruchomości mogący stanowić pomoc publiczną

Zgodnie z art. 76k ust. 1 Projektu, operator sieci zapewnia OSSB dostęp do infrastruktury technicznej, w tym współkorzystanie z niej, w celu realizacji zadań, o których mowa w art. 76d ust. 1 Projektu (ale nie ma żadnych instrumentów weryfikacji, czy tak rzeczywiście będzie), ograniczając znacznie w tym zakresie swobodę umów oraz stosowanie istniejących

[5] https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12337950/12716624/12716626/dokument492002.pdf

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

mechanizmów dostępowych zawartych w ustawie o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Przede wszystkim zastrzeżenie budzi sposób określania opłat w odniesieniu do samych kosztów utrzymania, z pominięciem uzasadnionej marży, środków na nowe inwestycje, uzasadnionego zwrotu z inwestycji. Innymi słowy, projektodawca dyskryminuje przedsiębiorców telekomunikacyjnych nakazując im zapewnienie atrakcyjnego finansowo dostępu dla OSSB – niewątpliwie takie uregulowania również traktować należy pod kątem zgodności z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej, a także dodatkowego obciążania przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Analogiczne uwagi dotyczą art. 76l, który reguluje dostęp do nieruchomości.

Warto także zaznaczyć, że warunki w zakresie dostępu odbiegają także od tych określonych w EKŁE. Zastrzeżenia w tym zakresie podniósł także Minister do spraw UE (dalej „**MSUE**"), który zwrócił uwagę, że w sytuacji, gdy warunki przyznawania takiego dostępu nie będą odpowiadać warunkom określonym w EKŁE, to należy poinformować o nich Komisję Europejską (dalej „**KE**"), zgodnie z art. 12 ust. 1 EKŁE[6] Przepis ten ustanawia wyjątki od zasady swobodnego dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej. Zgodnie z tym przepisem: „*Państwa członkowskie zapewniają swobodę dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie. W tym celu państwa członkowskie nie będą utrudniać przedsiębiorstwu dostarczania sieci łączności elektronicznej ani świadczenia usług łączności elektronicznej, chyba że jest to niezbędne z przyczyn określonych w art. 52 ust. 1 TFUE. Każde takie ograniczenie swobody dostarczania sieci łączności elektronicznej i świadczenia usług łączności elektronicznej należycie uzasadnia się, a ograniczenie to zgłasza się do Komisji*". Zgodnie natomiast z art. 52 ust. 1 TFUE: „*Postanowienia niniejszego rozdziału (pt. „Prawo przedsiębiorczości") oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególne traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego*". Projektodawca, po pierwsze, powinien więc poinformować KE o warunkach dostępu do sieci udzielanego OSSB odbiegających od określonych w EKŁE, po drugie, powinien wykazać, że taki dostęp będzie udzielany tylko w uzasadnionych przypadkach w celu realizacji zadań na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego w zakresie telekomunikacji, a przede

[6] Ibidem.

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

wszystkim, że będzie to odpowiednie i niezbędne do osiągnięcia tych celów. Opisany mechanizm wynika wprost z przepisów EKŁE i powinien być zastosowany przez Projektodawcę, ale dotychczas nie zostało to zrealizowane. MSUE wyjaśnił, że w odpowiedzi na jego uwagę, że Projektodawca wskazał jedynie, że Projekt ustawy zostanie przekazany KE w ramach notyfikacji technicznej w rozumieniu przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm. MSUE z kolei słusznie zauważył, że notyfikacja techniczna, w ramach której KE ocenia, czy zgłoszone przepisy mogą stwarzać bariery w swobodnym przepływie towarów lub swobodnym świadczeniu usług społeczeństwa informacyjnego, nie jest tożsama z notyfikacją na podstawie art. 12 ust. 1 EKŁE.

Warunki te również nie są zgodne z zasadami dostępu do infrastruktury technicznej określonymi w tzw. dyrektywie kosztowej. W szczególności zwraca uwagę odmienny sposób regulacji kosztów udzielania dostępu w przypadku gdy operatorem sieci jest przedsiębiorca telekomunikacyjny. W naszej ocenie stosowany powinien być art. 22 ust. 2, który wskazuje, że: 2. *Prezes UKE, wydając decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, bierze pod uwagę, aby opłaty z tego tytułu umożliwiały zwrot poniesionych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kosztów, w szczególności bierze pod uwagę cele określone w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.Urz. UE L 108 z 24.04.2002, str. 33, z późn. zm.) oraz wpływ dostępu do infrastruktury technicznej na plan biznesowy tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, w szczególności na realizowane przez niego inwestycje dotyczące szybkich sieci telekomunikacyjnych.* Jednocześnie, warunki kształtowania cen powinny odnosić się do etapu rozstrzygania ewentualnego sporu przez Prezesa UKE, a nie etapu negocjacji między operatorem sieci a OSSB.

2.6. Przyznanie prawa pierwokupu OSSB

Zgodnie z art. 76n ust. 1 Projektu OSSB przysługuje prawo pierwokupu sieci telekomunikacyjnych będących własnością Skarbu Państwa lub innych państwowych osób prawnych, w szczególności podmiotów, o którym mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5, 7 i 8 prawa telekomunikacyjnego oraz jednostek samorządu terytorialnego. Stanowi to kolejne uprzywilejowanie OSSB w stosunku do innych operatorów telekomunikacyjnych, a także stanowić może przejaw ignorowania rynkowych procedur zbywania telekomunikacyjnych

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

aktywów. Warto zaznaczyć, że OSSB może nabywać aktywa telekomunikacyjne w celu prowadzenia działalności komercyjnej.

3. Utrzymanie równej dla wszystkich procedury uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka

W odniesieniu do procedury uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka, w naszej ocenie krytyczne znaczenie miałoby:

- **usunięcie nieadekwatnych kryteriów uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka (art. 66a ust. 10 w zw. z art. 66a ust. 13 Projektu) i wprowadzenie rozwiązań już funkcjonujących w ustawie o ochronie informacji niejawnych** (w ślad za uwagami Ministra Sprawiedliwości do Projektu). Ustawa o ochronie informacji niejawnych zawiera kryteria oceny wobec przedsiębiorców zamierzających ubiegać się lub ubiegających się o dostęp do informacji niejawnych (postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego), obejmując dane związane z analizą informacji niedostępnych powszechnie, struktury kapitału i powiązań, czy osób, wchodzących w skład organów zarządzających itp. Natomiast obecnie proponowane kryteria narażają budżet państwa na wielomiliardowe koszty, związane z kwestionowaniem decyzji podjętych przez ministra właściwego do spraw informatyzacji z uwagi na ich arbitralność;

- **usunięcie, w kontekście oceny dostawcy wysokiego ryzyka, przesłanki odnoszącej się do analizy na podstawie prawa w zakresie ochrony danych osobowych (art. 66a, ust. 10 punkt 2) podpunkt b) projektu ustawy**

  Proponujemy usunąć zapis:
  10. Opinia, o której mowa w ust. 9 zdanie pierwsze, zawiera analizę: (…)
  b) prawodawstwa oraz stosowania prawa w zakresie ochrony danych osobowych, w szczególności tam, gdzie nie ma porozumień w zakresie ochrony tych danych między Unią Europejską i tym państwem,

  Uzasadnienie:
  i) Trudno sobie wyobrazić zakres analizy, jej złożoność i późniejszą ocenę prawodawstwa i stosowania prawa w zakresie ochrony danych osobowych w krajach trzecich.

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

Brak porozumień (tak jest zapisane w projekcie umowy, jak rozumiemy pod pojęciem „porozumienia" chodzi tu o decyzję Komisji Europejskiej stwierdzającej odpowiedni poziom ochrony, Rozdział V, art. 45 RODO – warto w tym przypadku także ujednolicić nomenklaturę; patrz także dalej) nie jest przy tym wyróżnikiem, ponieważ UE ma podobne porozumienia z nieliczna grupą państw (por. *Adequacy decisions | European Commission (europa.eu)*), a jednocześnie trudno do tej samej grupy „bez porozumienia" włączyć kraje o tak różnym podejściu do ochrony danych osobowych i współpracy z Polską w zakresie bezpieczeństwa jak np. USA i Australia oraz Federacja Rosyjska i Białoruś.

ii) Warto pamiętać, że RODO nie jest wyłącznym dokumentem opisującym podobne sytuacje (por. *Law Enforcement Directive*)

iii) Warto również pamiętać, że w zakresie ochrony danych mają w najbliższym czasie wejść w życie kolejny akty prawne regulujące także przepływy danych nieosobowych (np. *Data Act).*

Podsumowując: nie widać powodu by w szczególny sposób wyróżniać ochronę danych osobowych na tle innych punktów podlegających analizie i ocenie, zaś pozostałe punkty (patrz dalej) w sposób wystarczający pozwalają na dokonanie oceny;

- **modyfikację, w kontekście oceny dostawcy wysokiego ryzyka, przesłanki odnoszącej się do „zdolności ingerencji tego państwa (tj. państwa) w swobodę działalności gospodarczej dostawcy sprzętu lub oprogramowania";**
  (art. 66a, ust. 10 punkt 2) podpunkt d)

Proponujemy zapis:

„praktyka ingerencji tego państwa w swobodę działalności gospodarczej dostawcy sprzętu lub oprogramowania";

Uzasadnienie: „zdolność" ingerencji w swobodę działalności gospodarczej przedsiębiorstwa ma każde państwo, zarówno na mocy i przy przestrzeganiu zapisów prawa, jak i całkowicie bezprawnie. Czy zatem obecność prawa opisującego kiedy i w jaki sposób taka ingerencja może nastąpić będzie działała na korzyść ocenianego dostawcy czy też wręcz odwrotnie, będzie wykazywało zdolność ingerencji przez państwo i działało na niekorzyść?
Dlatego proponujemy zastosować określenie „praktyka ingerencji" ponieważ pozwala bazować na dostępnym materiale faktograficznym, a

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

także wykazać, że analizowane państwo jest państwem prawa lub niekontrolowanego bezprawia.

- **wprowadzenie możliwości zastosowania środków mitygujących ryzyka w ramach prowadzonej oceny uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka, lub alternatywnie ograniczenie zakresu decyzji do Operatora strategicznej sieci bezpieczeństwa** („OSSB"). Projekt nie zawiera żadnych możliwości usunięcia podatności produktów, usług lub procesu – decyzja ministra jest natychmiast wykonalna i nie przewiduje żadnej gradacji stopnia dolegliwości, jak i możliwości usunięcia ryzyk przez dostawcę, stwierdzonych w trakcie oceny;
- **usunięcie z załącznika 3 do Projektu pkt 3 Zarządzanie łącznością z urządzeniami użytkowników i przydzielanie zasobów radiowych (RAN) z uwagi na ich niekrytyczny dla bezpieczeństwa charakter oraz ograniczenie zakresu Art. 66b ust. 1 i Art. 66b ust. 5.** Projektu nowelizacji do funkcji krytycznych. Takie podejście znajduje odzwierciedlenie w dokumentach Unii Europejskiej związanych z sieciami 5G . Zostało przyjęte w innych państwach np. Niemczech, Austrii, czy Finlandii, które nie traktują RAN jako elementu funkcji krytycznych, oraz pozostawiają operatorom sieci większą dowolność w zakresie zarządzania ryzykiem dotyczącym mniej newralgicznych komponentów.

3.1.Utrzymywanie systemu wykluczenia dostawców i OSSB, jako kluczowego „dostarczyciela" krytycznej komunikacji

Choć uwaga ta była już wielokrotnie formułowana w toku prac legislacyjnych przez stronę społeczną, to jej podstawowe znaczenie dla działalności telekomunikacyjnej wymaga ponownego zgłoszenia i podtrzymania. Nasze zaniepokojenie budzi zachowanie w projekcie silnie dyskrecjonalnej i arbitralnej, a przede wszystkim nadal jednoosobowej, procedury oceny ryzyka dostawcy sprzętu lub oprogramowania z punktu widzenia cyberbezpieczeństwa, i w szerszym ujęciu, bezpieczeństwa państwa. W ramach postępowania oddziałującego arbitralnie i szeroko na przedsiębiorców decyzja nie powinna być podejmowana wyłącznie jednoosobowo przez ministra właściwego do spraw informatyzacji. Zakres oceny bezpieczeństwa oraz wykluczenia produktów przedsiębiorcy z rynku ma skomplikowany charakter wymagający wiedzy eksperckiej, która w ramach

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

administracji państwowej skumulowana jest w różnych ministerstwach czy urzędach, jak np. Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów, czy Urzędzie Komunikacji Elektronicznej. Z tego względu należy zaproponować uczestnictwo w podejmowaniu decyzji przez ministrów odpowiedzialnych za obszary istotne z perspektywy chronionych wartości (obronność, bezpieczeństwo i porządek publiczny) lub za obszary właściwe merytorycznie z perspektywy sektora, którego dotyczy decyzja (rozwój i technologia) – uczestnictwo w procesie decyzyjnym mogłoby sprowadzać się do możliwości wyrażenia sprzeciwu w zakresie wydania decyzji[7].

Mając na uwadze fakt, że Projekt zakłada utworzenie OSSB, jak również biorąc pod uwagę przesłanki wydania decyzji pozytywnej, o których mowa w projektowanym art. 66a ust. 13 Projektu (tj. poważne zagrożenie dla obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego lub życia i zdrowia ludzi), wskazane byłoby usunięcie katalogu podmiotów aktualnie wskazanych w projektowanym art. 66a ust. 1 Projektu i ograniczenie możliwości wszczęcia omawianego postępowania jedynie w przypadku wykorzystywania sprzętu lub oprogramowania właśnie przez OSSB. Powstaje bowiem pytanie z jakich powodów Państwo Polskie powołuje specjalnego, narodowego operatora telekomunikacyjnego, który zapewnia bezpieczną komunikację na rzecz organów państwa, podczas gdy równocześnie wprowadza rozwiązania wykluczające korzystanie z określonych produktów i usług z powodów politycznych dla prywatnego sektora telekomunikacyjnego. Innymi słowy, albo powołuje się dedykowanego „*bezpiecznego*" operatora obsługującego kluczowe instytucje w państwie, albo nakłada się obowiązki związane z zapewnieniem bezpieczeństwa na (prywatnych) przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Taki dualizm w działaniu prowadzi do uzasadnionych wątpliwości co do celowości utrzymywania obydwu rozwiązań, a także kosztów ich wdrożenia.

3.2.Zapewnienie sprawiedliwego postępowania w sprawie wykluczenia

[7] Warto zaznaczyć, że w podobny sposób w ostatnim czasie procedowała Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, która jako organ kolegialny, w pierwszej kolejności podjęła uchwałę o upoważnieniu Przewodniczącego Rady do skreślenia programów rosyjskich, a dopiero po przyjęciu wspólnej uchwały, Przewodniczący zainicjował procedurę wydawania indywidualnych decyzji w tej sprawie.

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

Pomimo licznych uwag strony społecznej i wypowiedzi autorytetów prawnych[8], Projekt w dalszym ciągu ogranicza w sposób bezprecedensowy możliwość udziału na prawach strony innych podmiotów, w szczególności przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 28 k.p.a.), wyklucza możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu zainteresowanych organizacji społecznych (art. 31 k.p.a.), czy wreszcie ogranicza uprawnienia strony w zakresie przeprowadzenia czynności dowodowych (art. 79 k.p.a.)[9], poddając w wątpliwość fundament demokratycznego państwa prawa – prawo do sądu. Dodatkowo projektowany art. 66d Projektu przewiduje także odstępstwa od procedury sądowoadministracyjnej w aspekcie jawności postępowania. Projekt zakłada – jako zasadę – rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym oraz ograniczenie doręczenia wyroku skarżącemu jedynie w odniesieniu do informacji niestanowiących informacji niejawnych. Efektem obu powyższych „*odstępstw*" będzie istotne ograniczenie prawa strony do obrony w ramach danego postępowania i nadanie prawu do zaskarżenia wyroku całkowicie teoretycznego i iluzorycznego charakteru.

Podmioty objęte skutkami decyzji powinny mieć zapewniony status iprawa strony w postępowaniu prowadzonym przez ministra właściwego do spraw informatyzacji, w tym podmioty krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, przedsiębiorcy telekomunikacyjni obowiązani posiadać aktualne i uzgodnione plany działań w sytuacjach szczególnych zagrożeń, ale nie przekraczających progów przychodowych, właściciele lub posiadacze obiektów, instalacji lub urządzeń infrastruktury krytycznej. Należy zagwarantować, żeby podmioty zobowiązane do usunięcia sprzętu lub oprogramowania mogła wziąć udziału w takim postępowaniu, które dotyczy bezpośrednio ich interesów prawnych i trudno odmówić im przymiotu strony. Wprowadzone progi nie spełniają kryterium proporcjonalności, ponieważ wpływ decyzji wydawanej w procedurze uznania dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka na danego przedsiębiorcę, czy jednostkę przede wszystkim zależy od tego w jakim stopniu taki podmiot polega na zasobach dostawcy wysokiego ryzyka, a nie jakie osiąga przychody – na co już wielokrotnie zwracano uwagę. Wprowadzenie takich progów będzie szczególnie krzywdzące dla małych i średnich

---

8 To już 7 wariant nowelizacji ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa - rp.pl, https://cyfrowa.rp.pl/opinie-i-komentarze/art36026661-to-juz-7-wariant-nowelizacji-ustawy-o-krajowym-systemie-cyberbezpieczenstwa

9 Por. art. 66a ust. 3 ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa w brzmieniu proponowanym w Projekcie (tak art. 1 pkt 58 Projektu).

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

przedsiębiorców, którzy z powodów czysto arbitralnych, zostaną wykluczeni z postępowania.

Mając na uwadze wnosi się o zmianę nowoprojektowanego art. 66a ust. 5 Projektu poprzez rozszerzenie możliwości udziału na prawach strony przez wszystkie podmioty, o których mowa w art. 66a ust. 1 Projektu lub przynajmniej w odniesieniu do przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązanych posiadać aktualne i uzgodnione plany działań w sytuacjach szczególnych zagrożeń. Chcemy również stanowczo podkreślić, że, jak wynika z orzecznictwa TSUE, nie można obywatelom odmawiać prawa do sądu, a w przypadku takich regulacji – prawo to jest bezpośrednio zagwarantowane przez art. 47 Karty Praw Podstawowych[10]. Dlatego wnosimy o ponowną refleksję w tym zakresie i zagwarantowanie na gruncie krajowym niezależnego, skutecznego, sprawiedliwego prawa do rozstrzygnięcia sprawy przez sąd dla każdego podmiotu, dotkniętego decyzjami ministra właściwego do spraw informatyzacji.

Za błędne rozwiązanie uznać należy również brak zapewnienia udziału czynnika eksperckiego w procesie wydania opinii przez Kolegium, co stanowi przecież istotny element całego postępowania w sprawie uznania za dostawcę wysokiego ryzyka, poprzedzającego decyzję ministra. Przedmiotowa opinia z założenia powinna brać pod uwagę wyniki analizy szeregu uwarunkowań – politycznych, ekonomicznych, technologicznych i organizacyjnych oraz stanowić kluczowy element merytorycznego uzasadnienia podejmowanej decyzji. Tym samym właściwy dobór osób biorących udział w jej wydaniu wydaje się być kluczowy dla zapewnienia jej kompletności i rzetelności, a w konsekwencji prawidłowości całego postępowania. Z tego względu nie ulega wątpliwości, że do prac nad jej treścią powinni zostać włączeni np. przedstawiciele izb zrzeszających podmioty z sektora ICT czy przedsiębiorców korzystających z rozwiązań ICT. Powyższa uwaga ma tym większe znaczenie, że Kolegium jest z definicji organem politycznym, złożonym przede wszystkim z ministrów (art. 66 ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa), a zaangażowanie CSIRT'ów nie spełnia wystarczającej gwarancji udziału czynniku eksperckiego (por. nowoprojektowany art. 64a Projektu).

3.3.Wyłączenie niekrytycznej komunikacji z Załącznika nr 3

[10] Por. orzeczenie TSUE w sprawach C-585/18, C-624/18, C-624-18 z 19 listopada 2019 r.

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

Choć doszczegółowienie załącznika nr 3 do Projektu należy uznać za krok w dobrą stronę, oczekiwaną przez stronę społeczną i niezależnych ekspertów, to wprowadzone zmiany są niewystarczające, a przede wszystkim nieprecyzyjne.
Postuluje się usunięcie z załącznika 3 do Projektu pkt 3 Zarządzanie łącznością z urządzeniami użytkowników i przydzielanie zasobów radiowych (RAN) z uwagi na ich niekrytyczny dla bezpieczeństwa charakter oraz ograniczenie zakresu Art. 66b ust. 1 i Art. 66b ust. 5. Projektu nowelizacji do funkcji krytycznych. W obecnym brzmieniu Załącznik 3 nie odzwierciedla niestety rzeczywistego zróżnicowania istotności funkcji sieci 5G pod względem bezpieczeństwa, a jednocześnie nie obejmuje funkcji bezwzględnie krytycznych z punktu widzenia bezpieczeństwa Państwa – jak np. funkcje odpowiedzialne za zarządzanie dostępem do przekazów i danych telekomunikacyjnych oraz ich utrwalaniem, przetwarzające informacje o użytkownikach sieci, wobec których stosowana jest kontrola korespondencji.

4. **Uwaga porządkowa – używanie wymiennie wyrażeń „dostawca sprzętu i oprogramowania", „dostawca sprzętu lub oprogramowania" bądź używanie w tekście projektu ustawy innych podobnych wyrażeń.**

W tekście projektu ustawy wymiennie stosowane jest – zwłaszcza przy opisie dostawców wysokiego ryzyka – określenie „dostawca sprzętu i oprogramowania" oraz „sprzętu lub oprogramowania" (np. w art. 65 projektu ustawy używa się określenia „lub", ale w art. 66 ust. p. 2 jest „i", potem w art. 66a w punktach 1) i 2) występuje „lub", by w punkcie 10) znowu pojawić się jako „i", itd.
Nie chcemy przesądzać co do intencji ustawodawcy, ale pojęcia opisane powyżej nie są tożsame, a więc należałoby dokonać ujednolicenia nomenklatury.

Jednocześnie zwracamy uwagę, że w proponowanym art. 66a ustęp 2 mówi się o dostawcy sprzętu lub oprogramowania (tutaj zastosowano spójnik „lub") jako „dostawcy produktów ICT, usług ICT lub procesów ICT", co wprowadza jeszcze jeden nomenklaturowy problem, bo procesy mogą nie być ani sprzętem, ani oprogramowaniem, usługi mogą przyjmować formę produktów (np. SaaS w chmurze) lub być usługami w sensie wykonywania pracy przez osoby na rzecz zamawiającego, itd.

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

W ustępie 10) tego samego artykułu omawiającym proces tworzenia opinii, a także w art. 66b korzysta się konsekwentnie z określeń „produkty ICT, usługi ICT oraz procesy ICT". Podobnie zresztą w art. 2 z definicjami.

Propozycja: ujednolicenie opisu w całym projekcie, z sugestią by jednak stworzyć definicję dostawcy jako dostawcy produktów ICT, usług ICT lub procesów ICT.

Uwagi dodatkowe do projektu ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw

Lp.	Jednostka redakcyjna	Treść uwagi
1	Nowe brzmienie art. 37 ust. 3	Brak zdefiniowania przesłanki niezbędności, o której mowa w projektowanym przepisie. W ocenie zgłaszającego uwagę wymaga to bliższego określenia. Trzeba tu wyrazić obawę, że bez tej definicji każdy taki incydent istotny będzie publikowany w BIP, co może narazić na szwank reputację przedsiębiorcy.
2	Dodawany art. 66a ust. 1 pkt 15	W naszej opinii procedura publikacji decyzji ministra właściwego do spraw informatyzacji, w przedmiocie uznania dostawcy sprzętu lub oprogramowania za dostawcę wysokiego ryzyka, jedynie w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski" oraz udostępnienie ww. decyzji w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra, pozostają niewystarczająca. Obecne brzmienie przepisu w zasadzie obliguje przedsiębiorcę do ciągłego monitorowania BIP ministra ds. informatyzacji. Zgłaszający uwagę wyraża również obawę, że przy takim brzmieniu przepisu informacja o uznaniu

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

		dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka może nie dotrzeć do wszystkich zainteresowanych stron.
3	Dodawany art. 67a ust. 9 pkt 6	W naszej ocenie przepisy powinny jasno wskazywać na jaki okres wydawane jest zalecenie odstąpienia od korzystania z określonego sprzętu lub oprogramowania. Brak wskazania takiego okresu powoduje niepewność prawną oraz potencjalnie może mieć negatywny wpływ na działalność gospodarczą prowadzoną przez podmiot, na który taki obowiązek został nałożony.
4	Dodawany art. 67b ust. 16	Polecenie zabezpieczające powinno być upubliczniane w sposób szerszy niż tylko dzienniku urzędowym ministra właściwego do spraw informatyzacji. W celu efektywniejszego przekazania takiej informacji zainteresowanym podmiotom jest wykorzystanie środków masowego przekazu.

KL/414/201/AM/2022

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS