

Wyrok

Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu

z dnia 6 września 2017 r.

IV SA/Po 611/17

Zakaz reformationis in peius.

TEZA aktualna

Orzeczeniem na niekorzyść strony skarżącej - w rozumieniu art. 139 k.p.a.- będzie każde rozstrzygnięcie, które pogarsza sytuację odwołującego się w stosunku do tej, jaką miał przed wniesieniem odwołania, przy czym pogorszenie to nie musi dotyczyć wyłącznie jego praw czy obowiązków wynikających z prawa materialnego, ale także pewnych uprawnień faktycznych czy procesowych, powstałych w wyniku wydania zaskarżonego rozstrzygnięcia. Oznacza to, że organ odwoławczy nie może orzec w sposób, który pogarsza sytuację strony odwołującej się, tj. tę sytuację, którą ukształtowała decyzja organu pierwszej instancji.

UZASADNIENIE

Skład orzekający

Przewodniczący: 

Sędziowie WSA: 

Sentencja

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2017 r. sprawy ze skargi J. S. na decyzję Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia (...) marca 2017 r., nr (...) w przedmiocie ustalenia warunków zabudowy

1. uchyla zaskarżoną decyzję;
2. zasądza od Samorządowego Kolegium Odwoławczego na rzecz skarżącego J. S. kwotę (...) ((...)) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Uzasadnienie faktyczne

J. S. złożył wniosek o ustalenie warunków zabudowy dla inwestycji polegającej na budowie budynku usługowego - hotel z restauracją, salą konferencyjną oraz aulą koncertową na terenie działki nr geod. (...), położonej w S. przy ul. (...).

Burmistrz Miasta i Gminy S., po rozpoznaniu powyższego wniosku, decyzją z dnia (...) listopada 2016 r. nr (...) znak sprawy (...), działając na podstawie art. 59 ust. 1, art. 61 i art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 778 z późn. zm. - dalej u.p.z.p.), przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobu ustalania wymagań dotyczących nowej zabudowy w sprawie sposobu ustalania wymagań dotyczących nowej zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (Dz. U. Nr 164, poz. 1588 - dalej rozporządzenie) oraz art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.- dalej k.p.a.), ustalił warunki zabudowy dla wnioskowanej inwestycji.

W decyzji ustalono nieprzekraczalną linię zabudowy w odległości 7 m od granicy z ul. (...); 4 m od wyznaczonej granicy części działki objętej wnioskiem, na której znajduje się cmentarz żydowski; określając, że pozostałe odległości od granic zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.). W decyzji ustalono geometrię dachu - dach płaski, a wysokość budynku do 12 m od poziomu terenu do górnej elewacji. Wysokość górnej krawędzi elewacji frontowej, ustalono do 12 m, od poziomu terenu do górnej elewacji. W decyzji ustalono również szerokość elewacji frontowej do 22 m i powierzchnię zabudowy maksymalnie 39% pow. działki, zaś powierzchnię biologicznie czynną na min. 40% pow. działki. W decyzji określono wymagania w zakresie infrastruktury technicznej, w tym w zakresie zaopatrzenia w wodę, sposobu odprowadzenia ścieków socjalno - bytowych oraz wód opadowych, zaopatrzenia w energię elektryczną, sposobu gospodarowania odpadami i zaopatrzenia w ciepło. Określono również ustalenia dotyczące obsługi komunikacyjnej, ustalając dostęp do drogi publicznej od strony ul. (...) po spełnieniu warunków, wśród których wskazano, że inwestor na własny koszt dostosuje parametry techniczne drogi dojazdowej (ul. H.) do projektowanego budynku, umożliwiając komunikację autokarów oraz pojazdów dostawczych obsługujących obiekt, z uwzględnieniem wykonania nowej nakładki bitumicznej. Dalej wskazano, że miejsca parkingowe należy zlokalizować na działce inwestora nakazując przedstawić koncepcję ich umiejscowienia na mapie zasadniczej w skali 1:500, uwzględniając parametry techniczne dla miejsc parkingowych na samochody osobowe jak i autokary oraz wrysować drogę wewnętrzną wraz z nawrotką. W decyzji wskazano, że pełne potrzeby parkingowe należy zapewnić na terenie działki, przyjmując min. 2,5 miejsca parkingowego na każde 100 m² pow. użytkowej. W decyzji wskazano również, że część działki objętej wnioskiem położona jest na terenie cmentarnym (cmentarz żydowski), w związku z czym realizację inwestycji należy uzgodnić

z Powiatowym Konserwatorem Zabytków. Powołując się na art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2126 - dalej ustawa o cmentarzach) wskazano, że użycie terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel nie może nastąpić przed upływem 40 lat od dnia ostatniego pochowania zwłok na cmentarzu. Po upływie powyższego terminu wójt (burmistrz, prezydent miasta) może wydać decyzję o użyciu terenu cmentarnego na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego, jednakże z zastrzeżeniem określonym w ust. 2. Przepis ten stanowi, że jeżeli teren cmentarny stanowi lub stanowił uprzednio własność Kościoła Katolickiego lub innego kościoła albo związku wyznaniowego, wydanie decyzji o użyciu terenu cmentarnego na inny cel wymaga zgody właściwej władzy tego kościoła lub związku wyznaniowego. W przedmiotowej sprawie właściwą władzą jest Komisja Rabiniczna do Spraw Cmentarzy Związku Gmin Wyznaniowych Żydowskich w RP. Wskazano przy tym, że przedmiotowy teren był własnością gmin żydowskich/innych wyznaniowych żydowskich osób prawnych, działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

J. S. kwestionując powyższą decyzję wnosił odwołanie zarzucając, że wydana ona została z naruszeniem art. 1 ust. 2 pkt 1, art. 6 ust. 2 pkt 1 oraz art. 61 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. w zw. z § 3 ust. 1-2 rozporządzenia poprzez nieprawidłowe i nieuzasadnione wyznaczenie obszaru analizowanego, a w konsekwencji naruszenie zasad ładu przestrzennego, swobody gospodarowania terenem oraz dobrego sąsiedztwa; art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych poprzez bezpodstawne nałożenie obowiązku przebudowy ul. (...); oraz naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy o cmentarzach poprzez błędne przyjęcie, że przepis ten znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie. Wnoszący odwołanie zarzucił również naruszenie art. 7 i art. 77 k.p.a. w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych poprzez uchybienie zasadzie wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy oraz obowiązku wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że planowana inwestycja zwiększy ruch pojazdów na ul. (...), a w konsekwencji konieczna będzie jej przebudowa. Zarzucono również naruszenie art. 7 i art. 77 k.p.a. poprzez przyjęcie, że na działce nr (...) znajdował się zlikwidowany cmentarz żydowski, co skutkowało niemożnością wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy oraz prawidłowego rozpatrzenia zgromadzonego materiału dowodowego. Na tej podstawie wnoszący odwołanie wnosił o uchylenie zaskarżonej decyzji i przekazanie sprawy organowi I instancji, który to wniosek został zmieniony na wniosek o uchylenie decyzji I instancji w całości i wydanie orzeczenia przez Kolegium co do istoty sprawy. Skarżący wniósł również o dopuszczenie dowodu w postaci sprawozdania z badań geofizycznych metodą georadarową. wykonanych na terenie dawnej mleczarni z listopada 2016 r. sporządzonej przez firmę G. sp. z o.o. na okoliczność braku usytuowania dawnego cmentarza żydowskiego na działce nr (...) położonej przy ul. (...) w S. wraz z dowodem w postaci interpretacji wyników ww. badań geofizycznych. Wnoszący odwołanie wniósł również o przeprowadzenie przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze analizy funkcji oraz cech zabudowy i zagospodarowania, terenu, dla działki ewidencyjnej nr (...) w zakresie spełnienia, warunków, o których mowa w art. 61 ust. 1-5 u.p.z.p., biorącej pod uwagę fakt, iż w świetle wskazanych dowodów na przedmiotowej działce nie znajdują się żadne pozostałości dawnego

cmentarza żydowskiego.

Samorządowe Kolegium Odwoławcze po rozpoznaniu powyższego odwołania, decyzją z dnia (...) marca 2017 r. nr (...), działając na podstawie art. 138 § 2 k.p.a., art. 59 ust. 1 i art. 60 ust. 1 u.p.z.p., uchyliło zaskarżoną decyzję i przekazało sprawę do ponownego rozpoznania organowi I instancji.

W uzasadnieniu decyzji organ odwoławczy zwrócił uwagę, iż decyzja ustalająca warunki zabudowy na rzecz inwestora wydana została niezgodnie z wnioskiem inwestora, co już samo w sobie musi skutkować jej wycofaniem z obrotu prawnego. Dalej Kolegium wskazało, iż w sprawie zabudowy działki nr (...), będącej przedmiotem niniejszego postępowania, organ I instancji prowadzi dwa odrębne postępowania. Pierwsze z tych postępowań trwa od listopada 2013 r. i do dnia dzisiejszego nie zostało zakończone oraz postępowanie prowadzone na wniosek, którego wynikiem jest obecnie kontrolowana decyzja. Organ odwoławczy przeprowadził porównanie niniejszej decyzji (w którym wyznaczono minimalny obszar analizowany wynoszący 50 m) z postępowaniem prowadzonym w zakresie wniosku o warunki zabudowy dla tej samej inwestycji złożonego wcześniej (w którym wyznaczono obszar analizowany wynoszący 240 m), z wrysowaniem obszarów analizowanych na jedną mapę i analizą zdjęć i na tej podstawie ustalił, że może to wskazywać, że organ pierwszej instancji prowadzi postępowanie administracyjne w sprawie zabudowy działki nr (...) w taki sposób, aby wykazać, iż działka objęta wnioskiem nie może nadawać się do zabudowy.

Dalej organ odwoławczy stwierdził, że wnioskowana inwestycja nie ma dostępu do drogi publicznej, gdyż ul. (...) taką drogą nie jest, zaś sama ul. (...) - ze względu na stan techniczny oraz parametry uniemożliwia dojazd do projektowanego hotelu autobusom. Kolegium organowi pierwszej instancji wskazało również, iż bez podstawy prawnej nakłada na inwestora obowiązki dotyczące przebudowy drogi dojazdowej (ul. (...)) do projektowanego budynku. Bez podstawy prawnej działa organ I instancji nakazując także inwestorowi przedstawienie, na etapie ustalania warunków zabudowy, koncepcji lokalizacji miejsc postojowych na mapie w skali 1:500 i dodatkowo określa przewidywaną ilość miejsc postojowych. Wszystkie te warunki określone są na etapie udzielania inwestorowi pozwolenia na budowę, określanie parametrów drogi, nakazywanie inwestorowi jej przebudowy oraz nakazanie określenia miejsca położenia miejsc parkingowych i ich ilość na etapie ustalania warunków zabudowy jest przedwczesne, zaś organ pierwszej instancji nie ma prawa zastosowania na tym etapie zarówno przepisów wykonawczych dotyczących warunków technicznych dróg, jak i warunków technicznych dotyczących budynków.

Odnosząc się do kwestii cmentarza żydowskiego przytoczono fragmenty analizy urbanistycznej z dnia 17 sierpnia 2015 r., ugody z dnia 23 sierpnia 2011 r. podpisanej przez Burmistrza Miasta i Gminy S., do projektu której załączono mapę, która ma dokumentować, że w przeszłości na jej terenie był czynny cmentarz, na którym chowano zwłoki. Kolegium wskazało, że projektu ugody nie przesłano do wiadomości właścicielowi działki, zabudowanej budynkami w 1905 r. mleczarni - działającej do lat osiemdziesiątych XX w. Z zapisów projektu ugody wynika, że jeśli w przyszłości, właściciel działki budynki rozbierze, nie

otrzyma zgody na pobudowanie nowych - co zdaje się potwierdzać, prowadzone od 2013 r., postępowanie administracyjne. Z informacji znajdujących się na stronach internetowych, dotyczących historii cmentarza żydowskiego w S. np.: (...), wynika jednoznacznie, że cmentarz w dniu 1 września 1939 r., był już nieczynny.

SKO wyjaśniło także, iż nie może przychylić się do wniosków pełnomocnika, postulowanych w piśmie uzupełniającym do odwołania z dnia 24 stycznia 2017 r. albowiem ich uwzględnienie stanowiłoby naruszenie zasad procesowych ujętych w ramy k.p.a.

J. S. reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, kwestionując powyższą decyzję wniósł skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego zarzucając, że wydana ona została z naruszeniem art. 138 § 2 k.p.a. poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, iż w niniejszej sprawie organ nie mógł wydać decyzji merytorycznej w sytuacji, gdy dysponował materiałem dowodowym i uprawnieniami pozwalającymi na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy administracyjnej co do meritum. Skarżący zarzucił również naruszenie art. 136 k.p.a. w związku z art. 138 § 2 k.p.a. oraz w związku z art. 61 u.p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i nieskorzystanie z możliwości przeprowadzenia na żądanie strony dodatkowego postępowania wyjaśniającego w celu uzupełnienia dowodów w sprawie oraz uchylenie decyzji organu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, w szczególności brak sporządzenia nowej analizy urbanistycznej. Zdaniem wnoszącego skargę organ odwoławczy naruszył także art. 107 § 3 k.p.a. w związku z art. 138 § 2 k.p.a. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. niewskazanie w żaden sposób, jaki zakres sprawy - mający istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie - wymaga wyjaśnienia przed organem pierwszej instancji. Nadto wskazano naruszenie art. 107 § 3 k.p.a. w związku z art. 138 § 2 k.p.a. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. niewskazanie w żaden sposób, jaki zakres sprawy - mający istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie - wymaga wyjaśnienia przed organem pierwszej instancji. Na tej podstawie skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia organowi drugiej instancji.

W treści skargi wskazano, że pierwotny wniosek odwołania sugerował wydanie decyzji kasacyjnej, niemniej jednak organ odwoławczy nie był nim związany. Ponadto wniosek uległ modyfikacji pismem z dnia 24 stycznia 2017 r., w którym sformułowano wniosek o wydanie decyzji co do meritum. Organ drugiej instancji wydając zaskarżone rozstrzygnięcie dopiero 31 marca 2017 r. miał więc możliwość analizy sprawy w kontekście zastosowania art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a. Materiał dowodowy stanowiący obszerną dokumentację zdaniem skarżącego był wystarczający do podjęcia niewadliwego rozstrzygnięcia merytorycznego, a w każdym razie możliwe było usunięcie ewentualnych braków w trybie art. 136 k.p.a. W niniejszej sprawie analiza ta winna uwzględniać - wynikający z treści akt sprawy organu I instancji - fakt braku obecności dawnego cmentarza wyznaniowego żydowskiego na obecnej działce nr (...), na której ma zostać zrealizowana objęta wnioskiem inwestycja.

Zdaniem wnoszącego skargę z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy wynika niezbicie, że na jego

działce znajdowała się pruska mleczarnia, a na zachód od niej park oddzielający zabudowania mleczarni od terenów cmentarnych.

Zdaniem skarżącego uchylenie przez organ odwoławczy decyzji organ I instancji określającej warunki zabudowy, narusza również art. 139 k.p.a. i wyrażoną tam zasadę reformationis in peius.

Samorządowe Kolegium Odwoławcze w odpowiedzi na skargę wniosło o jej oddalenie, podtrzymując swą dotychczasową argumentację.

Uzasadnienie prawne

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna.

Zgodnie z art. 3 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1369 - dalej p.p.s.a.) sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej i stosują środki określone w ustawie. Stosownie do art. 1 § 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 1066), kontrola dokonywana przez sądy administracyjne sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy szczególne nie stanowią inaczej. Ewentualne stwierdzenie uchybień w działaniu administracji publicznej obliguje sąd do uchylenia decyzji, stwierdzenia jej nieważności, bądź też stwierdzenia wydania decyzji z naruszeniem prawa (art. 145 § 1 p.p.s.a.). Sąd administracyjny, kontrolując działalność administracji publicznej, pozostaje zgodnie z art. 134 § 1 p.p.s.a. związany granicami sprawy, a nie granicami skargi.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że przedmiotem kontroli sądowej w niniejszej sprawie była wydana na podstawie art. 138 § 2 k.p.a. decyzja kasacyjna Samorządowego Kolegium Odwoławczego. Rozstrzygnięciem tym doszło do uchylenia decyzji organu I instancji ustalającej warunki zabudowy i przekazania temu organowi sprawy do ponownego rozpatrzenia.

Powyższa decyzja podjęta została w oparciu o przepis art. 138 § 2 k.p.a., który stanowi procesową podstawę do wydania decyzji kasacyjnej, powodującej przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji. Przy tego rodzaju decyzji ocena Sądu zmierza do ustalenia prawidłowości zastosowania przez instancję odwoławczą art. 138 § 2 k.p.a. Wedle tej regulacji, w brzmieniu obowiązującym od 11 kwietnia 2011 r., czyli po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2011 r. Nr 6, poz. 18), organ odwoławczy może uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji, gdy decyzja ta została wydana z naruszeniem przepisów postępowania, a konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie. Przekazując sprawę, organ ten powinien wskazać, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ponownym rozpatrzeniu sprawy.

Innymi słowy, Sąd w ramach kontroli zgodności z prawem decyzji wydanej na podstawie art. 138 § 2 k.p.a. ma za zadanie odpowiedzieć na pytanie, czy organ odwoławczy winien był podjąć merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, czy też zaszła konieczność uzupełnienia postępowania dowodowego w takim zakresie, który - z uwagi na obowiązek dochowania zasady dwuinstancyjności postępowania oraz obowiązek wyjaśnienia podstawowych okoliczności stanu faktycznego sprawy - uzasadniał przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia, a jednocześnie w postępowaniu przed organem pierwszej instancji doszło do uchybień natury proceduralnej, które można określić jako istotne.

W tym miejscu podkreślić trzeba, że zasadą jest, że organ odwoławczy wydaje rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, co zgodnie z treścią art. 138 § 1 k.p.a. następuje przez wydanie rozstrzygnięcia merytorycznego. Natomiast odstępstwem od tej ogólnej zasady jest wskazane wyżej, a wynikające z art. 138 § 2 k.p.a. uprawnienie organu odwoławczego do wydania decyzji kasacyjnej. Stosownie do treści komentowanej regulacji wskazać więc należy, że obecna konstrukcja prawna decyzji kasacyjnej, określona w art. 138 § 2 k.p.a., opiera się na dwóch kumulatywnych przesłankach, a mianowicie: wydaniu decyzji pierwszoinstancyjnej z naruszeniem przepisów postępowania oraz uznaniu przez organ odwoławczy, że konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie.

Oznacza to, że w aktualnym stanie prawnym, samo naruszenie przepisów postępowania przez organ pierwszej instancji, chociaż jest konieczną przesłanką uchylenia decyzji, nie jest przesłanką wystarczającą. Zakończenie postępowania odwoławczego w sposób kasacyjny wymaga bowiem dodatkowo stwierdzenia, że zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego co do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Chodzi więc o sytuacje, gdy zasada dwuinstancyjności postępowania wyłącza przeprowadzenie w tym zakresie uzupełniającego postępowania dowodowego, gdyż jego zakres wskazuje, że w swej istocie organ odwoławczy musiałby sam przeprowadzić postępowanie wyjaśniające odnośnie kwestii mogących mieć bezpośredni wpływ na treść decyzji. W konsekwencji sprawa byłaby rozstrzygana de facto w jednej instancji, a więc strona nie mogłaby kwestionować wyników postępowania wyjaśniającego w drodze odwołania. Organ odwoławczy, który z istoty rzeczy nie przeprowadza własnego, odrębnego postępowania dowodowego, za to może wyciągać z zebranego przez organ pierwszej instancji materiału zupełnie inne wnioski niż organ pierwszej instancji, zastępowałby w praktyce ten organ, pozbawiając stronę prawa podważania tych ustaleń w drodze zwyczajnego środka prawnego (por. W. Chróścielewski "Zmiany w zakresie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego i prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, które weszły w życie w 2011 r.", opubl. ZNSA rok VII nr 4 (37)/2011, str. 19). Jak już powiedziano wyżej, przepis art. 138 § 2 k.p.a. stanowi wyłom od zasady merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przez organ drugiej instancji, gdyż zgodnie z ustanowioną w art. 15 k.p.a. zasadą dwuinstancyjności, każda sprawa administracyjna winna podlegać dwukrotnemu merytorycznemu rozstrzygnięciu, przez dwa różne organy administracji publicznej. Treść art. 138 § 2 k.p.a. winna być również interpretowana łącznie z przepisem art. 136 k.p.a., określającym granice postępowania dowodowego przed organem odwoławczym. Zwrócić też trzeba uwagę, że użyte w art. 138 § 2 k.p.a.

określenie "konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie" jest określeniem wymagającym każdorazowo interpretacji na tle okoliczności faktycznych sprawy. W szczególności można stwierdzić, że nawiązuje ono do pojęcia "nieprzeprowadzenia przez organ pierwszej instancji postępowania wyjaśniającego w całości lub znacznej części", co - zgodnie z zasadą dwuinstancyjności postępowania administracyjnego - uniemożliwia rozstrzygnięcie sprawy przez organ odwoławczy.

Mając powyższe na uwadze, w kontekście podstawy prawnej zaskarżonej decyzji (art. 138 § 2 k.p.a.), stwierdzić należy, że organ odwoławczy za naruszenie przepisom postępowania mające wpływ na wynik sprawy i uzasadniające uchylenie decyzji organu I instancji i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania uznał niezgodność decyzji organu I instancji z wnioskiem inwestora, kwestie związane z wykonaną analizą urbanistyczną, stwierdzenie braku dostępu do drogi publicznej poprzez uznanie, iż ul. (...) nie jest drogą publiczną i nie spełnia parametrów koniecznych do zapewnienia dostępu do planowej inwestycji zgodnie z planowanym przeznaczeniem poprzez brak dojazdu autobusów oraz ustalenia dotyczące cmentarza żydowskiego.

Odnosząc się do powyższych kwestii w pierwszej kolejności odnieść należy się do zarzutów związanych z wykonaną analizą urbanistyczną, której ustalenia kwestionował również skarżący w złożonym odwołaniu. W kontekście oceny zasadności zastosowania przez organ odwoławczy dyspozycji art. 138 § 2 k.p.a. ma to bowiem o tyle istotne znaczenie, iż jak powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie, wadliwie wykonana analiza urbanistyczna stanowi przesłankę do wydania decyzji kasacyjnej. Wadliwe ustalenie granic obszaru analizowanego jest bowiem przeszkodą uniemożliwiającą właściwe określenie funkcji oraz cech zabudowy i zagospodarowania terenu (tak np. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 4 września 2007 r., sygn. akt II SA/Po 334/07, Lex 376849). Prawidłowe wyznaczenie obszaru analizowanego, tj. bez dowolności i z uwzględnieniem kryteriów obiektywnych, ma bowiem zasadnicze znaczenie dla rzetelności samej analizy oraz jej wyników, a tym samym przeciwdziała tendencyjności, czy dowolności wydawanych rozstrzygnięć. Samo wyznaczenie obszaru analizowanego, podobnie jak analiza, nie mogą zależeć w szczególności od koncepcji urbanistycznych, czy architektonicznych podmiotów wydających decyzję o warunkach zabudowy w konkretnych sprawach, albo też osób przygotowujących projekty takich decyzji, względnie dokumentację nazywaną analizą urbanistyczno-architektoniczną (zob. np. wyrok WSA w Krakowie z dnia 18 maja 2011 r., sygn. akt II SA/Kr 495/11, Lex nr 993327; wyrok WSA w Gdańsku z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt II SA/Gd 601/12, Lex 1379567, wyrok WSA w Białymstoku z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt II SA/Bk 495/12, Lex nr 1248692). Przy wyznaczaniu granic obszaru analizowanego ponad minimalne rozmiary organ orzekający powinien wykazać, że wielkość tego obszaru służy ustawowemu wymogowi zachowania ładu przestrzennego w ramach dającej się wyodrębnić zwartej jednostki terenowej urbanistyczno-architektonicznej na danym obszarze, nie zaś jedynie poszukiwaniu takich funkcji, cech i parametrów zabudowy, aby uzasadnić formalną dopuszczalność lokalizacji zabudowy o cechach i parametrach wnioskowanych przez inwestora (por. wyrok WSA w Krakowie z dnia 30 sierpnia 2010 r.,

sygn. akt II SA/Kr 527/10; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. akt II SA/Po 721/10 dostępne <http://orzeczenia.nsa.gov.pl> - dalej CBOSA). Wadliwość wyznaczenia granic obszaru analizowanego podważa prawidłowość ustaleń na tle spełnienia wymogu kontynuacji funkcji i cech zabudowy (art. 61 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p.) przez projektowaną inwestycję, gdyż nie ma pewności, czy ustalenia i oceny organów w tym zakresie byłyby identyczne w sytuacji prawidłowego ustalenia tych granic. Wadliwość ta sama w sobie jest już wystarczająca do wzruszenia decyzji organu Instancji określającej warunki zabudowy.

W wydanej przez siebie decyzji organ odwoławczy poddając ocenie analizę urbanistyczną sporządzoną w ramach niniejszego postępowania skupił się jednak wyłącznie na porównaniu wyznaczenia granic obszaru analizowanego w dwóch niezależnych od siebie postępowaniach administracyjnych, dotyczących co prawda tej samej działki, lecz rozpatrujących odrębne wnioski inwestora. W aktach niniejszej sprawy brak jest jakichkolwiek dokumentów dotyczących poprzedniego postępowania, co powoduje, iż ustalenia organu odwoławczego w tym zakresie muszą być uznane za dowolne i nie poparte żadnymi dowodami. Tym niemniej przy argumentacji zawartej w uzasadnieniu decyzji można zaznaczyć, że już tylko wskazanie innej granicy działki jako jej frontu może wpłynąć na poszerzenie obszaru analizowanego w poprzednim postępowaniu. W tym miejscu podkreślić należy, że Kolegium dokonując wyłącznie porównania samych obszarów wyznaczonych przez organ I instancji w dwóch odrębnych postępowaniach dotyczących ustalania warunków zabudowy dla tej samej działki nie dokonał żadnej oceny prawidłowości wyznaczenia granic obszaru analizowanego w niniejszym postępowaniu, co w kontekście podnoszonych przez skarżącego zarzutów odwołania odnoszących się do tejże kwestii powoduje, iż zasadnym jest stwierdzenie, że organ odwoławczy nie odniósł się do zarzutów odwołania. Treść uzasadnienia zaskarżonej kasacyjnej decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego dowodzi zatem nieprawidłowej realizacji przez organ odwoławczy zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego. Uzasadnienie decyzji, stanowiące integralną część każdej decyzji, jest elementem umożliwiającym sądową kontrolę w zakresie oceny prawidłowości przeprowadzenia postępowania administracyjnego, z poszanowaniem reguł wynikających z art. 15 oraz art. 7, art. 77 § 1 i art. 80 k.p.a. Jego zadaniem jest wyjaśnienie podjętego przez organ rozstrzygnięcia. Powinno się w nim znaleźć pełne odzwierciedlenie i ocena zebranego materiału dowodowego oraz wyczerpujące wyjaśnienie przesłanek, jakimi kierował się organ w procesie decyzyjnym. Uzasadnienie powinno przekonywać zarówno co do prawidłowości oceny stanu faktycznego i prawnego, jak i co do zasadności samej treści podjętej decyzji. Zgodnie z art. 107 § 3 k.p.a. uzasadnienie faktyczne decyzji powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, zaś uzasadnienie prawne - wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa. Przez właściwe motywowanie decyzji organ realizuje zasadę przekonywania, wyrażoną w art. 11 k.p.a. W przepisie tym przewidziano, że organy administracji publicznej powinny wyjaśniać stronom zasadność przesłanek, którymi kierują się przy załatwieniu sprawy,

aby w ten sposób w miarę możliwości doprowadzić do wykonania przez strony decyzji bez potrzeby stosowania środków przymusu (por. wyrok WSA w Olsztynie z dnia 6 maja 2014 r., sygn. akt II SA/OI 257/14, LEX nr 1465425). Zasada przekonywania nie zostanie zrealizowana, gdy organ pominięciem niektórych dowodów czy też twierdzenia lub wyjaśnienia strony, albo nie odniesie się do faktów istotnych dla sprawy, w tym okoliczności podnoszonych przez stronę.

Należy zatem uznać, że poprzez nieustosunkowanie się przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze w tej sprawie do twierdzeń uważanych przez stronę skarżącą za istotne dla sposobu załatwienia sprawy, w tym zarzutów dotyczących prawidłowości wyznaczenia granic obszaru analizowanego, uchybiono powyższym obowiązkom wynikającym z k.p.a.

Za naruszenie zasadom o jakich mowa wyżej należy uznać należy również sposób w jaki Kolegium odniosło się do istotnej w sprawie kwestii lokalizacji cmentarza żydowskiego. W tym zakresie, w ocenie Sądu w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, co do zasady zgodzić należy się z poglądem organu I instancji co do wpływu lokalizacji cmentarza żydowskiego na możliwość zabudowy przedmiotowej działki. Jak słusznie wskazał organ I instancji zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 ustawy o cmentarzach, co do zasady użycie terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel nie może nastąpić przed upływem 40 lat od dnia ostatniego pochowania zwłok na cmentarzu. Po upływie powyższego terminu wójt (burmistrz, prezydent miasta) może wydać decyzję o użyciu terenu cmentarnego na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego, jednakże z zastrzeżeniem określonym w ust. 2, który stanowi, że jeżeli teren cmentarny stanowi lub stanowił uprzednio własność Kościoła Katolickiego lub innego kościoła albo związku wyznaniowego, wydanie decyzji o użyciu terenu cmentarnego na inny cel wymaga zgody właściwej władzy tego kościoła lub związku wyznaniowego. W przedmiotowej sprawie przy uwzględnieniu okoliczności, iż na terenie objętym przedmiotową inwestycją mógł znajdować się cmentarz żydowski właściwą władzą jest Komisja Rabiniczna do Spraw Cmentarzy Związku Gmin Wyznaniowych Żydowskich w RP. Należy w tym miejscu wskazać również na treść ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (j.t. Dz. U. z 2017 r. 1153), która w art. 2 pkt 12 wskazuje, że korzystając z wolności sumienia i wyznania obywatele mogą w szczególności otrzymać pochówek zgodny z wyznawanymi zasadami religijnymi lub z przekonaniami w sprawach religii. Zgodnie z art. 19a ww. ustawy kościoły i inne związki wyznaniowe mają prawo posiadania, zarządzania oraz zakładania i poszerzania cmentarzy grzebalnych. Przepis ten nie narusza przepisów dotyczących cmentarzy i chowania zmarłych. Jak wynika ze znajdującego się w aktach sprawy pisma Komisji Rabinicznej do Spraw Cmentarzy z dnia 8 maja 2017 r. (k.419-420 akt adm.) termin "likwidacja cmentarza" nie istnieje w prawie żydowskim. W Judaizmie cmentarz żydowski pozostaje cmentarzem aż do Dnia Sądu Ostatecznego. Wynika to z wiary w świętość szczątków ludzkich, które na zawsze pozostają w łączności z ludzką duszą. Mając powyższe na uwadze, przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów, o których mowa wyżej, kwestia lokalizacji cmentarza żydowskiego ma więc istotny wpływ na wynik niniejszej sprawy.

Pomimo istotnego znaczenia tejże kwestii dla niniejszej sprawy organ odwoławczy nie dokonał jednak żadnej analizy zgromadzonego materiału dowodowego i poprawności wyznaczenia położenia cmentarza żydowskiego przez organ I instancji, a tym samym wyznaczenia przez organ I instancji obszaru wyłączonego z zabudowy. Organ odwoławczy nie odniósł się przy tym w żaden sposób do zarzutów formułowanych w odwołaniu dotyczących tejże istotnej dla sprawy kwestii. Kolegium w swej decyzji w sposób ogólny odwołało się bowiem do ugody zawartej pomiędzy Gminą S. a Związkiem Gmin Żydowskich RP oraz ustaleń zawartych w Internecie dotyczących lokalizacji kirkutu na ternie miasta S., nie konfrontując tego w żaden sposób do materiału zgromadzonego w sprawie. Jak wynika bowiem z akt sprawy organ I instancji prowadził obszernie postępowanie mające na celu ustalanie przebiegu granic cmentarza żydowskiego. Znajduje to potwierdzenie w obszernym materiale dowodowym zgromadzonym w aktach organu I instancji (vide m.in. znajdujące się w katach pismo Konserwatora dotyczące ustalenia położenia cmentarza żydowskiego k 158 - 166 akt adm., pismo do Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej k. 133 akt, oraz liczne mapy i dokumenty k. 167-173 i 184-199, 200 - 201). Organ odwoławczy nie ocenił jednak tak zgromadzonego materiału dowodowego, nie odnosząc się również do wniosków dowodowych zgłaszanych przez stronę skarżącą jak i nie rozważył zasadności przeprowadzenia uzupełniającego postępowania dowodowego w trybie art. 136 k.p.a. Przekazując sprawę do ponownego rozpoznania nie wskazał również kierunku w jakim zakresie należałoby uzupełnić postępowanie dowodowe.

Wskazane wyżej uchybienia uzasadniają uchylenie zaskarżonej decyzji. Organ odwoławczy prowadząc ponownie postępowanie dokona w pierwszej kolejności rzetelnej oceny prawidłowości wykonanej analizy urbanistycznej oraz prawidłowości wyznaczenia granic obszaru analizowanego, odnosząc się w tym zakresie do zarzutów odwołania i podejmując w tym zakresie rozstrzygnięcie z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu niniejszego wyroku. Kolegium prowadząc ponownie postępowanie w niniejszej sprawie wypowie się również w kwestii lokalizacji cmentarza żydowskiego, oceni szczegółowo materiał dowodowy zgromadzony przez organ I instancji i rozważy zasadność przeprowadzenia w tym zakresie uzupełniającego postępowania dowodowego w trybie art. 136 k.p.a. Wydając rozstrzygnięcie w sprawie organ odwoławczy uwzględni również, iż ul. (...) wbrew stanowisku organu wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji jest drogą publiczną. Potwierdzają to bowiem akta sprawy, z których wynika, że działka nr (...) po której ona przebiega stanowi drogę należącą do Gminy S. Dalej odnosząc się do podnoszonych w odwołaniu kwestii dotyczącej nałożenia na inwestora w decyzji określającej warunki zabudowy obowiązku przebudowy ul (...), to zgodzić należy się z organem odwoławczym, iż przedwczesnym jest ustalenie w decyzji o warunkach zabudowy kwestii związanych z obowiązkiem dostosowania drogi do wymagań związanych z planowaną inwestycją - dojazd autobusów. Sąd w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela w tym zakresie pogląd prezentowany w orzecznictwie (zob, np. wyrok WSA w Krakowie z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt II SA/Kr (...) - CBOSA). Jako nie znajdujący oparcia w obowiązujących przepisach ocenić należy wskazany w decyzji

organu I instancji obowiązek związany z przestawieniem na mapie 1:500 koncepcji związanych lokalizacją miejsc parkingowych. Powyższe przy braku innych podstaw do wydania decyzji kasacyjnej może być jednak objęte decyzją reformatoryjną zmieniającą pkt III. pkt 1 ppkt 1.1 decyzji organu I instancji.

Końcowo odnosząc się do zarzutu skargi wskazującego, iż uchylenie przez organ odwoławczy decyzji organu I instancji określającej warunki zabudowy, narusza również art. 139 k.p.a. i wyrażoną tam zasadę reformationis in peius, wskazać należy, że istota decyzji kasacyjnej sprawia, że zasadniczo nie ma do niej zastosowania zakaz orzekania na niekorzyść z art. 139 k.p.a. Decyzja organu pierwszej instancji nie posiada bowiem przymiotu ostateczności, nie jest trwała. Na jej podstawie nie można więc nabyć praw w sposób trwały. Nie może także być ona wykonywana. Zatem uchylenie takiej nietrwałej decyzji, nawet jeśli przyznała stronie uprawnienia, nie może być dla strony niekorzystne, nie zamyka jej drogi do uzyskania nowej decyzji i nie powoduje uszczerbku w jej sferze prawnej (zob. np. wyrok NSA z dnia 17 lipca 2012 r., II GSK 899/11, LEX nr 1244862). Przepis art. 139 k.p.a. nie ma też zastosowania przy rozpatrywaniu sprawy przez organ I instancji w postępowaniu toczącym się w następstwie kasacyjnej decyzji organu odwoławczego wydanej na podstawie art. 138 § 2 k.p.a. (wyrok NSA z dnia 20 czerwca 2012 r., II GSK 510/11, LEX nr 1216680, a także NSA w wyroku z dnia 7 lutego 2014 r. o sygn. I OSK 2297/12, publ. CBOSA).

Ustawodawca nie definiuje terminu "wydanie orzeczenia na niekorzyść strony". Można w związku z tym stwierdzić, że orzeczeniem na niekorzyść strony skarżącej - w rozumieniu art. 139 k.p.a. - będzie każde rozstrzygnięcie, które pogarsza sytuację odwołującego się w stosunku do tej, jaką miał przed wniesieniem odwołania, przy czym pogorszenie to nie musi dotyczyć wyłącznie jego praw czy obowiązków wynikających z prawa materialnego, ale także pewnych uprawnień faktycznych czy procesowych, powstałych w wyniku wydania zaskarżonego rozstrzygnięcia. Oznacza to, że organ odwoławczy nie może orzec w sposób, który pogarsza sytuację strony odwołującej się, tj. tę sytuację, którą ukształtowała decyzja organu pierwszej instancji. Jedynie w dwóch przypadkach organ odwoławczy może odstąpić od tej zasady: po pierwsze, gdy zaskarżona decyzja rażąco narusza prawo; po drugie, gdy zaskarżona decyzja rażąco narusza interes społeczny. (tak w wyroku NSA z dnia 7 lutego 2014 r. o sygn. I OSK 1851/12, publ. CBOSA)

Sądowi orzekającemu znany jest pogląd, że z art. 139 k.p.a. nie wynika, iż organ I instancji jest związany poglądem prawnym wyrażonym w uzasadnieniu decyzji kasacyjnej, ani też że organ odwoławczy jest uprawniony do udzielania merytorycznych wskazań, które przesądzałyby o treści ponownej decyzji organu I instancji. (vide komentarz A.Wróbla z 2016 r. do art. 139 k.p.a., teza 4, program LEX). Nie negując istoty tego poglądu wskazać należy, że uzasadnienie decyzji organu odwoławczego może mieć jednak negatywny wpływ na sytuację prawną strony odwołującej się.

Sąd orzekający podziela pogląd, że skutki naruszenia zakazu reformationis in peius ustanowionego w art. 139 k.p.a. należy ustalać na podstawie analizy całej treści decyzji organu odwoławczego w zestawieniu z

zakresem orzeczenia organu I instancji, niezależnie od tego w jakiej formalnej części decyzji organu odwoławczego znalazło się niedopuszczalne w myśl art. 139 k.p.a. rozstrzygnięcie. (tak w wyroku NSA z dnia 20 listopada 2008 r. o sygn. II GSK 511/08, publ. CBOSA).

Organ odwoławczy rozpoznając odwołanie inwestorów niewątpliwie pogarsza ich sytuację prawną, gdy wskazuje na podstawę prawną rozstrzygnięcia, która jest ewidentnie mniej korzystna dla inwestorów, a przede wszystkim jeżeli nie odnosi się w uzasadnieniu swej decyzji do przesłanek zawartych w art. 139 k.p.a. tj. rażącego naruszenia prawa lub rażącego naruszenia interesu społecznego. (tak w wyroku NSA z dnia 9 stycznia 2014 r. o sygn. II OSK 1878/12, publ.CBOSA, a także L.Żukowski, R.Sawuła w: Postępowanie administracyjne i postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym, W-wa 2002,s.132)

Obejściem zakazu reformationis in peius jest uchylenie decyzji organu I instancji i wyrażenie poglądu prawnego ewidentnie pogarszającego sytuację strony odwołującej się przy jednoczesnym braku stwierdzenia, że decyzja organu I instancji dotknięta była rażącym naruszeniem prawa. (tak WSA w Szczecinie w wyroku z dnia 5 lipca 2006 r., sygn. II SA/Sz 50/06, Lex nr 296019)

Mając na uwadze powyższe w ocenie Sądu orzekającego w niniejszej sprawie fakt wydania decyzji kasacyjnej z uwagi na naruszenie przepisów dotyczących ustalania obszaru analizowanego i zakwestionowanie prawidłowości ustalenia granic obszaru analizowanego, uzasadniający przekazanie sprawy organowi I instancji nie narusza zakazu reformationis in peius o jakim mowa w art. 139 k.p.a. Za naruszającą art. 139 k.p.a. nie mogła by być również uznana decyzja organu odwoławczego, w której organ dokonując rzetelnej analizy zgromadzonego materiału dowodowego, po ustosunkowaniu się do zarzutów strony wnoszącej odwołanie i rozważeniu kwestii zasadności przeprowadzania uzupełniającego postępowania dowodowego uznałby, iż lokalizacja cmentarza żydowskiego dokonana przez organ I instancji jest prawidłowa. Za naruszającą zakaz reformationis in peius nie mogła by być wreszcie uznana decyzja zmieniająca niekorzystne zapisy zawarte w pkt III. pkt 1 ppkt 1.1 decyzji organu I instancji w zakresie nałożenia obowiązku przebudowy ul (...) i obowiązku związanego z przedstawieniem na mapie 1:500 koncepcji związanych lokalizacją miejsc parkingowych.

Z tych względów na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. orzeczono jak w sentencji wyroku. O kosztach zastępstwa procesowego Sąd orzekł na podstawie art. 200 i art. 205 § 2 p.p.s.a. zw. z § 14 ust. 1 pkt 1c rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1804), uwzględniając koszty zastępstwa procesowego w kwocie (...) zł, uiszczony wpis w wysokości (...) zł, oraz koszty opłaty skarbowej od dokumentu pełnomocnictwa procesowego w kwocie (...) zł.