



Warszawa, 21 grudnia 2018 r.



RPW/104483/2018 P
Data: 2018-12-27

Minister
Spraw Zagranicznych

DPUE.920.1785.2018 / 2/dl
dot.: DP-III.0211.77.2018 z 30.11.2018 r.

Pan Marek Zagórski
Minister Cyfryzacji

Opinia

o zgodności z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw, wyrażona przez ministra właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej

Szanowny Panie Ministrze,

w związku z przedłożonym projektem ustawy pozwalam sobie wyrazić poniższą opinię.

Zmiana ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci łączności elektronicznej

1. W art. 2 ust. 1 pkt 11 ustawy projektodawca proponuje dodanie definicji punktu dostępu bezprzewodowego o bliskim zasięgu, który został zdefiniowany również w art. 2 pkt 23 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona). Zwracam uwagę, że chociaż zaproponowana definicja odpowiada polskiej wersji językowej dyrektywy, to analiza wersji angielskiej i francuskiej wskazuje, że wskazane jest doprecyzowanie części definicji dotyczącej wyposażenia urządzenia w antenę, tak by było jasne, że punkt dostępu bezprzewodowego o bliskim zasięgu może być wyposażony tylko w antenę o niskim oddziaływaniu na krajobraz (a nie żadną inną). A zatem zastąpienie słów „wyposażone w antenę lub anteny o niskim oddziaływaniu na krajobraz”, słowami „wyposażone w jedną lub więcej anten o niskim oddziaływaniu na krajobraz”.
2. Odnosząc się do wskazanego w art. 21 ust. 2 ustawy terminu na zwrócenie się do Prezesa UKE z wnioskiem o dostęp, zwracam uwagę, że zgodnie z implementowanym art. 3 ust. 4 dyrektywy 2014/61/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie środków mających na celu zmniejszenie kosztów realizacji szybkich sieci łączności elektronicznej, termin ten powinien być liczony od daty otrzymania, a nie złożenia wniosku.
3. Projektodawca proponuje uchylenie art. 25c ust. 2 ustawy, zawierającego delegację do określenia w drodze rozporządzenia rodzajów infrastruktury, w stosunku do której nie mają zastosowania przepisy ustawy dotyczące udostępniania informacji o zasadach dostępu. Zwracam jednak uwagę, że przepis ten implementuje art. 4 ust. 7 dyrektywy 2014/61 UE, umożliwiający zwolnienie z obowiązków odnoszących się do przejrzystości informacji o infrastrukturze technicznej, jednak tylko w przypadku uzasadnienia odstępstw oraz umożliwienia zainteresowanym stronom zgłoszenia uwag do projektu zwolnień. Warunki te są spełnione w przypadku procedury legislacyjnej przyjęcia rozporządzenia. Zgodnie bowiem

z Regulaminem pracy Rady Ministrów, do projektów aktów prawnych dołącza się uzasadnienie. Ponadto projekty te wraz z powiązaną dokumentacją podlegają publikacji oraz konsultacjom publicznym. Nie jest jednak jasne, jak wynikające z dyrektywy 2014/61/UE warunki będą realizowane po zmianie przepisów, skoro zgodnie z uzasadnieniem projektu, celem projektodawcy jest nieujawnianie informacji o infrastrukturze krytycznej.

Zmiana ustawy o samorządzie gminnym, ustawy o samorządzie województwa oraz ustawy o samorządzie powiatowym

4. Zgodnie z art. 4, 9 i 10 projektu, odpowiednio gmina, województwo oraz powiat będą mogły zawrzeć z inwestorem umowę, na mocy której, w zamian za realizację inwestycji zaspokajającej zbiorowe potrzeby wspólnoty, związanej z zajęciem przez inwestora pasa drogowego w celu umieszczenia w pasie drogowym urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego, ustali w tej umowie stawkę opłaty za zajęcie pasa drogowego w wysokości niższej niż w uchwale, o której mowa w art. 40 ust. 8 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych.

Określona w umowie niższa stawka opłaty może zostać uznana za pomoc państwa na rzecz inwestora, chyba że spełnione zostaną wymagania dotyczące rekompensaty kosztów poniesionych w celu zapewnienia usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości (C-280/00 *Altmark Trans*, pkt 87–95), w przypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, pomoc państwa nie występuje, gdy spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) przedsiębiorstwo będące beneficjentem (w obecnym przypadku inwestor) powinno być rzeczywiście obciążone wykonaniem zobowiązań do świadczenia usług publicznych i zobowiązania te powinny być jasno określone;
- b) parametry, na podstawie których obliczona jest rekompensata (w obecnym przypadku różnica między stosowaną ogólnie stawką, a niższą stawką zastosowaną w konkretnym przypadku), muszą być ustalone z góry, w sposób obiektywny i przejrzysty;
- c) rekompensata nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w celu wykonania zobowiązań do świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku z tytułu wypełniania tych zobowiązań;
- d) jeżeli wybór przedsiębiorstwa, któremu ma zostać powierzone wykonywanie zobowiązań do świadczenia usług publicznych, nie został w danym przypadku dokonany w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, pozwalającej na wyłonienie wykonawcy zdolnego do świadczenia tych usług po najniższym koszcie dla społeczności, poziom koniecznej rekompensaty powinien zostać ustalony na podstawie analizy kosztów, jakie poniosłoby typowe przedsiębiorstwo, prawidłowo zarządzane i wyposażone w odpowiednie środki, na wykonanie takich zobowiązań, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku osiąganego z tytułu wypełniania tych zobowiązań.

Zgodnie natomiast z projektem zawierana przez gminę, województwo lub powiat umowa zawierać będzie w szczególności:

- 1) rodzaj inwestycji wraz ze wskazaniem celu, któremu ma służyć jej zawarcie z punktu widzenia zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty;
- 2) sposób, miejsce i warunki jej realizacji przez inwestora;

- 3) wysokość stawki opłaty za zajęcie pasa drogowego w odniesieniu do umieszczanych w pasie drogowym urządzeń infrastruktury technicznej związanych z realizacją tej inwestycji.

Przepisy te określają wprawdzie obowiązek ustalenia w umowie rodzaju realizowanej inwestycji, nie wynika z nich jednak wymóg jasnego określenia obowiązków inwestora. Wskazane w projektowanych przepisach wymaganie, aby umowa określała sposób, miejsce i warunki realizacji inwestycji jest ogólnikowe. Budzi ono wątpliwości co do tego, czy warunek określony wyżej pod lit. a) jest spełniony. Z tego względu, w ocenie MSZ celowe jest uzupełnienie w art. 4, art. 9 i art. 10 ust. 4 pkt 2) przez dookreślenie, że umowa określa „szczegółowe warunki jej realizacji przez inwestora”.

W ocenie MSZ nie jest spełniony warunek, zgodnie z którym parametry, na podstawie których obliczona jest rekompensata, muszą być ustalone z góry, w sposób obiektywny i przejrzysty (lit. b). Projekt przewiduje wprawdzie obowiązek określenia w umowie wysokości stawki opłaty, w żadnym jednak miejscu nie ustala mechanizmu jej określenia.

Również trzeci warunek (lit. c) nie jest spełniony, bowiem wskazanie w projekcie, że umowa będzie określała wysokość opłaty, nie gwarantuje, że wysokość rekompensaty nie przekroczy kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub części kosztów poniesionych w celu wykonania zobowiązań do świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku z tytułu wypełniania tych zobowiązań.

Z treści projektowanych przepisów nie wynika też, aby wybór inwestora miał następować w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, pozwalającej na wyłonienie wykonawcy zdolnego do świadczenia tych usług po najniższym koszcie dla społeczności. Z tego powodu, w przypadkach, w których wybór taki nie będzie realizowany w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, konieczne byłoby powiązanie poziomu rekompensaty z analizą kosztów (lit. d), jakie poniosłoby typowe przedsiębiorstwo, prawidłowo zarządzane i wyposażone w odpowiednie środki, na wykonanie takich zobowiązań, przy uwzględnieniu związanych z nimi przychodów oraz rozsądnego zysku osiąganego z tytułu wypełniania tych zobowiązań.

W ocenie MSZ, w celu ograniczenia ryzyka uznania określonej w umowie niższej stawki opłaty za pomoc państwa, konieczne jest uwzględnienie opisanych warunków dotyczących rekompensaty kosztów poniesionych w celu zapewnienia usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym. W przeciwnym razie opłata ta może zostać uznana za pomoc państwa, co spowoduje konieczność jej notyfikowania Komisji Europejskiej, w ramach programu pomocowego, chyba że będzie miało do niej zastosowanie wyłączenie spod takiego obowiązku. W chwili obecnej, z uwagi na brak szczegółowych informacji, nie można jednak stwierdzić, czy takie wyłączenie miałoby zastosowanie.

Zmiana ustawy – Prawo budowlane

5. W art. 8 pkt 2 projektu (w zakresie dotyczącym art. 29 ust. 1 ustawy - Prawo budowlane) proponuje się zwolnienie budowy sieci nowej generacji z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę. Ponieważ w projekcie nie proponuje się jednocześnie uzupełnienia katalogu przedsięwzięć objętych obowiązkiem zgłoszenia (art. 30 ust. 1 ustawy - Prawo budowlane), w konsekwencji budowa sieci nowej generacji będzie zwolniona także z tego obowiązku.

Powyższe zmiany budzą zastrzeżenia z punktu widzenia zgodności z art. 6 ust. 3 dyrektywy Rady 92/43/EWG z dnia 21 maja 1992 r. w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory („dyrektywa siedliskowa”), który stanowi, że każdy plan lub przedsięwzięcie, które nie jest bezpośrednio związane lub konieczne do zagospodarowania terenu (obszaru ochrony), ale które może na nie w istotny sposób oddziaływać, zarówno

oddzielnie, jak i w połączeniu z innymi planami lub przedsięwzięciami, podlega odpowiedniej ocenie jego skutków dla danego terenu z punktu widzenia założeń jego ochrony.

Budowa sieci nowej generacji realizowana na obszarze Natura 2000 lub w pobliżu tego obszaru, potencjalnie może stanowić „plan lub przedsięwzięcie” w rozumieniu art. 6 ust. 3 dyrektywy siedliskowej i wymagać przeprowadzenia oceny oddziaływania na obszar Natura 2000. Tymczasem zwolnienie powyższych inwestycji z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę oraz z obowiązku zgłoszenia uniemożliwi poddanie ich ocenie oddziaływania na obszar Natura 2000. Realizacja przedmiotowych przedsięwzięć bez konieczności uzyskania zgody budowlanej oznacza bowiem, że właściwy organ nie będzie miał wiedzy o tym, że dane przedsięwzięcie jest planowane, a tym samym nie będzie możliwości zastosowania art. 96 ust. 1 ustawy *o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko*, który zobowiązuje organ do rozważenia, przed wydaniem decyzji, czy przedsięwzięcie może potencjalnie znacząco oddziaływać na obszar Natura 2000. W konsekwencji nie będzie możliwości, aby w stosownych przypadkach zobowiązać inwestora do poddania planowanego przedsięwzięcia procedurze oceny oddziaływania na obszar Natura 2000.


Realizacja inwestycji stanowiących „plan lub przedsięwzięcie” w rozumieniu art. 6 ust. 3 dyrektywy siedliskowej bez przeprowadzenia odpowiedniej oceny, jest co do zasady niezgodna z tym przepisem. Wyłączenie pewnych planów lub przedsięwzięć z obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na obszar Natura 2000 może być uznane za zgodne z art. 6 ust. 3 dyrektywy siedliskowej wyłącznie, jeżeli na podstawie obiektywnych informacji można wykluczyć ryzyko lub prawdopodobieństwo, że dany plan lub przedsięwzięcie będzie oddziaływać na obszar Natura 2000 w istotny sposób, zarówno oddzielnie, jak i w połączeniu z innymi planami lub przedsięwzięciami (por. wyrok C-127/02 *Waddenvereniging i Vogelsbeschermingvereniging*, pkt 43-45).

Ministerstwo Spraw Zagranicznych nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy w stosunku do budowy sieci nowej generacji można *a priori*, w świetle obiektywnych informacji, wykluczyć ryzyko lub prawdopodobieństwo oddziaływania na obszar Natura 2000 w istotny sposób, zarówno oddzielnie, jak i w połączeniu z innymi planami lub przedsięwzięciami. Właściwym do dokonania takiej oceny jest Minister Środowiska.

Projekt ustawy nie jest sprzeczny z prawem Unii Europejskiej, z zastrzeżeniem uwag zawartych w niniejszej opinii.

Z poważaniem

Do wiadomości:
Pan Henryk Kowalczyk
Minister Środowiska

z up. Ministra Spraw Zagranicznych

Piotr Wawrzyk
Podsekretarz Stanu