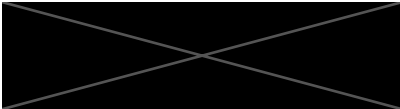


Wyrok
Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie
z dnia 27 października 2021 r.
VII SA/Wa 1350/21

Skład sądu



Sentencja

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w trybie uproszczonym w dniu 27 października 2021 r. sprawy ze skargi P. Sp. z o.o. w P. na postanowienie Ministra Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu z dnia (...) kwietnia 2021 r. znak (...) w przedmiocie uzgodnienia projektu decyzji o warunkach zabudowy I. uchyla zaskarżone postanowienie oraz poprzedzające je postanowienie organu pierwszej instancji; II. zasądza od Ministra Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu na rzecz skarżącego P. Sp. z o.o. w P. kwotę 597 (pięćset dziewięćdziesiąt siedem) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania sądowego.

Uzasadnienie

(...) Wojewódzki Konserwator Zabytków (dalej: "(...)WKZ", "organ i instancji"), postanowieniem z dnia (...) lipca 2020 r., znak: (...), po rozpatrzeniu wniosku Burmistrza (...) (dalej: "Burmistrz"), odmówił uzgodnienia projektu decyzji o ustaleniu warunków zabudowy dla inwestycji polegającej na budowie budynku usługowo-handlowego na działce nr (...) obręb (...), położonej w (...) przy ul. (...).

W uzasadnieniu powyższego orzeczenia wskazano, że teren inwestycji położony jest w strefie ochrony sylwety miasta wyznaczonej w decyzji o wpisie do rejestru zabytków układu urbanistycznego (...), a ponadto w znacznej części na obszarze dawnego cmentarza żydowskiego w (...), ujętego w wojewódzkiej ewidencji zabytków. Zdaniem organu pierwszej instancji, budowa obiektu o powierzchni zabudowy do 200 m² oraz parkingu na ok. 15 miejsc postojowych, wiązałaby się niewątpliwie z pracami ziemnymi ingerującymi w zabytkowy cmentarz. (...) Wojewódzki Konserwator Zabytków wskazał ponadto, że wobec braku ustaleń sposobu ochrony tego zabytku w przedłożonym do uzgodnienia projekcie decyzji oraz wobec brak przekształcenia tego terenu, przedłożony projekt decyzji o warunkach zabudowy nie może zostać uzgodniony ze stanowiska konserwatorskiego.

Powyższe postanowienie zostało wydane w wyniku powtórnego rozpatrzenia sprawy, po uchyleniu przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego postanowieniem z (...) czerwca 2020 r., znak: (...), postanowienia (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z (...) sierpnia 2019 r. Przekazując sprawę do ponownego rozpoznania, organ drugiej instancji wskazał na konieczność przeprowadzenia oględzin miejsca planowanej inwestycji z udziałem wszystkich stron postępowania i umożliwienia wypowiedzenia się stronom co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Organ ochrony zabytków pierwszej instancji zobligowany był również ustalić, czy cmentarz żydowski w (...) został ujęty w gminnej ewidencji zabytków i dołączyć dokumenty poświadczające ten fakt, w tym kartę adresową zabytku.

Na postanowienie (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z (...) lipca 2020 r. złożyło zażalenie (...)sp. z o.o. (dalej: "Skarżący"), wskazując, że organ I instancji nie wyjaśnił dokładnie stanu faktycznego sprawy, w szczególności poprzez brak prawidłowego przeprowadzenia oględzin z udziałem stron postępowania i przyjął, że inwestycja dotyczy terenu cmentarza, podczas gdy w rzeczywistości dotyczy ona miejsca, w którym posadowiony jest budynek starej kotłowni. Zdaniem Skarżącego, rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy bez prawidłowo przeprowadzonych oględzin, jest pominięciem wskazań zawartych w postanowieniu kasatoryjnym Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z (...) czerwca 2020 r., podczas gdy organ pierwszej instancji zobowiązany był do uwzględnienia okoliczności wskazanych przez organ odwoławczy podczas powtórnego rozpatrzenia sprawy.

Minister Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu (dalej: "Minister", "organ odwoławczy"), po rozpatrzeniu ww. zażalenia, skarżonym postanowieniem z (...) kwietnia 2021 r., znak: (...) utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie organu I instancji.

W uzasadnieniu postanowienia organ odwoławczy w pierwszej kolejności przywołał przepis art. 60 ust. 1 w zw. z art. 53 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 293, dalej: "PlanZagospU"), podkreślając, że projekt decyzji o ustaleniu warunków zabudowy uzgadnia się z wojewódzkim konserwatorem zabytków – w odniesieniu do obszarów i obiektów objętych ochroną konserwatorską oraz ujętych w gminnej ewidencji zabytków. Organ odwoławczy wyjaśnił, że właściwość rzeczowa organu ochrony zabytków do zajęcia stanowiska w przedmiotowej sprawie, wynika z okoliczności wpisania do rejestru zabytków pod numerem (...) zespołu zabytków miasta (...) złożonego z:

1. układu urbanistycznego Starego Miasta; 2. fortyfikacji murowano-ziemnych; 3. zespołów klasztornych miechów i bernardynów; 4. zabudowy Starego Miasta i osady tkackiej; 5. zespołu klasztoru ss. (...); 6. zespołu pałacowo - parkowego; 7. zabudowy z XIX i XIX/XX w.; 8. stanowisk archeologicznych - decyzją Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w (...) z (...) grudnia 1972 r. Minister wskazał również, że załącznikami do tej decyzji są: spis zabytków architektury i budownictwa miasta (...), spis stanowisk archeologicznych na terenie miasta (...), plan miasta z granicami ochrony konserwatorskiej (w tym strefa ochrony sylwety miasta, na terenie której znajduje się teren planowanej inwestycji). Organ podkreślił, że projekcie decyzji o warunkach zabudowy również wskazano, że układ urbanistyczny miasta ujęty jest w gminnej ewidencji zabytków powołanej zarządzeniem Burmistrza Miasta (...) nr (...) z (...) marca 2014 r. Minister wyjaśnił również, że teren inwestycji znajduje się na obszarze dawnego cmentarza żydowskiego, ujętego w wojewódzkiej ewidencji zabytków i wskazanego Burmistrzowi Miasta (...) w piśmie z dnia 23 czerwca 2017r, do ujęcia w gminnej ewidencji zabytków. Minister zaznaczył, że (...) Wojewódzki Konserwator Zabytków ustalił, że mimo obowiązujących go do tego przepisów prawa, organ samorządowy nie ujął dotychczas dawnego cmentarza żydowskiego w gminnej ewidencji zabytków.

Następnie Minister wskazał, że z przedłożonego projektu decyzji o ustaleniu warunków zabudowy wynika, że planowana inwestycja miałaby polegać na budowie budynku usługowo - handlowego, wolnostojącego oraz miejsc postojowych (parkingu na ok. 15 miejsc). Dalej organ odwoławczy podkreślił, że uzgodnienia dokonywane przez organy konserwatorskie w trybie art. 53 ust. 4 pkt 2 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym mają charakter uznania administracyjnego. Wyjaśnił, że zadaniem organu ochrony zabytków jest ustalenie, czy zamierzenie nie narusza wartości zabytkowego obszaru bądź obiektu, a następnie wyczerpujące uzasadnienie dokonanej oceny.

Po zapoznaniu się z przedłożonym projektem decyzji o warunkach zabudowy, protokołem oględzin z 26 marca 2021 r., kartą cmentarza z (...) maja 2017 r. opracowaną przez R.K., opinią Narodowego Instytutu Dziedzictwa z (...) marca 2017 r. dotyczącą określenia granic oraz zakresu ochrony cmentarza żydowskiego w (...), Minister podzielił stanowisko (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, że planowana inwestycja jest niemożliwa do realizacji z konserwatorskiego punktu widzenia. Podkreślił, że akceptacja przedłożonego do uzgodnienia projektu decyzji o warunkach zabudowy, zakładającego możliwość usytuowania zabudowy usługowo - handlowej na terenie historycznego cmentarza oznaczałaby dalsze niekorzystne przekształcenie tej przestrzeni i całkowite zatarcie przeszłości tego miejsca.

W dalszych rozważaniach Minister wyjaśnił, że w opinii Narodowego Instytutu Dziedzictwa, (NID) ustalono, że już w XVI w. w (...) istniał cmentarz żydowski, który został zamknięty po wydzieleniu nowego obszaru z przeznaczeniem na cmentarz. Na katastrze miasta z 1852 r. wydzielone są działki należące do gminy żydowskiej: parcele gruntowe nr (...) i parcela budowlana (...). Na początku XX w. gmina (...) podjęła działania zmierzające do poszerzenia nowego cmentarza o parcele nr (...) i (...) przylegające do północnej granicy nowego cmentarza. Po II wojnie światowej majątek stanowiący dotychczas własność gminy wyznaniowej żydowskiej, w tym stary i nowy cmentarz, przeszedł na własność Zarządu Miejskiego w (...). Dalej Minister wskazał, że autorzy opinii NID, dotarli do archiwalnej dokumentacji z 1948 r. związanej z przekazaniem majątku byłej gminy żydowskiej, z której wynika, że wówczas "parcele cmentarzy nowy i stary mają nadal charakter cmentarzy, zwłoki nie zostały ekshumowane, ostatnie grzebanie zmarłych było w roku 1941 r." Wyjaśniono również, że regulacja dróg publicznych w (...) po 1951 r. przecięła i rozgraniczyła powyższe dwie parcele cmentarne (starego i nowego cmentarza) - obecnie przebiega tędy droga krajowa nr (...). Nowa część cmentarza została zamknięta uchwałą Prezydium Miejskiej Rady Narodowej w (...) z (...) lipca 1957 r. i przeznaczona na "plac sprzedaży paszy, drewna opałowego i budowlanego", a w 1965 r. zapadła decyzja o przeniesieniu na teren dawnego nowego cmentarza żydowskiego przystanku autobusowego. Przed 1967 r. na starej części cmentarza, na dawnej parceli (...), wybudowano blok mieszkalny (dz. Nr (...)) otoczony zieleńcami oraz ciągami pieszymi i jezdny. Oceniając obecny stan zachowania dawnego cmentarza żydowskiego wskazano na brak materialnych, naziemnych śladów jego istnienia, wielokrotne przekształcenia terenu po II wojnie światowej, zrealizowane tu inwestycje i liczne podziały katastralne. Przybliżone granice

cmentarza żydowskiego, obejmującego parcele gruntowe (...) i parcelę budowlaną (...), zostały naniesione na współczesną mapę ewidencyjną miasta.

Minister podzielił opinię Narodowego Instytutu Dziedzictwa zawartą w opracowaniu z 6 marca 2017 r., że teren dawnego cmentarza żydowskiego w (...), mimo całkowitego przekształcenia i braku naziemnych materialnych śladów tego miejsca, stanowi świadectwo wielowiekowej historii i przeszłości miasta jako miejsce związane z historią społeczności żydowskiej na ziemiach polskich. Obszar ten nie powinien podlegać dalszym przekształceniom, a winien pozostać znakiem pamięci (...) ich Żydów i tragicznej wojennej historii. Podkreślił, że najistotniejsze dla procesu dewastacji cmentarza żydowskiego w (...) decyzje inwestycyjne (budowa dworca autobusowego, drogi, dawnej poczty, bloku mieszkalnego), nastąpiły przed wpisaniem zespołu zabytków miasta (...) do rejestru zabytków (1972 r.) i organ konserwatorski nie miał na nie wpływu. W przypadku inwestycji opisanej w przedłożonym do uzgodnienia projekcie decyzji o warunkach zabudowy kompetencje te wynikają z usytuowania tego obszaru w strefie ochrony sylwety miasta wyznaczonej w decyzji o wpisie do rejestru zabytków. W ocenie organu odwoławczego bezspornym jest, że teren dawnego cmentarza żydowskiego w (...), jego starej i nowej części, jest ujęty w wojewódzkiej ewidencji zabytków. W aktach sprawy znajduje się karta cmentarza opracowana przez R.K. (...) maja 2017 r., uwzględniająca wnioski płynące z opinii NID i zawierająca mapę z przybliżonym przebiegiem granic cmentarza żydowskiego w (...), obejmująca zarówno starą jak i nową część.

Minister podkreślił, że ustawowym obowiązkiem organu samorządowego prowadzącego gminną ewidencję zabytków jest ujęcie w niej m.in. zabytków nieruchomych znajdujących się w wojewódzkiej ewidencji zabytków (art. 22 ust. 5 pkt 2 ww. ustawy) i opracowanie kart adresowych. Z tego obowiązku w ocenie Ministra, nie wywiązał się dotychczas Burmistrz (...). Wyjaśnił również, że odmowa uzgodnienia przedłożonego projektu decyzji o warunkach zabudowy dla inwestycji zaplanowanej na terenie dawnego kirkutu w (...) jest spójna z konsekwentnie prowadzoną polityką konserwatorską przez Generalnego Konserwatora Zabytków, której wyrazem są zalecenia z (...) października 2016 r., znak: (...) w zakresie pilnego rozpoznania obecnie i dawniej istniejących terenów cmentarzy żydowskich, w tym takich które przestały funkcjonować po II wojnie światowej i ustalenia ich lokalizacji, a w uzasadnionych przypadkach podjęcia działań zmierzających do objęcia ich ochroną konserwatorską. W kolejnych wytycznych Generalnego Konserwatora Zabytków z (...) lipca 2017 r. podkreślono, że cmentarze żydowskie posiadają wartość zabytkową jako miejsca pochówku, wartość niematerialną wynikająca ze statusu sakralnego i uczuć religijnych oraz historyczną jako materialny ślad i pamiątka obecności społeczności żydowskiej na ziemiach polskich i nośnik pamięci o wielonarodowej i wieloreligijnej tradycji politycznej I i II Rzeczypospolitej.

Odnosząc się do postulatu zgłoszonego przez pełnomocnika strony, aby z urzędu przeprowadzić badania geofizyczne precyzyjnie określające granice cmentarza na nieruchomości, organ zażaleniowy zauważył, że teren kirkutu, na podstawie analizy dokumentacji archiwalnej, został w stopniu możliwie najdokładniejszym dostępnym przy użyciu takiej metody, określony w opinii NID z 06.03.2017 r. Na podstawie dokonanych ustaleń stwierdzono, że realizacja planowanej inwestycji potencjalnie będzie stanowić ingerencję w dawny cmentarz żydowski. W ww. opinii stwierdzono też, że określenie zasięgu występowania pochówków i ewentualnych materialnych dokumentów cmentarza, wymaga archeologicznych badań georadarowych i wykopaliskowych. Na koniec Minister przytoczył przepis art. 31 ust. 1a ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 282, dalej: "u.o.z."), zgodnie z którym osoba fizyczna lub jednostka organizacyjna, która zamierza realizować:

1) roboty budowlane przy zabytku nieruchomym wpisanym do rejestru lub objętym ochroną konserwatorską na podstawie ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub znajdującym się w ewidencji wojewódzkiego konserwatora zabytków albo

2) roboty ziemne lub dokonać zmiany charakteru dotychczasowej działalności na terenie, na którym znajdują się zabytki archeologiczne, co doprowadzić może do przekształcenia lub zniszczenia zabytku archeologicznego

- jest obowiązana, z zastrzeżeniem art. 82a ust. 1, pokryć koszty badań archeologicznych oraz ich dokumentacji, jeżeli przeprowadzenie tych badań jest niezbędne w celu ochrony tych zabytków. Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, zakres i rodzaj niezbędnych badań archeologicznych, o których mowa w ust. 1a, ustala wojewódzki konserwator zabytków w drodze decyzji, wyłącznie w takim zakresie, w jakim roboty budowlane albo roboty ziemne lub zmiana charakteru dotychczasowej działalności na terenie, na którym znajdują się zabytki archeologiczne, zniszczą lub uszkodzą zabytek archeologiczny. Natomiast wykazanie podczas badań obecności dawnych pochówków będzie, niezależnie od poniesionych przez inwestora kosztów, uniemożliwiało uzgodnienie planowanej inwestycji.

Skargę na powyższe postanowienie złożył do Sądu Skarżąc, y wnosząc o jego uchylenie oraz o uchylenie poprzedzającego je postanowienia WKZ.

Zaskarżonemu postanowieniu zarzucono naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj.:

1. art. 7 oraz art. 77 § 1, a także art. 80 KPA poprzez niewyczerpujące rozpatrzenie materiału dowodowego i niepodjęcie wszelkich niezbędnych kroków do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz na dowolnej ocenie materiału dowodowego polegającej na przyjęciu, że teren nieruchomości na której realizowana ma być inwestycja planowana przez inwestora stanowi zabytek w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami;

2. art. 10 § 1 KPA poprzez nie zawiadomienie strony o możliwości wypowiedzenia się co do całości materiału zgromadzonego w sprawie, który stanowił podstawę do wydania przedmiotowego postanowienia;

3. art. 60 ust. 1 w zw. z art. 53 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym poprzez brak podstawy do uzgodnienia przez (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w (...) projektu decyzji o warunkach zabudowy przekazanego przez Burmistrza Miasta (...) - z uwagi na brak jakiejkolwiek formy ochrony zabytków dla cmentarza żydowskiego przewidzianej w art. 7 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami

Powyższe zarzuty znalazły rozwinięcie w uzasadnieniu skargi.

Skarżący podkreślił przede wszystkim, że planowana inwestycja nie będzie usytuowana na terenie cmentarza. Wskazał, że teren ten został zamknięty dla pochówków w 1798 roku, czyli ponad 220 lat temu a następnie w tym miejscu w XIX w. urządzono ogród. Nie zachował się żaden element napowierzchniowy świadczący o istnieniu cmentarza a na jego terenie wybudowane zostały obiekty budowlane jak budynek wielorodzinny dla którego w ostatnim czasie (...)WKZ w (...) wydał pozytywne uzgodnienia na rozbudowę i nadbudowę. Ponadto w miejscu planowanej inwestycji występują budynek usługowy, kotłownia, osłona śmietnikowa, utwardzone miejsca postojowe (parkingi] dla których zrealizowano wiele inwestycji podziemnej infrastruktury technicznej. Teren jest nieogrodzony, brak jest oznaczonych jego granic.

Skarżący podniósł, że stan zagospodarowania miejsca po starym cmentarzu żydowskim i jego otoczenia wskazuje jednoznacznie o braku podstaw do uznania, że teren ten jest cmentarzem i stanowi zabytek podlegający włączeniu do wojewódzkiej ewidencji zabytków. Dokonane przez ostatnie 220 lata zmiany w zagospodarowaniu terenu, prace inwestycyjne w postaci obiektów kubaturowych podpiwniczonych na głębokość większą niż głębokości grzebalnych mogił oraz fizyczna obecność tych budowli na terenie przedmiotowej działki, dyskwalifikuje teren w myśl definicji zabytku oraz cmentarza.

Zdaniem strony Skarżącego, wpis do wojewódzkiej ewidencji zabytków, na który powołuje się organ odwoławczy nie przesądza, iż dana nieruchomość w rzeczywistości odpowiada definicji zabytku z art. 3 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. W uzasadnieniu postanowienia organ II instancji nie zawarł jakiejkolwiek argumentacji przemawiającej za przyjęciem, iż teren planowanej inwestycji odpowiadałby definicji zabytku. Skarżący wskazał, że granice cmentarza żydowskiego są zupełnie nieczytelne w terenie i trudne do precyzyjnego określenia nawet na podstawie dokumentów (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków i map archiwalnych. W ocenie strony skarżącej podejmowane działania i decyzje służb konserwatorskich w oparciu o "przybliżoną" lokalizację cmentarza są chaotyczne i nie poparte żadnym materiałem dowodowym, wprost wytworzone są na podstawie domysłów. Skarżący wskazał, że w dokumentacji zatwierdzonych i uchwalonych miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego wymienionych w skardze brak jest też wniosków Służb Ochrony Zabytków o ujęcie przedmiotowego terenu jako cmentarza żydowskiego, celem wprowadzenia odpowiedniego przeznaczenia terenu w opracowywanych planach. Zdaniem Skarżącego, skoro wymienione plany zagospodarowania przestrzennego nie określiły lokalizacji cmentarza w miejscu położenia działki nr (...), to brak jest podstaw do określenia ochrony konserwatorskiej takiego terenu przez (...)WKZ. Strona skarżąca podniosła również, że organ odwoławczy po przeprowadzeniu oględzin przez (...)KWZ, nie umożliwił stronom wypowiedzenia się co do całego materiału faktycznego i prawnego zgromadzonego w sprawie, który stanowił podstawę do wydania zaskarżonego postanowienia, czym dopuścił się naruszenia art. 10 KPA Dalej Skarżący podkreślił, że organ nie wskazał dowodu wpisania starego cmentarza żydowskiego do wojewódzkiej ewidencji zabytków a co za tym idzie brak jest podstawy do uzgodnienia przedmiotowej inwestycji przez (...)WKZ. Po przeprowadzonej analizie posiadanych dokumentów, tj.: karty cmentarza z 1994 r., zarządzenia (...)WKZ z 2014 r. karty cmentarza z 2017 r. Skarżący stoi na stanowisku, że teren objęty inwestycją, nie jest wpisany do wojewódzkiej ewidencji zabytków.

Zdaniem strony skarżącej, tylko nowy cmentarz żydowski (znajdujący się poza terenem inwestycji), jest wpisany do wojewódzkiej ewidencji zabytków, zaś stary cmentarz żydowski (znajdujący się w niejednoznacznych granicach) nie jest wpisany do tej ewidencji, gdyż został on wykazany w opracowanej nowej karcie cmentarza w 2017 r. natomiast wpis cmentarza żydowskiego do wojewódzkiej ewidencji zabytków nastąpił wcześniej, w 2014 r. Nie jest więc zasadne wydanie

przez (...)WKZ postanowienia o odmowie uzgodnienia projektu decyzji o warunkach zabudowy z uwagi na brak ochrony konserwatorskiej dla nieistniejącego od ponad 200 lat starego cmentarza żydowskiego.

W odpowiedzi na skargę organ wniosł o jej oddalenie podtrzymując stanowisko wyrażone w zaskarżonym postanowieniu.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, zważył co następuje:

Zgodnie z art. 3 § 1 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2325, dalej "PostAdmU"), sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej i stosują środki określone w ustawie. Przedmiotem kontroli jest badanie, czy organy administracji w toku rozpoznania sprawy, nie naruszyły prawa w stopniu mogącym mieć wpływ na jej wynik. Uwzględnienie skargi następuje tylko w przypadku stwierdzenia przez Sąd naruszenia przepisów prawa materialnego lub istotnych wad w prowadzonym postępowaniu (art. 145 § 1 pkt 1 PostAdmU). Stosownie zaś do art. 134 § 1 PostAdmU, Sąd rozstrzyga w granicach danej sprawy, nie będąc jednak związany zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną w niej podstawą prawną. Uwzględnienie skargi następuje w przypadkach naruszenia prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy (art. 145 § 1 pkt 1 lit. a PostAdmU), naruszenia prawa dającego podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego (art. 145 § 1 pkt 1 lit. b PostAdmU) oraz innego naruszenia przepisów postępowania, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na wynik sprawy (art. 145 § 1 pkt 1 lit. c PostAdmU). W przypadkach, gdy zachodzą przyczyny określone w art. 156 KPA lub w innych przepisach, sąd stwierdza nieważność decyzji lub postanowienia (art. 145 § 1 pkt 2 PostAdmU).

Sądowa kontrola zaskarżonego postanowienia, przeprowadzona z uwzględnieniem powyższych reguł, doprowadziła do uznania, że skarga zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie podniesione w niej argumenty są zasadne.

Skarżący wystąpił z wnioskiem o wydanie decyzji o warunkach zabudowy, co w rozpoznawanej sprawie, wiązało się z koniecznością uzgodnienia warunków realizacji planowanej inwestycji z organem konserwatorskim. W myśl art. 60 ust. 1 PlanZagospU, decyzję o warunkach zabudowy wydaje, z zastrzeżeniem ust. 3, wójt, burmistrz albo prezydent miasta po uzgodnieniu z organami, o których mowa w art. 53 ust. 4, i uzyskaniu uzgodnień lub decyzji wymaganych przepisami odrębnymi. Natomiast jak stanowi art. 53 ust. 4 pkt 2 PlanZagospU decyzje, o których mowa w art. 51 ust. 1, wydaje się po uzgodnieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków - w odniesieniu do obszarów i obiektów objętych formami ochrony zabytków, o których mowa w art. 7 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz ujętych w gminnej ewidencji zabytków. Art. 53 ust. 5 PlanZagospU wskazuje, że uzgodnień, o których mowa w ust. 4, dokonuje się w trybie art. 106 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 256 t.j., dalej "KPA"), z tym że zażalenie przysługuje wyłącznie inwestorowi. W przypadku niezajęcia stanowiska przez organ uzgadniający w terminie 2 tygodni od dnia doręczenia wystąpienia o uzgodnienie - uzgodnienie uważa się za dokonane. Celem uzgodnień jest zapewnienie zgodności zamierzenia inwestycyjnego z państwowym porządkiem prawnym (zob. A. Despot-Mładanowicz (w:) Plucińska-Filipowicz Alicja (red.), Wierzbowski Marek (red.), Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany, Opublikowano: LEX/el. 2019, komentarz do art. 53). Do odrębnych przepisów prawa materialnego, z których wynikają zasady zagospodarowania terenu, należy ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

Istota sprawy dotyczy ustalenia, czy teren planowanej inwestycji objęty jest jedną z form ochrony przewidzianą w u.o.z. oraz czy w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej ustawy, teren ten stanowi zabytek.

W ocenie organów wymóg uzyskania uzgodnienia organu konserwatorskiego, wynika z dwóch przesłanek:

1. Usytuowania planowanej inwestycji na obszarze znajdującym się w znacznej części na terenie dawnego cmentarza żydowskiego w (...) (najstarsza część), wpisanego do wojewódzkiej ewidencji zabytków.

2. Położenia przedmiotowej inwestycji w strefie ochrony sylwety miasta wyznaczonej w decyzji o wpisie do rejestru zabytków układu urbanistycznego miasta (...) (nr rej. (...)), co zostało wykazane w przesłanym do uzgodnienia projekcie decyzji.

Zdaniem Sądu, powyższe okoliczności, nie zostały przez organy w sposób wystarczający udowodnione.

Odnosząc się do pierwszej z podniesionych kwestii, Sąd podkreśla, że nie ma żadnych wątpliwości co do konieczności obejmowania ochroną konserwatorską dawnych cmentarzy żydowskich. Posiadają one bowiem nie tylko wartość zabytkową jako miejsca pochówku, ale również wartość niematerialną wynikającą ze statusu sakralnego i uczuć religijnych oraz historyczną jako materialny ślad i pamiątka obecności społeczności żydowskiej na ziemiach polskich. Sąd ma również świadomość, że w tradycji żydowskiej, szczątki ludzkie otaczane są szczególną troską, a najważniejsza w obrębie cmentarza jest strefa grzebalna, mniej natomiast istotny jest stopień zachowania form architektonicznych.

Z tych powodów zdaniem Sądu, wbrew stanowisku zaprezentowanemu w skardze, dla oceny spornego terenu jako obiektu objętego ochroną konserwatorską, nie ma znaczenia, czy spełnia on wymogi zawarte w ustawie z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1947) oraz przytoczonych w skardze rozporządzeniach.

Nie są również w ocenie Sądu zasadne zarzuty dotyczące dokumentacji fotograficznej, która jak wynika z akt sprawy, została dołączona do protokołu oględzin nieruchomości przeprowadzonego w dniu 26 marca 2021 r. W czynności tej brał udział również pełnomocnik Skarżącego.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 10 § 1 KPA poprzez uniemożliwienie Skarżącemu wypowiedzenia się co do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Naruszenie art. 10 § 1 KPA mogłoby zgodnie z utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem stanowić podstawę uchylenia postanowienia, jedynie w razie wykazania, że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy. Innymi słowy strona musi wykazać, że gdyby do takiego uchybienia nie doszło, wynik sprawy byłby odmienny. Tego rodzaju okoliczności, nie zostały w niniejszej sprawie wykazane. W rozpoznawanej sprawie, ostatnią istotną czynnością poprzedzającą wydanie zaskarżonego postanowienia, były oględziny nieruchomości, w których jak już wskazano, uczestniczył przedstawiciel Skarżącego. Skarżący miał zatem możliwość wypowiedzenia się co do tego dowodu przed wydaniem skarżonego postanowienia.

Zdaniem Sądu, organy nie wykazały natomiast czy teren planowanej przez Skarżącego inwestycji, znajduje się w obrębie starego cmentarza żydowskiego rozumianego jako dawne miejsce pochówku szczątków ludzkich, przedstawiające wspomniane wyżej wartości podlegające ochronie.

Istotnym zdaniem Sądu dokumentem i tylko pozornie o znaczeniu wyłącznie historycznym, jest przedłożona przez Skarżącego fotokopia pisma Kahału (...) z 1798 r. skierowanego do Księżnej (...) dotyczącego zakazu chowania zmarłych na okopisku (kirkucie) oraz prośba o zgodę na zakup innej działki pod nowy cmentarz żydowski (sygn. (...) Muzeum w (...)). Dokument ten, przywołany jest również w opinii NID (str. 3). Wynika z niego, że od 1798 roku, na terenie obejmującym stary cmentarz żydowski, zaprzestano pochówków, a następnie, jak wynika z ustaleń NID w XIX w. urządzono tam ogród.

W ocenie Sądu, obszar powyższego cmentarza, nie został precyzyjnie ustalony i tylko przypuszczalnie mógł obejmować teren spornej inwestycji lub jego fragment. Przypuszczenia takie, nie są jednak w ocenie Sądu wystarczającą podstawą do żądania od inwestora uzgodnienia warunków planowanej inwestycji z organem konserwatorskim.

W pierwszej kolejności, wskazać należy, że na powierzchni terenu, nie zachował się żaden element świadczący o istnieniu cmentarza, w tym o jego istnieniu w granicach planowanej inwestycji.

Organy nie wykazały jednocześnie by po dacie zaprzestania pochówków, teren ten w tym również w czasie ostatniej wojny, był wykorzystywany do grzebania zmarłych.

Jak wynika z akt sprawy, w tym zwłaszcza z dokumentacji przedstawionej przez Skarżącego, na terenie działki inwestycyjnej, znajduje się budynek wielorodzinny, budynek usługowy, kotłownia, osłona śmietnikowa oraz utwardzone miejsca postojowe (parkingi). Zabudowie tej, towarzyszy również wiele zrealizowanych inwestycji podziemnej infrastruktury technicznej. Dokumentacja fotograficzna sporządzona przez Skarżącego, możliwa jest do skonfrontowania z ogólnodostępnymi portalami internetowymi również przedstawiającymi to miejsce.

Należy podkreślić, że dokonane przez ostatnie 220 lat (od daty zaprzestania pochówków na starym cmentarzu żydowskim), zmiany w zagospodarowaniu jego przypuszczalnego terenu, a przede wszystkim prace inwestycyjne w postaci obiektów kubaturowych, podpiwniczonych na głębokość większą niż głębokości grzebalnych mogił, wykluczają zdaniem Sądu obecność ludzkich szczątków, która uzasadniałaby otoczenie tych fragmentów terenu troską i opieką wynikającą z tradycji żydowskiej. Nie pozwala to jednocześnie na przyjęcie, że sporny teren w części obecnie zabudowanej, spełnia wymogi cmentarza rozumianego jako miejsce pochówku szczątków ludzkich, a tym samym zabytku podlegającego ochronie. Podkreślić w tym miejscu należy, że jak wynika ze szkicu obecnego sposobu zagospodarowania działki inwestycyjnej o nr ewid. (...) w (...), bilans istniejącej na niej zabudowy przedstawia się następująco:

- ogólna powierzchnia działki nr ewid. (...) wynosi 1137,00 m²
- występująca zabudowa o łącznej powierzchni 663,78 m² w postaci:
 - a) budynku byłej kotłowni o pow. 196,48 m² wraz z murami oporowymi oraz podziemną częścią budynku
 - b) budynku usługowo-handlowego o pow. 30,59 m²

c) zadaszanej wiaty śmietnikowej o pow. 23,15 m²

d) terenów utwardzonych tj. dojścia, dojazdy, miejsca postojowe o łącznej pow. 413,56

- pozostałe tereny zielone o łącznej powierzchni pow. 473,22 m².

Zatem, biorąc pod uwagę wspomniane wcześniej podpiwniczenie obiektów kubaturowych na głębokość większą niż głębokości grzebalnych mogił, ewentualna obecność ludzkich szczątków, która uzasadniałaby otoczenie tego obszaru ochroną, w istocie dotyczyłaby tylko terenów utwardzonych i zielonych.

Jak wynika ze znajdującej się w aktach opinii Narodowego Instytutu Dziedzictwa Oddziału Terenowego w (...), precyzyjne wyznaczenie pierwotnych granic cmentarza żydowskiego, będzie możliwe dopiero po przeprowadzeniu badań geofizycznych a następnie w wybranych miejscach badań wykopaliskowych, zgodnie z wytycznymi Komisji Rabinicznej do Spraw Cmentarzy.

W ocenie Sądu, również wpis do wojewódzkiej ewidencji zabytków, na który powołuje się Minister, nie przesądza, że dana nieruchomość odpowiada definicji zabytku z art. 3 ust. 1 u.o.z.

Wskazać bowiem należy, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, zgodnie z którym z uwagi na uproszczony charakter postępowania w sprawie włączenia zabytku do wojewódzkiej a następnie gminnej ewidencji zabytków, w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów KPA, w których jedną z przesłanek jest fakt włączenia określonego zabytku do wspomnianych ewidencji, organ administracji nie może swojego rozstrzygnięcia oprzeć jedynie o to, że doszło do włączenia określonego zabytku do wojewódzkiej ewidencji zabytków i następnie do gminnej ewidencji zabytków. W takim postępowaniu dopuszczalne jest badanie, czy zabytek włączony do tych ewidencji, rzeczywiście odpowiada definicji zabytku określonej w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (wyroki NSA: z 9 listopada 2016 r., sygn. akt II OSK 254/15, z 8 maja 2018 r., sygn. akt II OSK 1926/17, z 29 listopada 2018 r., sygn. akt II OSK 2225/18). Jednocześnie wskazać w tym miejscu należy, że przedmiotowy teren nie został wpisany do ewidencji gminnej, zaś umieszczenie go wyłącznie w ewidencji wojewódzkiej, nie pociąga za sobą obowiązku dokonywania przez inwestora uzgodnień z organem konserwatorskim (art. 53 ust. 4 pkt 2 PlanZagospU).

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Sądu Minister nie wykazał, by przedmiotowy teren spełniał kryteria zabytku a więc zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 u.o.z. stanowił nieruchomość lub jej część będącą dziełem człowieka lub związaną z jego działalnością i stanowiącą świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, której zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową.

Na przedmiotowym terenie, nie zachowały się jakiegokolwiek ślady, świadczące o tym, że faktycznie znajdował się tam stary cmentarz żydowski.

Obecnie granice zarówno nowego, jak też starego cmentarza żydowskiego są zupełnie nieczytelne w terenie i trudne do precyzyjnego określenia nawet na podstawie dokumentów (...)WKZ. Należy także wspomnieć, że przedstawiciel organu konserwatorskiego w trakcie oględzin przeprowadzonych w dniu 26 marca 2021 r., również nie potrafił określić, gdzie znajduje się ten cmentarz i jakie są jego granice.

Nie można także zdaniem Sądu pominąć argumentacji Skarżącego związanej z obowiązującymi w latach 1965 – 2002 na terenie działki inwestycyjnej planami miejscowymi. W planach tych nie ma żadnego odniesienia do cmentarza żydowskiego w (...), natomiast otrzymały one wszystkie wymagane uzgodnienia i opinie, w tym dotyczące przeznaczenia omawianego terenu również od organów konserwatorskich.

Przy sporządzaniu miejscowych planów uczestniczyły służby konserwatorskie, które pozytywnie uzgodniły planowane w podanych dokumentach rozwiązania. Wskazuje na to dokumentacja dołączona do skargi. Prowadzi to jednocześnie do wniosku, że organ konserwatorski, miał wpływ na ochronę miejsca po cmentarzu żydowskim, przed 2014 r. (tj. przed wpisaniem do Wojewódzkiej ewidencji zabytków) lecz tego nie objął go ochroną i zatwierdzał inne niż zabytkowy cmentarz przeznaczenie tego terenu.

Jak wynika z akt sprawy, w tym także z uzasadnienia zaskarżonego postanowienia (str.2) cmentarz, jaki według ustaleń organów znajduje się na terenie działki inwestycyjnej, nie został ujęty w gminnej ewidencji zabytków, przez co nie kwalifikuje się do uzgodnienia z wojewódzkim konserwatorem zabytków w świetle art. 7 u.o.z. i art. 60 ust. 1, art. 64 ust. 1 i art. 53 ust. 4 pkt 2 PlanZagospU. W myśl bowiem powyższych przepisów decyzje o ustaleniu warunków zabudowy wydaje się w uzgodnieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków jedynie w odniesieniu do obszarów i obiektów objętych formami ochrony zabytków, o których mowa w art. 7 u.o.z. oraz ujętych w gminnej ewidencji zabytków, zaś a przedmiotowa działka i inwestycja nie należy do żadnej z tych kategorii. Cmentarz żydowski wpisany został w dniu

(...) października 2014 r. do wojewódzkiej ewidencji zabytków, która nie jest żadną z form ochrony zabytków wyszczególnionych w art. 7 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

W zaskarżonym postanowieniu, Minister wskazał, że właściwość rzeczowa organu ochrony zabytków do zajęcia stanowiska w przedmiotowej sprawie wynika z okoliczności wpisania do rejestru zabytków pod numerem (...) zespołu zabytków miasta (...) złożonego z: 1. układu urbanistycznego Starego Miasta; 2. fortyfikacji murowano-ziemnych; 3. zespołów klasztornych miechowitów i bernardynów; 4. zabudowy Starego Miasta i osady tkackiej; 5. zespołu klasztoru ss. (...); 6. zespołu pałacowo - parkowego; 7. zabudowy z XIX i XIX/XX w.; 8. stanowisk archeologicznych, decyzją Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w (...) z (...) 12.1972 r. Załącznikami do tej decyzji są: spis zabytków architektury i budownictwa miasta (...), spis stanowisk archeologicznych na terenie miasta (...), plan miasta z granicami ochrony konserwatorskiej (w tym strefa ochrony sylwety miasta, na terenie której znajduje się teren planowanej inwestycji).

Z kolei Skarżący, stoi na stanowisku, że działka nr (...) położona jest poza układem urbanistycznym miasta (...), wpisanym do rejestru zabytków decyzją z dnia (...) 12.1972 r. Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w (...), pod poz. (...).

W ocenie Sądu prawidłowości stanowiska stron z uwagi na nieczytelność części graficznej stanowiącej załącznik nr 3 do powyższej decyzji, nie można zweryfikować.

Ponadto ulica (...), przy której planowana jest inwestycja, nie jest ujęta w spisie zabytków stanowiącym załącznik do wspomnianej wyżej decyzji.

Ponadto Minister a wcześniej (...) WKZ, ograniczył się jedynie do stwierdzenia położenia działki na terenie tej strefy nie wskazując, czy położenie na terenie tej strefy stanowi podstawę do odmowy uzgodnienia przedmiotowej inwestycji. W rozstrzygnięciach organów brak jest wskazania w jaki sposób planowana inwestycja wpłynie na strefę ochrony sylwety miasta oraz ograniczeń, jakie z tego powodu odnoszą się do planowanej inwestycji.

Reasumując organ naruszył przepisy art. 7, art. 77 § 1, art. 80 i art. 107 § 3 KPA nie wykazując w sposób przekonujący dlaczego teren planowanej inwestycji, ma podlegać ochronie konserwatorskiej.

Tym samym brak jest wystarczających podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki określone w art. 60 ust. 1 w zw. z art. 53 ust. 4 pkt 2 PlanZagospU skutkujące koniecznością uzgodnienia warunków realizacji planowanej inwestycji z organem konserwatorskim.

Materiał dowodowy w postaci decyzji o wpisie do rejestru zabytków układu urbanistycznego miasta (...) (nr rej.(...)) z uwagi na jego nieczytelność, nie daje jasnego i precyzyjnego wskazania czy rzeczywiście planowana inwestycja, znajduje się w strefie ochrony sylwety miasta wskazanej w załączniku do decyzji o wpisie. Organ powinien przedstawić usytuowanie przedmiotowej działki w taki sposób aby bez żadnych wątpliwości możliwe było stwierdzenie, czy faktycznie znajduje się ona w we wspomnianej strefie ochronnej. Ponadto w przypadku pozytywnych ustaleń w tym zakresie, organ powinien wyczerpująco uzasadnić w jaki sposób planowana inwestycja wpłynie na strefę ochrony sylwety miasta i jakie ograniczenia z tego powodu odnoszą się do planowanej inwestycji.

Odnosnie do wyznaczenia granic starego cmentarza żydowskiego w obrębie działki inwestycyjnej a ściślej mówiąc tylko na jej obszarze pozbawionym zabudowy, organ powinien rozważyć przeprowadzenie badań geofizycznych a następnie w wybranych miejscach badań wykopaliskowych, zgodnie z wytycznymi Komisji Rabinicznej do Spraw Cmentarzy. To pozwoli w sposób nie budzący wątpliwości ustalić, czy na terenie który wchodziłby w grę jako upamiętnienie dawnego cmentarza (z oczywistych względów nie może to dotyczyć zabudowanego terenu działki), znajdują się ludzkie szczątki i czy teren ten w ogóle można określić jako cmentarz rozumiany jako miejsce pochówku.

Rozważenia wymaga także możliwość upamiętnienia cmentarza w sposób wskazany w opinii Narodowego Instytutu Dziedzictwa z (...) marca 2017 r., a mianowicie poprzez umieszczenie tablicy z oznakowaniem graficznym oraz krótką historią obiektu, co mogłoby nie stanowić przeszkody dla realizacji planowanej inwestycji

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej okoliczności, których wyjaśnienie jest konieczne dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, Sąd działając na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. c). PostAdmU, uchylił w całości zaskarżone postanowienie oraz poprzedzające je postanowienie organu I instancji. O kosztach postępowania, Sąd orzekł stosownie do art. 200 i art. 205 § 1 PostAdmU