

Warszawa, dnia 5 października 2020 r.

**Ministerstwo Cyfryzacji**  
**ul. Królewska 27,**  
**00-060 Warszawa**

**STANOWISKO**  
**ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BRANŻY INTERNETOWEJ IAB POLSKA W SPRAWIE**  
**PROJEKTU USTAWY O ZMIANIE USTAWY O KRAJOWYM SYSTEMIE**  
**CYBERBEZPIECZEŃSTWA ORAZ USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

*Szanowni Państwo,*

W związku z trwającymi obecnie konsultacjami dotyczącymi projektu ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 7 września 2020 r. (numer wykazu: UD68; dalej: „Projekt”), Związek Pracodawców Branży Internetowej IAB Polska (dalej: „IAB Polska”) przedstawia poniżej swoje stanowisko dotyczące proponowanego kształtu regulacji.

**I. Uwagi ogólne**

Ustawa o Krajowym Systemie Cyberbezpieczeństwa<sup>1</sup>, implementująca do polskiego porządku prawnego Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii<sup>2</sup>, została uchwalona dwa lata temu. Okres jaki minął od implementacji skutecznie udowodnił, co jest piętą achillesową polskiego systemu cyberbezpieczeństwa tj. brak przewidzianych adekwatnych środków pieniężnych oraz problem z dostępem odpowiednio wykwalifikowanych specjalistów. Do tej pory nie udało się zakończyć procesu wyznaczania operatorów usług kluczowych oraz powołano tylko jeden zespół odpowiadający za obsługę lub wsparcie obsługi incydentów w konkretnym sektorze tj. CSIRT KNF dla sektora finansowego przy Komisji Nadzoru Finansowego.

W tych okolicznościach polski rząd planuje powołać dalsze CSIRT-y i SOC-i oraz uzupełnić krajowy system cyberbezpieczeństwa o nową grupę podmiotów, która na gruncie dotychczasowej ustawy o KSC była co do zasady sektorowo wyłączona tj. przedsiębiorców komunikacji elektronicznej.

**II. Uwagi do projektowanych art. 66a, 66b i 66c ustawy o KSC**

Projektowane artykuły 66a, 66b i 66c ustawy o KSC (art. 1 ust. 29 i n. Projektu) przewidują, że Kolegium do spraw cyberbezpieczeństwa nabędzie nową kompetencję dotyczącą oceny ryzyka dostawcy sprzętu lub oprogramowania istotnego dla cyberbezpieczeństwa podmiotów krajowego systemu cyberbezpieczeństwa. Wynik powyższego postępowania będzie ogłaszany w Monitorze Polskim. Tylko

<sup>1</sup> z dnia 5 lipca 2018 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1369; dalej: ustawa o KSC).

<sup>2</sup> Dz.Urz.UE.L Nr 194, str. 1.

dostawcy z oceną wysokiego ryzyka będą mieli legitymację do złożenia odwołania, które będzie rozpatrywane ponownie przez Kolegium (projektowany art. 66a ust 8 ustawy o KSC).

W przypadku uzyskania oceny ryzyka określającej wysokie lub umiarkowane ryzyko dostawca sprzętu lub oprogramowania, będzie podlegał sankcjom przewidzianym w projektowanym art. 66b ustawy o KSC. Należy również podkreślić, że sankcja za uzyskanie wysokiej oceny ryzyka jest równoznaczna z zakazem wprowadzania do użytkowania sprzętu, oprogramowania i usług określonych w ocenie danego dostawcy sprzętu lub oprogramowania oraz koniecznością ich wycofania z rynku w ciągu 5 lat. Powyższa sankcja w ocenie konstytucjonalistów wydaje się być sprzeczna z zasadą niedziałania prawa wstecz<sup>3</sup>.

Dodatkowo, zgodnie z art. 66c projektu ustawy o KSC, Pełnomocnik może zobowiązać podmiot krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, do którego zastosowanie ma ocena, do sporządzenia i dostarczenia w ciągu 3 miesięcy planu i harmonogramu wycofania z użytkowania sprzętu, oprogramowania i usług dostawcy sprzętu lub oprogramowania, którego dotyczy ocena określająca wysokie ryzyko. Z projektowanych art. 66b i 66c wynika, że de facto przedsiębiorcy (w tym dostawcy i operatorzy) w wyniku oceny Kolegium będą na przykład musieli wycofać się z już prowadzonych inwestycji, które planowane są często w trybie długofalowym. W praktyce może to po prostu oznaczać zakaz prowadzenia działalności gospodarczej dla konkretnego przedsiębiorcy, co w sposób oczywisty zaburza cały system konkurencyjności na rynku podobnych usług czy towarów. W tym miejscu należy również wskazać, że decyzje Kolegium dotyczące dostawców sprzętu i oprogramowania dotyczą wszystkie podmioty krajowego systemu cyberbezpieczeństwa. Decyzje dla konkretnych dostawców są wydawane dla poszczególnych obszarów, a co za tym idzie - takie decyzje mogą być wydane nie tylko dla usług telekomunikacyjnych, ale również dla usług komunikacji elektronicznej – co wynika z przyjęcia przez ustawodawcę w nowelizacji wspólnego pojęcia stanowiącego, że usługi o różnym charakterze i przeznaczeniu są traktowane jak usługi „jednego rodzaju”, Niesie to za sobą zagrożenie, że dostawcy usług komunikacji elektronicznej świadczący usługi w zakresie np. czatów albo poczty elektronicznej będą tak samo traktowani jak dostawcy usług telekomunikacyjnych. W konsekwencji może to oznaczać, że serwery danego producenta używane również do świadczenia usługi komunikacji interpersonalnej muszą zostać na mocy decyzji Kolegium wymienione w ciągu 5 lat, co pociągnie za sobą istotne nakłady pieniężne dla każdego podmiotu zaangażowanego lub pośredniczącego w dostawie takiej usługi, a w konsekwencji wpłynie również na konsumenta. Wzrost ceny takiej usługi wobec użytkownika końcowego może oznaczać, że korzystanie z niej przestanie być dla niego opłacalne i doprowadzi tym samym do wyeliminowania usługi z rynku. Dla średnich i małych przedsiębiorców może to oznaczać koniec prowadzonej działalności, a dla społeczeństwa obniżenie dostępności nowoczesnych usług czy nawet wzrost wykluczenia cyfrowego. Kolejną konsekwencją przyjęcia regulacji pozwalającej na wydawanie dyskrecjonalnych decyzji przez Kolegium może być również wycofanie się lub ograniczenie zaangażowania inwestorów zagranicznych z rynku krajowego przez wzgląd na brak pewności co do otoczenia inwestycyjnego Polski.

Ponadto konsekwencje przewidziane przez projekt nie kończą się jednak tylko na powyższym zakresie, ponieważ projekt przewiduje również zmiany w ramach Prawa zamówień publicznych.

**Jak wskazują konstytucjoniści powyższe regulacje budzą uzasadnione wątpliwości z perspektywy podstawowych zasad konstytucyjnych, takich jak niedziałanie prawa wstecz (art. 2**

---

<sup>3</sup> Tamże.

Konstytucji), zasady wolności działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji) oraz zasady równości wobec prawa i zakazu dyskryminacji (art. 32 Konstytucji)<sup>4</sup>.

Szczególne zastrzeżenia budzą poniższe kwestie:

- Opisana procedura dokonywania oceny przez Kolegium cechuje się jednostronnością, uznaniowością i subiektywnością;
- Kryteria oceny w zakresie omawianego postępowania są nieprecyzyjne, co rodzi niebezpieczne obawy o zachowanie w ramach postępowania zasady niedyskryminacji;
- Kolegium prowadzi postępowanie bez udziału stron, a o jego rezultacie podmiot dowiadyuje się z Monitora Polskiego;
- Zasadność odwołania budzi również organ je rozpatrujący tj. to samo Kolegium, które dokonało oceny;
- Ponadto uprawnienie do odwołania się od oceny dokonanej przez Kolegium przysługuje tylko i wyłącznie przedsiębiorcy, który uzyskał wysoką ocenę, co stanowi istotne pokrzywdzenie interesów pozostałych podmiotów z ocenami niższymi.

Na marginesie warto również zwrócić uwagę, że w przypadku wystąpienia nowych okoliczności, mogących mieć wpływ na ocenę ryzyka dostawcy sprzętu lub oprogramowania, tylko członek Kolegium może złożyć wniosek o zmianę oceny przez Kolegium. Zatem, również na tym etapie zostały wykluczone jakiegokolwiek działania ze strony dostawcy sprzętu lub oprogramowania, będącego przedmiotem poprzedniej oceny ze strony Kolegium.

W ocenie IAB Polska konieczne jest dokonanie następujących zmian w ramach przedmiotowej procedury. W pierwszej kolejności, kryteria które są brane pod uwagę w czasie postępowania powinny zostać zrewidowane i skonkretyzowane. Obecne ich brzmienie pozostawia zbyt wiele miejsca na subiektywne podejście Kolegium. W dalszym zakresie niezbędne jest zapewnienie dostawcom sprzętu lub oprogramowania czynnego udziału w zakresie całego postępowania oraz na etapie po jego zakończeniu (wspomniana powyżej zmiana okoliczności). Kolejnym postulatem jest zmiana charakteru wydawanej decyzji, która powinna podlegać kontroli instancyjnej i weryfikacji sądowej. IAB Polska postuluje również modyfikację zasad publikacji oceny w Monitorze Polskim, która powinna być uzależniona od uprawomocnienia się decyzji Kolegium. Na zakończenie tej części, należy również podkreślić, że jedynie ostateczna decyzja administracyjna w zakresie oceny Kolegium, powinna być kwalifikowana jako przesłanka wykluczenia z postępowania toczącego się w trybie Prawa zamówień publicznych.

### **III. Zmiany dotyczące przedsiębiorców komunikacji elektronicznej**

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu Projektu, coraz większe znaczenia dla bezpieczeństwa usług kluczowych ma niezawodność usług telekomunikacyjnych. W *5G Toolbox*<sup>5</sup>, Państwa członkowskie zobowiązały się m.in. do zaostrzenia wymagań w zakresie bezpieczeństwa infrastruktury i usług telekomunikacyjnych. Zgodnie z uzasadnieniem Projektu, analizowane zmiany do ustawy o KSC są

<sup>4</sup> Por. M. Chmaj, Projekt wykluczający dostawców 5G jest niekonstytucyjny, <https://cyfrowa.rp.pl/opinie/51982-marek-chmaj-projekt-wykluczajacy-dostawcow-5g-jest-niekonstytucyjny> (dostęp: 17.09.2020 r.).

<sup>5</sup> <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/cybersecurity-5g-networks-eu-toolbox-risk-mitigating-measures> (dostęp: 17.09.2020 r.).

elementem działań na rzecz wdrożenia postanowień tego dokumentu. Projekt wdraża również postanowienia Europejskiego Kodeksu Łączności Elektronicznej<sup>6</sup>.

Zgodnie z treścią Projektu, przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej staną się częścią krajowego systemu cyberbezpieczeństwa poprzez dodanie w zakresie ustawy o KSC Rozdziału 4a „Obowiązki przedsiębiorców komunikacji elektronicznej”, w którym będą uregulowane kwestie dotyczące obowiązku stosowania przez przedsiębiorców komunikacji elektronicznej środków zapewniających bezpieczeństwo sieci i usług. IAB Polska pragnie zwrócić uwagę, że miejscem przedmiotowych regulacji dotyczących sektora telekomunikacyjnego nie powinna być ustawa o KSC, która do tej pory zawierała wyłączenie sektorowe w zakresie usług telekomunikacyjnych, ale projekt PKE.

Analizowane przepisy posługują się pojęciem przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej dla określenia obowiązków tam zawartych. Projektowane brzmienie ustawy o KSC odwołuje się w zakresie definicji pojęcia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do projektu ustawy o PKE.

Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 2 pkt 41 projektu PKE **przedsiębiorca komunikacji elektronicznej** to przedsiębiorca telekomunikacyjny lub podmiot świadczący usługę komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów. Z kolei **usługa komunikacji interpersonalnej niewykorzystująca numerów** oznacza usługę umożliwiającą bezpośrednią interpersonalną i interaktywną wymianę informacji za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej między skończoną liczbą osób, gdzie osoby inicjujące połączenie lub uczestniczące w nim decydują o jego odbiorcy lub odbiorcach, z wyłączeniem usług, w których interpersonalna i interaktywna komunikacja stanowi wyłącznie funkcję podrzędną względem innej usługi podstawowej, w tym usługę, która nie umożliwia realizacji połączeń z numerami z planu numeracji krajowej lub międzynarodowych planów numeracji (art. 2 pkt 77 projektu PKE).

Należy zauważyć, że pojęciu „usługi komunikacji interpersonalnej” (art. 2 pkt 77 projektu PKE) odpowiada zawarta w EKŁE definicja „usługi łączności interpersonalnej” (art. 2 pkt 5 EKŁE). Nie ulega wątpliwości, że przepisy krajowe stanowiące implementację konkretnej dyrektywy powinny być interpretowane w zgodzie z jej brzmieniem. W związku z powyższym przy interpretacji projektu PKE warto odwołać się do treści EKŁE. Motyw 17 zd. 1 EKŁE wprost wskazuje, że usługi łączności interpersonalnej obejmują wszystkie rodzaje poczty elektronicznej: *„Usługi łączności interpersonalnej są to usługi, które umożliwiają interpersonalną i interaktywną wymianę informacji, obejmujące takie usługi, jak tradycyjne połączenia głosowe między dwiema osobami, lecz również wszystkie rodzaje poczty elektronicznej, usług przekazywania wiadomości lub czatów grupowych”*.

Dodatkowo, poczta elektroniczna spełnia wszystkie przesłanki powyższych analogicznych definicji. W tym zakresie pewną trudność interpretacyjną może sprawiać jedynie przesłanka interaktywności, która jednak została wyjaśniona w przytoczonym już powyżej motywie 17 zd. 4 i 5 EKŁE – *„Łączność interaktywna oznacza, że usługa umożliwia odbiorcy informacji odpowiedź. Usługi, które nie spełniają tych wymogów, takie jak linearne usługi medialne, wideo na żądanie, strony internetowe, sieci internetowe, serwisy społecznościowe, blogi lub wymiana informacji między urządzeniami, nie powinny być uznawane za usługi łączności interpersonalnej”*. Na marginesie należy zauważyć, że poczta elektroniczna nie może mieścić się również w zakresie wyłączenia zawartego w art. 2 pkt 77 PKE tj. „usług, w których interpersonalna i interaktywna komunikacja stanowi wyłącznie funkcję podrzędną

---

<sup>6</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (dalej: EKŁE).

względem innej usługi podstawowej”. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w przypadku poczty elektronicznej interaktywna komunikacja stanowi jej istotę.

Z powyższej analizy wynika, że posługiwanie się w propozycji nowelizacji ustawy o KSC pojęciem przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej powoduje, że wskazane obowiązki znajdują zastosowanie również do podmiotów takich jak np. dostawcy poczty elektronicznej, co należy uznać za podejście zbyt daleko idące. Projekt nowelizacji ustawy o KSC zakłada nałożenie na podmioty świadczące usługi komunikacji interpersonalnej niewykorzystujące numerów analogicznych obowiązków jak na przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

W ocenie IAB zasadne jest w tym miejscu zaprezentować analogiczne stanowisko jak w przypadku projektu PKE. Przepisy ustawy o KSC uwzględniając regulacje zawarte w EKŁE powinny różnicować obowiązki dostawców usług lub sieci telekomunikacyjnych (nakładać dalej idące obowiązki) oraz dostawców usług łączności interpersonalnej niewykorzystującej numerów (nakładać obowiązki o mniejszym zakresie).

Potwierdza to motyw 95 EKŁE, zgodnie z którym:

*„Z uwagi na rosnące znaczenie usług łączności interpersonalnej niewykorzystujących numerów należy zapewnić aby podlegały one również odpowiednim wymogom bezpieczeństwa zgodnie z ich specyficznym charakterem i istotną rolą w gospodarce. Dostawcy usług powinni również zapewnić poziom bezpieczeństwa proporcjonalny do istniejącego ryzyka. Ze względu na to, że dostawcy usługi interpersonalnej łączności niewykorzystujące numerów zazwyczaj nie sprawują rzeczywistej kontroli nad transmisją sygnałów w sieciach, stopień ryzyka w przypadku takich usług można uznać za niższy pod pewnymi względami niż w przypadku tradycyjnych usług łączności elektronicznej. Dlatego też, jeżeli tylko jest to uzasadnione aktualną oceną ryzyka dla bezpieczeństwa, środki podejmowane przez dostawców usługi interpersonalnej łączności niewykorzystujące numerów powinny być łagodniejsze. Takie samo podejście powinno być stosowane odpowiednio do usług łączności interpersonalnej wykorzystującej numery, jeżeli dostawca nie sprawuje rzeczywistej kontroli nad transmisją sygnału”.*

W związku z powyższym IAB Polska postuluje, aby regulacje wdrażane do ustawy o KSC nie wychodziły poza ramy regulacyjne wynikające z dyrektywy EKŁE, gdyż **zrównywanie obowiązków w zakresie bezpieczeństwa sieci i usług dla wszystkich przedsiębiorców komunikacji elektronicznej nie znajduje uzasadnienia**, natomiast może prowadzić do zaburzenia zasad konkurencyjności poprzez niepotrzebne obciążanie dodatkowymi obowiązkami przedsiębiorców nie sprawujących rzeczywistej kontroli nad transmisją danych. Należy tutaj zauważyć, że w sposób oczywisty realizacja nowych obowiązków pociąga za sobą konieczność poniesienia dodatkowych i wysokich kosztów w zakresie wdrożenia odpowiednich rozwiązań. Postulujemy zatem, aby dostawcy usług komunikacji elektronicznej, którzy nie sprawują rzeczywistej kontroli nad transmisją sygnału, w tym w szczególności dostawcy usług komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów byli zwolnieni z obowiązków w zakresie bezpieczeństwa sieci i usług przewidzianych w projektowanym rozdziale 4a nowelizacji KSC. Obowiązki te są właściwe jedynie dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych sprawujących kontrolę nad sygnałem i posiadających właściwe ku takiej kontroli środki lub których podjęcie uzasadnia charakter dostarczanych przez nich usług i znajduje oparcie w EKŁE. Warto zauważyć, że zachowanie ciągłości dostarczania sieci telekomunikacyjnej powinno spoczywać na dostawcy usług telekomunikacyjnych a nie bezpośrednio oddziaływać również na korzystających z takiej sieci dostawców usług OTT. Należy zwrócić uwagę, że o ile operatorzy telekomunikacyjni dysponują całością infrastruktury technicznej, to już np.: operatorzy poczty elektronicznej nie mają na nią wpływu i funkcjonują na „cudzym” sprzęcie lub dostępie.

Objęcie tymi samymi obowiązkami co dostawca telekomunikacyjny dostawcy poczty elektronicznej czy czatu wydaje się nie tyle nieuzasadnione co wręcz szkodliwe i niebezpieczne dla zasad prawa konkurencji oraz wolności gospodarczej na rynku usług komunikacji elektronicznej a przede wszystkim nie spełnia intencji stojącej za regulacjami wynikającymi z EKŁE. Dolegliwości finansowe wynikające z konieczności spełnienia nowych obowiązków przez dostawców usług komunikacji interpersonalnej niewykorzystującej numerów mogą prowadzić do tego, że rachunek ekonomiczny dalszego prowadzenia takiej usługi będzie nieopłacalny. Zimniejszy się tym samym katalog oferowanych usług, ich różnorodność oraz próg dostępu dla użytkowników końcowych, co wiąże się nie tylko ze stratą dla nich ale i dla krajowej przedsiębiorczości i konkurencyjności na rynku europejskim.

Dodatkowo, Projekt wydaje się być niekompatybilny z przepisami projektu PKE. Przykładowo, projektowany artykuł 20c ustawy o KSC odwołuje się do przedsiębiorcy komunikacji elektronicznej, o którym mowa w art. 47 ust. 1 projektu PKE. Tymczasem wskazany przepis PKE dotyczy wyłącznie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, czyli nie całej kategorii przedsiębiorców komunikacji elektronicznej.

Mając na uwadze powyższe należy skonstatować, że przedstawiony do konsultacji projekt zmiany ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych z dn. 7 września 2020 r. jest pełen terminologicznych niejasności i nieprzystających do praktyki rynkowej rozwiązań i obowiązków, co pozwala sądzić, że ujęcie w rozdziale 4a usług komunikacji interpersonalnej, w tym poczty elektronicznej czy innych usług OTT, jest oczywistym przeoczeniem.

Z poważaniem,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Schmidt', with a long, sweeping flourish extending to the right.

---

Włodzimierz Schmidt  
Prezes Zarządu