

Warszawa, dnia 17 września 2020 r.

*dr hab. Mariusz Bidziński, prof. Uniwersytetu SWPS*

## **OPINIA PRAWNA**

*w przedmiocie oceny zgodności z Konstytucją projektu ustawy o zmianie ustawy – o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych, w wersji z 7 września 2020 r.*

## **I. ŹRÓDŁA PRAWA**

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.);
2. Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (tekst jedn. Dz. U. 2020 poz. 1369);
3. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U.2020, poz. 256 ze zm.)

## **II. DEFINICJE I SKRÓTY**

1. **„Opiniujący”**- dr hab. Mariusz Bidziński, prof. Uniwersytetu SWPS;
2. **„Zlecniodawca”**- Krajowa Izba Komunikacji Ethernetowej z siedzibą w Warszawie;
3. **„Konstytucja”**- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.);
4. **„KSC”** - Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (tekst jedn. Dz. U. 2020 poz. 1369);
5. **„KPA”**- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U.2020, poz. 256 ze zm.);
6. **„Projekt”**- Przygotowany przez Ministra Cyfryzacji projekt ustawy o zmianie ustawy – o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (wersja z 7 września 2020 r.).

## **III. PRZEDMIOT OPINII**

Opinia prawna swoim zakresem obejmuje analizę art. 1 ust. 29 projektu ustawy o zmianie ustawy – o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych, w wersji z 7 września 2020 r. pod względem zgodności z Konstytucją.

Weryfikacji poddano dodane do zmienianej ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa art. 66a, 66b i 66c, w których projektodawcy uregulowali procedurę oceny ryzyka dostawców sprzętu, oprogramowania i usług.

Poszczególne ww. przepisy poddano ocenie w zakresie zgodności z odpowiednimi wzorcami konstytucyjnymi. Z uwagi na zakres przedmiotowy i podmiotowy projektowanej regulacji, adekwatne normy ustawy zasadniczej, z którymi Projekt powinien pozostawać w zgodności to:

- art. 2 Konstytucji – w szczególności wyinterpretowane z zasady demokratycznego państwa prawa: zasada przyzwoitej legislacji, zasada zaufania obywateli do państwa i wynikające z niej: zasada ochrony praw nabytych oraz zasada niedziałania prawa wstecz;
- art. 20 i art. 22 Konstytucji określające kryteria wolności działalności gospodarczej;
- art. 32 Konstytucji, tj. zasada równości i zakaz dyskryminacji.

Dodatkowo zweryfikowano, czy art. 66a zmienianej KSC, w którym uregulowano przesłanki do zmiany wystawionej oceny ryzyka względem dostawców, jest zgodny z zasadą dwuinstancyjności postępowania, tj. naczelną zasadą postępowania administracyjnego mającą swoją podstawę w art. 15 KPA.

Analiza konstytucyjności poszczególnych artykułów procedury ocennej kończy się wskazaniem kierunków zmian legislacyjnych dla wnioskodawcy Projektu – Ministra Cyfryzacji.

#### **IV. WZORCE KONSTYTUCYJNE**

Kontrolą konstytucyjności objęty został projekt ustawy o zmianie ustawy – o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych, w wersji z 7 września 2020 r. przygotowany przez Ministerstwo

Cyfryzacji. Kontrola merytoryczna zgodności przepisów Projektu ustawy z Konstytucją opiera się na wskazaniu adekwatnych wzorców kontroli konstytucyjności.

Podstawą oceny konstytucyjności analizowanego Projektu powinny być w ocenie Opiniującego następujące wzorce:

### **Art. 2. Konstytucji**

*Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.*

Kontrola konstytucyjności norm prawnych z punktu widzenia zgodności z art. 2 Konstytucji obejmuje analizę dochowania szczegółowych zasad wyinterpretowanych przez Trybunał Konstytucyjny i doktrynę prawa konstytucyjnego z zasady demokratycznego państwa prawa. Zgodnie z art. 2 Konstytucji, Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynikają daleko idące konsekwencje, zarówno gdy chodzi o same wymagania co do techniki legislacyjnej (zasada przyzwoitej legislacji), jak i co do bezpieczeństwa prawnego (zasada ochrony zaufania do państwa i prawa).

Zasada przyzwoitej legislacji ma na celu wskazanie reguł, którymi winien kierować się ustawodawca w procesie legislacyjnym, tak by tworzone prawo było racjonalne i stanowiło pełną ochronę jego adresatów. Zasada przyzwoitej legislacji jest jednym z fundamentów demokratycznego państwa prawnego.

Wprowadzony w Konstytucji zakaz retroakcji wywodzi się z zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Retroakcja oznacza działanie prawa wstecz. Innymi słowy zjawisko to zachodzi, gdy normy

prawa nakazują kwalifikować według nowego stanu prawnego czyny, zdarzenia, stany rzeczy, które miały miejsce w przeszłości, gdy normy te nie obowiązywały.

Jak trafnie podkreśla się w doktrynie, „Retroaktywność prawa może polegać albo na tym, że przepis prawny nakazuje wiązać w przyszłości odmienne skutki prawne z określonym przeszłym faktem prawnym albo na tym, że przepis taki nakazuje wiązać w przyszłości odmienne skutki prawne zarówno z określonym w nim faktem przeszłym, jak i z faktami zaistniałymi w czasie pomiędzy owym faktem przeszłym, a nabyciem mocy prawnej przez retroakcyjny przepis.” (zob. W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 2 Konstytucji [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2004, s. 43).

„Klauzula demokratycznego państwa prawnego i wynikająca z niej zasada zaufania obywatela do państwa nakładają na ustawodawcę obowiązek takiego formułowania nowych przepisów (...), które szanuje tzw. interesy w toku, a więc przedsięwzięcia gospodarcze i finansowe rozpoczęte pod rządami przepisów poprzednich. Obowiązkowi temu należy (...) przypisać bardziej kategoryczny charakter w tych wszystkich sytuacjach, w których ustawodawca wyznaczy pewien okres czasu, w którym miało być możliwe prowadzenie interesów według z góry ustalonych zasad czy reguł gry. W takim bowiem wypadku ustawodawcę wiąże zasada zaufania obywatela do państwa (...).” (wyr. TK z dnia 25 listopada 1997 r., sygn. akt K 26/97, OTK 1997, nr 5-6, poz. 64). Jeżeli stan prawny zapewniał jednostkę, że przez pewien czas obowiązywać ją będą pewne reguły, a jednostka kierując się tym zapewnieniem rozpoczęła konkretne działania, to reguł tych nie można już zmieniać na niekorzyść jednostki (tamże). Na tym polega, wysłowiona w art. 2 Konstytucji, zasada ochrony interesów w toku.

## **Art. 20 Konstytucji**

*Spółeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.*

## **Art. 22 Konstytucji**

*Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.*

Istotne wzorce konstytucyjności analizowanego projektu ustawy stanowią art. 20 i 22 Konstytucji RP. W myśl pierwszego z nich „*Spółeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej*”. Z kolei przepis art. 22 Konstytucji RP stanowi, że „*Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny*”. Wskazane wzorce kształtują niezwykle istotne z punktu widzenia demokratycznego państwa prawnego prawa podmiotowe, a wśród nich prawo swobody działalności gospodarczej. Normy uszczegóławiające to prawo, w zależności od rodzaju danej działalności, wyrażone zostały w szczegółowych aktach normatywnych, w tym m.in. w ustawie prawo farmaceutyczne, ustawie prawo przedsiębiorców etc.

Celem społecznej gospodarki rynkowej jest zapewnienie osiągnięcia możliwie wysokiego dobrobytu gospodarczego, zabezpieczenie sprawnego gospodarzo i sprawiedliwego społecznie porządku pieniężnego, a także bezpieczeństwa społecznego, sprawiedliwości społecznej i postępu społecznego. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 stycznia 2001 r. (sygn. akt K 17/00, Dz. U. Nr 11, poz. 90) „*równowartościowość oraz komplementarność elementów społecznej gospodarki rynkowej tj. wolność działalności gospodarczej, własność prywatna oraz solidarność dialog i współpraca partnerów społecznych, co oznacza, że mogą się wzajemnie ograniczać, a zatem zasadę społecznej*

gospodarki rynkowej można traktować jako pewną wypadkową jej trzech filarów” (podobnie wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 listopada 2002 r., sygn. akt K 37/00, OTK ZU 2002/6A/82). W efekcie, istotą społecznej gospodarki rynkowej jest powiązanie dwóch podstawowych wartości, tj. wolności gospodarczej oraz różnic społecznych. Zgodnie z treścią art. 22 Konstytucji RP, podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej są wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Jakiegokolwiek ograniczenie działalności gospodarczej może zostać usankcjonowane wyłącznie w ustawie, przy czym dla swej poprawności musi ona wyraźnie wskazywać na przewidziane prawem warunki prowadzenia działalności gospodarczej. Ze wskazanej zasady wynikają nie tylko prawa dla zainteresowanych prowadzeniem działalności gospodarczej podmiotów, ale również określone obowiązki dla organów państwa. Do podstawowych obowiązków w tym zakresie należą: sprzyjanie realizacji wolności gospodarczej oraz zakaz wydawania aktów prawnych sprzecznych z zasadą wolności gospodarczej. Powyższe pozwala stwierdzić, że w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej obowiązują dwie podstawowe zasady: *in dubio pro libertate* (w razie wątpliwości rozstrzygać na rzecz wolności) oraz zakaz rozszerzającej interpretacji wyjątków od zasady wolności gospodarczej.

### **Art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji**

*Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne.*

Zgodnie z określoną w art. 32 Konstytucji zasadą równości, wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących (por. wyrok TK z dnia 22 lutego 2005 r. sygn. akt K 10/04, OTK ZU nr 2/A/2005, poz. 17).

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że z zasady równości, wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji, wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Podmioty różniące się mogą być natomiast traktowane odmiennie. Ocena każdej regulacji prawnej z punktu widzenia zasady równości musi być zatem poprzedzona dokładnym zbadaniem sytuacji prawnej podmiotów i przeprowadzeniem analizy, zarówno jeśli chodzi o ich cechy wspólne, jak i cechy różniące (por. uzasadnienie wyroku TK z dnia 28 maja 2002 r., sygn. akt P 10/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 35). Samo odstępstwo od równego traktowania nie prowadzi jeszcze do uznania wprowadzających je przepisów za niekonstytucyjne. Nierówne traktowanie podmiotów podobnych nie musi oznaczać dyskryminacji lub uprzywilejowania, a w konsekwencji niezgodności z art. 32 czy też z art. 2 Konstytucji (zob. wyroki z: dnia 12 maja 1998 r., sygn. akt U. 17/97; OTK ZU nr 3/1998, poz. 34 i z dnia 15 października 2001 r., sygn. akt K 12/01; OTK ZU nr 7/2001, poz. 213). W wyroku z dnia 5 października 2005 r. (sygn. akt SK 39/05, OTK ZU nr 9/A/2005, poz. 99) Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że zasada równości daje się wyrazić w formule: nie wolno tworzyć prawa różnicującego sytuację prawną podmiotów, których sytuacja faktyczna jest taka sama. Dla oceny konstytucyjności konkretnych przepisów konieczna jest ocena kryterium, na podstawie którego dokonano zróżnicowania. Kryterium takie powinno mieć: a) charakter istotny (relewantny), a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służyć realizacji tego celu i treści; b) proporcjonalny, c) pozostawać w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (wyrok TK z dnia 31 marca 2008r., sygn. akt P 20/07, Dz. U. 2008, nr 57, poz. 350).

W efekcie zasada ta rozumiana jest nie jako kształtująca absolutną i bezwzględną równość wszystkich i we wszystkim, a jako równość względną,



tj. taką która musi i może być stosowana wyłącznie w stosunku do porównywalnych zdarzeń – okoliczności (K. Działocha, *Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce*, [w:] L. Garlicki, J. Trzciniński (red.), *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych*, Wrocław 1990, s. 141-158). Jak słusznie podkreśla się w literaturze, „sprawą podstawową dla oceny dochowania zasady równości jest tym samym ustalenie cechy istotnej, z uwagi, na którą przepisy prawa dokonały zróżnicowania sytuacji prawnej swoich adresatów” (B. Banaszak, *Komentarz do art. 32 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 182 i n.; zob. wyrok TK z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt K 8/97, OTK 1997, Nr 5-6, poz. 70, s. 553-554; wyrok TK z dnia 29 września 1997 r., sygn. akt K 15/97, OTK 1997, Nr 3-4, poz. 37, s. 377-380 oraz orzeczenie TK z dnia 11 lutego 1992 r., sygn. akt K 14/91, OTK 1992, Nr 1, poz. 7, s. 133).

## **V. ANALIZA PRAWNA**

Projektodawcy wprowadzili procedurę oceny ryzyka przedsiębiorców z branży nowych technologii. Zasady postępowania ocennego znajdują się w art. 1 ust. 29 Projektu, tj. w nowo dodanych art. 66a, 66b, 66c zmienianej KSC. Treść wskazanych przepisów budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie zgodności z konstytucją

### **1. OCENA ZGODNOŚCI Z KONSTYTUCJĄ ART. 66A ZMIENIANEJ KSC**

Artykuł 66a reguluje całą procedurę ocenną: od złożenia wniosku do wydania oceny. Kompetencję do przeprowadzenia oceny projektodawcy nadali Kolegium do Spraw Cyberbezpieczeństwa, jako organowi opiniodawczo – doradczemu utworzonemu przy Radzie Ministrów (art. 64 KSC).

Wniosek o wszczęcie procedury ocennej składa członek Kolegium. Wniosek może dotyczyć: 1) rodzajów sieci telekomunikacyjnych i systemów

teleinformatycznych lub produktów, usług i procesów, lub 2) kategorii podmiotów wchodzących w skład krajowego systemu cyberbezpieczeństwa.

Pomiotami podlegającymi kontroli są wszyscy dostawcy sprzętu, oprogramowania lub usług, bez względu na formę prawną wykonywanej działalności i wielkość przedsiębiorstwa. Należy mieć świadomość, że zgodnie z ustawową definicją „dostawcy”, procedurze ocennej mogą zostać poddani: producenci, przedstawiciele, importerzy i dystrybutorzy nowych technologii.

Procedura ocenna będzie opierała się na aspektach technicznych jak i pozatechnicznych mających wpływ na bezpieczeństwo narodowe. Postępowanie kończy się wydaniem następujących ocen: 1) wysokie ryzyko - jeżeli dostawca sprzętu lub oprogramowania stanowi poważne zagrożenie dla cyberbezpieczeństwa państwa i zmniejszenie poziomu tego ryzyka przez wdrożenie środków technicznych lub organizacyjnych nie jest możliwe; 2) umiarkowane ryzyko - jeżeli dostawca sprzętu lub oprogramowania stanowi poważne zagrożenie dla cyberbezpieczeństwa państwa a zmniejszenie poziomu tego ryzyka możliwe jest przez wdrożenie środków technicznych lub organizacyjnych; 3) niskie ryzyko - jeżeli dostawca sprzętu lub oprogramowania stanowi niewielkie zagrożenie dla cyberbezpieczeństwa państwa; i 4) brak zidentyfikowanego poziomu ryzyka - jeżeli nie stwierdzono zagrożenia dla cyberbezpieczeństwa państwa lub jego poziom jest znikomy (art. 66a ust. 5).

Na końcu procedury wszystkie oceny są publikowane w formie komunikatu w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”.

Po przeprowadzonym postępowaniu i publikacji komunikatu prawa dostawców określono następująco: 1) dostawca sprzętu lub oprogramowania, którego dotyczy ta ocena „umiarkowane ryzyko” lub „niskie ryzyko”, może przedstawić Kolegium środki zaradcze i plan

naprawczy. W przypadku akceptacji tych środków zaradczych i planu naprawczego, Kolegium może zmienić ocenę, natomiast 2) dostawca sprzętu lub oprogramowania, którego dotyczy ocena określająca wysokie ryzyko może odwołać się w terminie 14 dni od publikacji komunikatu o sporządzonej ocenie do Kolegium. Kolegium rozpatruje odwołanie w ciągu 2 miesięcy od otrzymania. Wniesienie odwołania nie wstrzymuje działań zakazów i obowiązków, o których mowa w pkt nr 2 Opinii.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że całe postępowanie ocenne prowadzone jest bez udziału zainteresowanych dostawców. Organ sam, arbitralnie dokonuje ustaleń i wystawia ocenę o ryzyku. Według projektowanych założeń, przedsiębiorcy o prowadzonej ocenie dowiedzą się dopiero z komunikatu w Monitorze Polskim. Od dnia publikacji, dla dostawcy z oceną „wysokie ryzyko” rozpoczyna się bieg termin na odwołanie. Należy zwrócić uwagę, że odwołanie rozpoznaje Kolegium – ten sam organ, który wydał ocenę.

Analizowane rozwiązanie legislacyjne jest sprzeczne z art. 2 Konstytucji, w szczególności z zasadą przyzwoitej legislacji oraz zasadą zaufania obywateli do państwa.

Projektowana regulacja niewątpliwie należy do administracyjnej gałęzi prawa. Z tego względu zasady postępowania ocennego powinny odbywać się z zachowaniem reguł administracyjnych. Jedną z nich, wynikającą z art. 15 k.p.a. jest zasada dwuinstancyjności postępowania administracyjnego. Ww. zasada wyraża regułę, że wszystkie decyzje nieostateczne mogą być na wniosek osoby uprawnionej zaskarżone do organu administracji publicznej wyższego stopnia nad organem, który wydał zaskarżoną decyzję. Zasada ta odnosi się nie tylko do zwyczajnego toku postępowania administracyjnego, lecz także do decyzji wydanych w wyniku postępowań nadzwyczajnych, co stwierdził NSA w Warszawie w postanowieniu z 11.06.1981 r., SA 584/81, ONSA 1981/1, poz. 55.

Odstąpienie od zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego, jej ograniczenie lub wyłączenie bądź wprowadzenie innego środka ochrony prawnej może nastąpić tylko w drodze ustawy, a jako wyjątek od zasady musi być wyraźne i jednoznaczne. Ewentualne wątpliwości co do takiego wyjątku powinny być wyjaśniane na rzecz realizacji zasady, a nie rozszerzenia wyjątku. Jest to w takich sytuacjach jedna z podstawowych reguł interpretacji przepisów w toku stosowania prawa, stosowana powszechnie w doktrynie i w orzecznictwie (uchwała SN z dnia 1 grudnia 1994 r., III AZP 8/94, OSNP 1997/7, poz. 82, oraz wyrok SN z dnia 9 czerwca 1999 r., III RN 15/99, OSNAPiUS 2000/10, poz. 378). Wyjątki te „nie mogą one prowadzić do naruszenia innych norm konstytucyjnych. Ponadto nie mogą powodować przekreślenia samej zasady ogólnej, która na gruncie zwykłego ustawodawstwa stałaby się de facto wyjątkiem od wprowadzanej w różnych regulacjach procesowych reguły postępowania jednoinstancyjnego. Należy zatem uznać, że odstępstwo od reguły wyznaczonej art. 78 Konstytucji w każdym razie powinno być podyktowane szczególnymi okolicznościami oraz odpowiadać zasadzie proporcjonalności” (wyrok TK z dnia 6 grudnia 2011 r., SK 3/11, OTK-A 2011/10, poz. 113; por. także J. Zimmermann, *Aksjomaty postępowania administracyjnego*, Warszawa 2017, s. 198–201). Dostawcy, w stosunku do których wszczęto kontrolę zostali pozbawieni prawa do udziału w postępowaniu I- instancyjnym. Przedsiębiorcom odebrano inicjatywę dowodową. Z tego względu procedurę ocenną należy określić jako subiektywną i uznaniową.

Należy zauważyć, że prawo do odwołania przysługuje wyłącznie dostawcom z oceną „wysokie ryzyko”. Przedsiębiorcy, których działalność oceniono, jako umiarkowanie ryzykowną lub niskiego ryzyka nie podważą oceny. Z uwagi na fakt, że nie wszyscy oceniani mogą poddać rozstrzygnięcie kontroli, projektowany przepis należy zakwalifikować jako łamiący zakaz dyskryminacji w stosunku do ocenianych dostawców, tj. art. 32 Konstytucji.

Z treści art. 66a wynika, że postępowanie prowadzone przez Kolegium kończy się publikacją komunikatu w Monitorze Polskim. Komunikat zostanie ogłoszony, bez wyjątku, w stosunku do wszystkich ocenianych dostawców. Zanim przedsiębiorca podejmie środki zaradcze, w zależności od oceny: zaproponuje plan naprawczy lub złoży odwołanie, publiczny komunikat skutecznie zniszczy renomę takiego dostawcy. Istotnym jest, że projektowana regulacja nie zawiera trybu zmiany treści komunikatu na skutek np. uwzględnienia odwołania. W związku z powyższym projektowane zasady publikacji są sprzeczne z wolnością działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji).

### **1.1. PROPONOWANE ZMIANY LEGISLACYJNE DO ART. 66A ZMIENIANEJ KSC**

W celu doprowadzenia analizowanej regulacji do stanu zgodnego z Konstytucją konieczna jest:

- zmiana kryteriów procedury ocennej na precyzyjne i niebudzące wątpliwości interpretacyjnych;
- wprowadzenie regulacji gwarantującej dostawcom sprzętu lub oprogramowania czynny udział w postępowaniu ocennym, zgodnym z zasadami postępowania administracyjnego;
- zmiana przepisu dotyczącego komunikatu w Monitorze Polskim – tylko wynik postępowania ocennego stwierdzony ostateczną decyzją administracyjną powinien podlegać publikacji.

### **2. OCENA ZGODNOŚCI Z KONSTYTUCJĄ ART. 66B ZMIENIANEJ KSC**

Artykuł 66b zmienianej KSC zawiera sankcje, jakie z mocy prawa czekają przedsiębiorców, których działalność oceniono jako ryzykowną. Zgodnie z ustępem 1 dostawcy sprzętu lub oprogramowania z oceną „wysokie ryzyko”:

- 1) nie wprowadzają do użytkowania sprzętu, oprogramowania i usług określonych w ocenie danego dostawcy sprzętu lub oprogramowania oraz 2) wycofują z użytkowania sprzęt, oprogramowanie i usługi określone w ocenie danego dostawcy sprzętu lub oprogramowania nie później niż 5 lat od dnia ogłoszenia komunikatu o ocenie.

Natomiast dostawcy umiarkowanie ryzykowni nie wprowadzają do użytkowania sprzętu, oprogramowania i usług określonych w ocenie, ale mogą kontynuować użytkowanie dotychczas posiadanych egzemplarzy sprzętu, oprogramowania oraz rodzaju i liczby usług (art. 66c ust. 2).

Projektowana regulacja w sposób rażąco ingeruje w prawa nabyte dostawców z oceną „wysokie ryzyko”. Przedsiębiorcy *de facto* zmuszeni będą usunąć sprzęt, usługi oraz oprogramowanie, które wprowadzili na rynek zgodnie z obowiązującymi przepisami. Dotychczas, zgodnie z prawem, to do przedsiębiorców należała ocena ryzyka wszystkich filarów prowadzonej działalności, wprowadzanie odpowiednich standardów bezpieczeństwa oraz monitoring bezpieczeństwa transakcji i produktów. W związku z powyższym produkty, sprzęt i oprogramowanie dostawców znajdują się na rynku legalnie, z tego względu projektowaną regulację należy ocenić jako naruszającą zasadę niedziałania prawa wstecz i zasadę ochrony interesów w toku wyinterpretowane z art. 2 Konstytucji.

Ponadto wejście w życie projektowanej regulacji wiąże się dla przedsiębiorców z niepowetowaną szkodą. Z wykładni projektowanego art. 66c ust. 1 pkt 2 wynika, że przedsiębiorca wysokiego ryzyka z rynku musi wycofać wszystkie produkty i usługi wymienione w uznaniowej ocenie. Dla przedsiębiorcy oznacza to, że zarówno kontrahenci jak i konsumenci muszą zwrócić ryzykowne produkty. W niektórych przypadkach na dostawcy może spoczywać obowiązek wycofania z rynku produktów, które wprowadził na rynek na początku swojej działalności. Wykonanie analizowanego obowiązku wygeneruje ogromną szkodę w majątku dostawców. Z uwagi na fakt, że zakres podmiotowy projektowanej ustawy obejmuje wszystkich przedsiębiorców zaangażowanych we wprowadzanie na rynek nowych technologii, nie wszystkie podmioty przetrwają proces wycofania z rynku sprzętu i oprogramowania. Z roszczeniami odszkodowawczymi wystąpią wszyscy kontrahenci, którym dostawca sprzedał ryzykowny sprzęt lub

prawa do oprogramowania jak i konsumenci, których umowy o świadczenie usług z dnia na dzień zostaną wypowiedziane. Z tego względu należy liczyć się ze znaczącą redukcją konkurencji na rynku nowych technologii. Analizowane rozwiązanie legislacyjne narusza wolność działalności gospodarczej wynikającą z art. 20 i 22 Konstytucji.

### **2.1. PROPONOWANE ZMIANY LEGISLACYJNE DO ART. 66B ZMIENIANEJ KSC**

W celu doprowadzenia analizowanego przepisu do stanu zgodnego z Konstytucją należy wprowadzić następującą zmianę:

- należy zmienić sankcje dla dostawców określonych jako wysoce ryzykowni na nieretroaktywne.

### **3. OCENA ZGODNOŚCI Z KONSTYTUCJĄ ART. 66C ZMIENIANEJ KSC**

Projektodawcy, w analizowanym artykule 66c przyznali Pełnomocnikowi kompetencję do zobowiązania dostawców z oceną „wysokie ryzyko” do przedstawienia planu i harmonogramu wycofania z użytkowania sprzętu, oprogramowania i usług. Zobowiązany przedsiębiorca będzie miał 3 miesiące na przygotowanie i doręczenie organowi strategii.

Plan zatwierdza Pełnomocnik, po uzgodnieniu z Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w przypadku przedsiębiorców komunikacji elektronicznej,

Poza wskazanymi wyżej argumentami w zakresie niekonstytucyjności obowiązku wycofywania sprzętu, oprogramowania i usług, regulacja dotycząca procedury planistycznej jest niekonkretna.

Obowiązek przedstawienia harmonogramu wycofania nie dotyczy wszystkich podmiotów krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, których działalność została uznana za wysoce ryzykowną. Z analizowanego przepisu nie wynika, którzy przedsiębiorcy spośród ocenionych jako wysoce ryzykowni, Pełnomocnik zobowiąże do przedstawienia planu. W związku z tym organ ma

wprost przyznaną legitymację do uznaniowego działania. Organ nie ma obowiązku uzasadniania, dlatego jeden dostawca z wysokim ryzykiem ma opracować plan, a inny nie. Z uwagi na powyższy wywód, art. 66c zmienionej KSC jest sprzeczny z zasadą przyzwoitej legislacji, zasadą zaufania obywateli do państwa – art. 2 Konstytucji oraz z zasadą równości i zakazem dyskryminacji- art. 32 Konstytucji.

Ponadto regulacja art. 66c nie zawiera żadnych kryteriów, którymi powinien kierować się organ zatwierdzający plan, nie podano formy, w której nastąpi zatwierdzenie. W świetle projektowanego prawa organ nie ma obowiązku uzasadniania swojej decyzji. Z tego względu analizowany przepis nie odpowiada zasadom: przyzwoitej legislacji i zaufania obywateli do państwa oraz zasadzie równości.

### **3.1. PROPONOWANE ZMIANY LEGISLACYJNE DO ART. 66C ZMIENIANEJ KSC**

W celu doprowadzenia analizowanej regulacji do stanu zgodnego z Konstytucją konieczne jest:

- wprowadzenie konkretnych kompetencji Pełnomocnika oraz wytycznych dla dostawców, których dotyczy ocena określająca wysokie ryzyko w zakresie procedury akceptacyjnej.

## **VI. WNIOSKI KOŃCOWE**

- 1. Projekt ustawy o zmianie ustawy – o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (wersja z 7 września 2020 r.) jest niezgodny z art. 2, art. 20, art. 22 oraz art. 32 Konstytucji.**
- 2. Projektowana procedura ocenna, która może być wszczęta w stosunku do dostawców sprzętu i oprogramowania, została**



oparta na niejasnych i uznaniowych kryteriach. Rozwiązanie takie godzi bezpośrednio w zasadę przyzwoitej legislacji określoną w treści art. 2 Konstytucji.

3. Postępowanie ocenne prowadzone jest w całości Kolegium – bez udziału dostawcy – co jest sprzeczne z zasadą zaufania obywateli do państwa wyrażoną w art. 2 Konstytucji.
4. Regulacja zaprojektowana w art. 66a ust. 6 zmienionej KSC, z której wynika prawo organu do publikacji komunikatu w Monitorze Polskim z wynikami nieostatecznej oceny dostawcy jako „ryzykownego” nie jest zgodna z zasadą ochrony praw nabytych wskazaną w art. 2 Konstytucji. Regulacja ta narusza również zasadę wolności działalności gospodarczej, o której mowa w art. 20 i 22 Konstytucji.
5. Prawo odwołania przysługuje wyłącznie dostawcom uznanym jako „wysoce ryzykowni”, co godzi w zasadę równości i zakaz dyskryminacji. Dostawców, z oceną umiarkowane lub niskie ryzyko, projektodawca pozbawił prawa do kontroli oceny.
6. Dostawcy, którzy według oceniającego organu prowadzą działalność wysokiego ryzyka *ex lege* zobowiązani będą, pod rygorem kary pieniężnej, w ciągu 5 lat, wycofać z rynku sprzęt, oprogramowanie i usługi wskazane w ocenie.

7. **Projektowany art. 66b ust. 1 pkt 2 zmienianej KSC narusza zasadę zaufania obywateli do państwa, zasadę ochrony praw nabytych oraz zasadę niedziałania prawa wstecz wynikające z art. 2 Konstytucji.**
  
8. **Procedura oceny ryzyka dostawców wymaga gruntownych poprawek legislacyjnych, co dyskwalifikuje go na obecnym etapie z dalszych prac, zaś ewentualne jego uchwalenie skutkować będzie daleko idącymi negatywnymi konsekwencjami w wielu obszarach społecznych i ekonomicznych.**

**dr hab. Mariusz Bidziński**

**prof. Uniwersytetu SWPS**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Bidziński', written in a cursive style.