

**ŚLĄSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
NADZORU BUDOWLANEGO**

40-024 Katowice ul. Powstańców 41A

Telefon: 32 606 33 00

WINB-WOA.7721.62.2016.JT

Katowice, dn. 10 lutego 2016 r.

W dalszej korespondencji proszę
powołać się na znak sprawy

DECYZJA

Na podstawie art. 138 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.) oraz art. 80 ust. 2 pkt 2, art. 83 ust. 2 oraz art. 84 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 2013, poz. 1409) w wyniku rozpoznania odwołania złożonego w dniu 18 stycznia 2016 r. Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Przeciwdziałania Elektrosmazeniom „Prawo do Życia” reprezentowanego przez Pana Zbigniewa Gelzoka od decyzji nr 9/16 znak NB-71430/123/14 Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla miasta Rybnika z dnia 11 stycznia 2016 r. umarzającej w całości postępowanie administracyjne w sprawie przebudowy należącej do Orange Polska S.A. z/s w Warszawie stacji bazowej telefonii komórkowej FI 5090-KWKA1 Ochojec (obecnie po zmianie: 35551_KRY_Rybnik_Ochojec) położonej na działce nr 388/16 (przed podziałem 388/1) przy ul. Gliwickiej w Rybniku,

orzekam

uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania przez organ I instancji

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Ogólnopolskie Stowarzyszenie Przeciwdziałania Elektrosmazeniom „Prawo do życia” zawnioskowało do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla miasta Rybnika o wszczęcie z urzędu postępowania w sprawie nielegalnej rozbudowy stacji bazowej telefonii komórkowej spółki Orange w Rybniku - Ochojcu wybudowanej z naruszeniem art. 33 ust. 1 Prawa budowlanego, bez decyzji o pozwoleniu na rozbudowę, środowiskowych uwarunkowaniach oraz o dopuszczenie organizacji do udziału w postępowaniu.

W dniu 9 lutego 2015 r. organ przeprowadził czynności kontrolne, w trakcie których ustalił, iż „aktualny stan anten zamontowanych na wieży, należących do Orange Polska S.A. z/s w Warszawie różni się od stanu ujętego w decyzji Prezydenta Miasta Rybnika o pozwoleniu na budowę nr 1045/73530/2003 z dnia 15 grudnia 2003 r. znak Ar II - 73530/00881/03 stacji bazowej telefonii komórkowej „Centertel” F-1 5090 KWKA1 Ochojec wydanego dla Polskiej Telefonii Komórkowej „Centertel” Sp. z o.o.”. W marcu 2014 r. Orange Polska S.A. zamontował dodatkowo 6 anten sektorowych na poziomie + 49 m oraz 1 antenę radioliniową na poziomie = 46 m i w zw. z tym w sierpniu 2014 r. dokonał wzmocnienia konstrukcji wieży na podstawie decyzji Prezydenta Miasta Rybnika o pozwoleniu na budowę nr 684/6740/2014 z dnia 2 lipca 2014 r. znak Ar II - 6740.486.2014.

Wobec powyższego organ powiatowy w dniu 4 marca 2015 r. zawiadomił o wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie i wezwał Orange Polska S.A. do przedłożenia aktualnych protokołów z okresowych kontroli przedmiotowej stacji bazowej, zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 1c i pkt 2 Prawa budowlanego.

Żądane dokumenty wpłynęły w dniu 1 kwietnia 2015 r.

Następnie organ powiatowy zawiadomił o podejrzeniu popełnienia przestępstwa Prokuraturę Rejonową w Rybniku (roboty zw. z samowolną rozbudową obiektu).

Pismem z dnia 29 maja 2015 r. PINB dla miasta Rybnika zawiadomił o wyznaczeniu na dzień 24 czerwca 2015 r. terminu rozprawy w niniejszej sprawie.

Z protokołu ww. czynności wynika, iż organ nadzoru budowlanego kwalifikuje wykonane roboty tj. montaż dodatkowych 6 anten sektorowych na poziomie +49,00 m oraz 1 antenę radioliniową na poziomie =46,00 m i dodatkowe okablowanie między kontenerem technicznym i nowymi antenami, jako rozbudowę obiektu. Zdaniem przedstawiciela inwestora, wykonane roboty stanowiły montaż urządzeń, zgodnie z art. 29 ust 2 pkt 15 Prawa budowlanego. Z kolei Pan Zbigniew Gelzok wskazał, iż „kwalifikacja przedsięwzięcia” została sporządzona nieprawidłowo.

Następnie zawiadomieniem z dnia 14 lipca 2015 r. poinformowano strony postępowania o ich uprawnieniach, wynikających z art. 10 k.p.a.

Z adnotacji służbowych, znajdujących się w aktach sprawy wynika, iż PINB dla miasta Rybnika kontaktował się z wydziałami UM w Rybniku i ustalił, że Wydział Ochrony Środowiska i Rolnictwa w stosunku do złożonego zgłoszenia z dnia 24 marca 2014 r.

o zmianie w zakresie wielkości i rodzaju emisji stacji bazowej telefonii komórkowej położonej na dz. nr 388/16 przy ul. Gliwickiej w Rybniku nie wniesiono sprzeciwu, a ponadto inwestycja jest zgodna z zapisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

Pismem z dnia 17 września 2015 r. pełnomocnik Orange Polska S.A., radca prawny Pan Grzegorz Chycki, zawniósł o wyłączenie OSPE „Prawo do życia” z udziału w postępowaniu oraz referenta sprawy PINB.

Postanowieniem nr 167/14 z dnia 14 października 2015 r. organ odmówił wyłączenia Pana Andrzeja Tymoszyka, referenta sprawy PINB, a postanowieniem nr 169/15 z dnia 15 października 2015 r. wyłączenia OSPE „Prawo do życia”.

Następnie zawiadomieniem z dnia 23 października 2015 r. organ ponownie poinformował strony o ich uprawnieniach, określonych art. 10 k.p.a.

W toku postępowania wyjaśniającego organ pozyskał także następujące informacje: ze strony Prezydenta Miasta Rybnika - pismo z dnia 23 listopada 2015 r., z którego wynika, iż w związku z przedłożonym w dniu 27 marca 2014 r. zgłoszeniem zmiany danych w instalacji stacji bazowej telefonii komórkowej operatora Orange Polska Sp. z o.o. Nr 5090 Ochojec w Rybniku przy ul. Rybnickiej, w trybie art. 152 ust. 1 pkt 6 Prawa ochrony środowiska, nie wniósł sprzeciwu wobec rozpoczęcia użytkowania instalacji; ze strony WIOŚ w Katowicach - pismo z dnia 30 listopada 2015 r. informujące, że eksploatacja przedmiotowej instalacji nie powoduje przekroczeń dopuszczalnych poziomów promieniowania elektromagnetycznego w środowisku; ze strony Śląskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego - pismo z dnia 4 grudnia 2015 r. informujące, że nie wniesiono w żadnej formie sprzeciwu wobec rozpoczęcia użytkowania spornej inwestycji.

Ponownie zawiadomiono strony o uprawnieniach wynikających z art. 10 k.p.a., a w dniu 11 stycznia 2016 r. wydano decyzję nr 9/16 znak NB-71430/123/14, którą na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. umorzył postępowanie w sprawie przebudowy należącej do Orange Polska S.A. z/s w Warszawie stacji bazowej telefonii komórkowej FI 5090-KWKA1 Ochojec (obecnie po zmianie: 35551JKRY_Rybnik_Ochojec) położonej na działce nr 388/16 (przed podziałem 388/1) przy ul. Gliwickiej w Rybniku. W uzasadnieniu organ wskazał, iż niewątpliwie inwestor dokonał rozbudowy, lecz stoi na stanowisku, iż kompetencje organu nadzoru budowlanego nie dają podstaw prawnych do rozstrzygnięcia kwestii związanych ze zmianą

parametrów technicznych stacji bazowych. Stwierdzono ponadto, iż zrealizowana inwestycja jest zgodna z zapisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego i znajduje się we właściwym stanie technicznym.

Odwołanie od ww. decyzji w dniu 18 stycznia 2016 r. złożyło OSPE „Prawo do życia”, zarzucając jej naruszenie art. 105 w z w. z art. 6 k.p.a., art. 33 ust 1, art. 29 ust. 3, art. 29 ust. 2 pkt 15 i art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego, a także art. 7, 8, 107 § 1 i 3 k.p.a. w zw. z art. 13 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Po dokonaniu analizy akt sprawy, Śląski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego stwierdził, co następuje.

Odwołanie Skarżącego Stowarzyszenia zasługuje na uwzględnienie w całości, z przyczyn o których mowa poniżej.

Instytucja umorzenia postępowania administracyjnego uregulowana została w art. 105 k.p.a., który w § 1 stanowi, że gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania w całości albo w części. W orzecznictwie przyjęło się, że „postępowanie może być bezprzedmiotowe z przyczyn prawnych, gdy okaże się, że nie ma normy prawnej udzielającej organowi administracji publicznej kompetencji do wydania decyzji administracyjnej lub z przyczyn faktycznych, gdy okaże się, że nie ma okoliczności faktycznych, uzasadniających według hipotezy normy prawnej kompetencję organu administracji publicznej do wydania decyzji administracyjnej” (zob. *wyrok WSA w Szczecinie z dnia 8 grudnia 2010 r., II SA/Sz 844/10*).

Ponadto „bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi art. 105 § 1 k.p.a. oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Oznacza to, iż wszystkie elementy badanego stanu prawnego i faktycznego są tego rodzaju, że niepotrzebne jest postępowanie mające na celu wyjaśnienie wszystkich tych okoliczności w sprawie” (zob. *wyrok NSA z dnia 14 października 2010 r., II OSK1581/09*).

Śl. WINB jako organ odwoławczy obowiązany jest orzekać w oparciu o obowiązujący, tj. aktualny w chwili orzekania stan prawny i faktyczny. Podkreślić należy, że zgodnie z zawartą w art. 15 k.p.a. zasadą dwuinstancyjności, istotą postępowania odwoławczego jest ponowne rozpatrzenie sprawy w jej całości przez organ wyższego stopnia. Kontrola instancyjna przeprowadzona przez organ odwoławczy obejmuje zatem zarówno legalność rozstrzygnięcia sprawy przez organ pierwszej instancji jak i dokonaną przez ten organ ocenę stanu faktycznego sprawy. Organ drugiej instancji nie może więc ograniczyć się wyłącznie do kontroli pierwszoinstancyjnego orzeczenia, lecz ma obowiązek rozpatrzenia sprawy w jej całości.

Powyższe oznacza, że organ odwoławczy jest obowiązany ocenić prawidłowość orzeczenia pierwszoinstancyjnego nie tylko w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, lecz także pod kątem przepisów prawa materialnego i procesowego, które mają zastosowanie w sprawie rozstrzygniętej tym orzeczeniem. Dwuinstancyjność postępowania oznacza, że złożenie przez stronę odwołania - zażalenia od decyzji - postanowienia organu pierwszej instancji powoduje, iż sprawa rozpoznawana jest ponownie przez organ odwoławczy (zob. *wyrok NSA z dnia 1 października 2009r., sygn. akt IIFSK 658/08, publ. LEX nr 532803*).

Na wstępie należy zauważyć, że organy administracji publicznej obowiązane są zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej wyrażoną w art. 7 k.p.a. podjąć wszelkie kroki niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy mając na względzie interes społeczny i słuszny interes strony. Oznacza to, że trafność rozstrzygnięcia w każdej

indywidualnej sprawie wymaga szczegółowego zbadania i rozważenia argumentów, które stanowiłyby podstawę do podjęcia konkretnego rozstrzygnięcia. Wydając decyzję organy są zobowiązane do przestrzegania przepisów procedury administracyjnej, a zatem zobowiązane są do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy tj. wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia całego materiału dowodowego zgodnie z przepisem art. 77 § 1 k.p.a., a następnie do uzasadnienia decyzji z zastosowaniem wymogów określonych w przepisie art. 107 § 3 k.p.a. A to z kolei zapewnia realizację zasady wyjaśniania zasadności przesłanek wyrażoną w art. 11 k.p.a.

Przede wszystkim nadmienić należy, że PINB dla miasta Rybnika prawidłowo zakwalifikował wykonane roboty jako rozbudowę obiektu budowlanego.

W tym miejscu Śl. WINB winien przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 czerwca 2013 r. (II OSK 498/12), w którym sąd stwierdził, iż „dostrzegając zarówno złożoność problemu prawnego jak i rozbieżność orzecznictwa sądowego Naczelny Sąd Administracyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę uznał, że przedmiotem postępowania jest obiekt budowlany w postaci budowli stanowiącej całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, na realizację której konieczne było uzyskanie pozwolenia na budowę. Definiując budowlę jako obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury oraz wskazując przykładowo rodzaje takich obiektów, wśród których ustawa inymienia między innymi loolno stojące maszty antenowe (art. 3 pkt 3 p.b.), ustawodawca inwestycję tę powiązał z przepisem art. 3 pkt 1 lit. b p.b. Zgodnie z tym ostatnim przepisem obiektem budowlanym jest budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. Naczelny Sąd Administracyjny przekonująco wykazał między innymi w wyrokach z dnia 25 listopada 2008 r., sygn. akt U OSK 1458/07 i z dnia 3 lutego 2012 r., II OSK 191/11, że stacja bazowa telefonii komórkowej stanowi całość techniczno-użytkową składającą się z szeregu elementów, które nie mogą działać oddzielnie. Zrealizowana inwestycja, której dotyczy zaskarżona decyzja, składa się nie tylko z masztów z antenami zainstalowanymi na dachu budynku, lecz i z urządzeń technicznych funkcjonalnie związanych z tymi urządzeniami umieszczonych wewnątrz tego budynku. Zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane (Dz. U. Nr 219 poz. 1864 ze zm.), telekomunikacyjnymi obiektami budowlanymi są, m.in., kanalizacja kablowa, maszty i konstrukcje wsporcze, kontenery komunikacyjne i szafy kablowe. Zrealizowana przez skarżącą spółkę inwestycja nie mogła być uznana za urządzenie zainstalowane na dachu budynku, gdyż stanowiła ona całość techniczno-użytkową składającą się z szeregu elementów umieszczonych zarówno na budynku jak i wewnątrz jego. Należało uznać ją więc za budowlę, a więc obiekt budowlany, której realizacja musi być - z zasady - poprzedzona uzyskaniem pozwolenia na budowę (art. 28 ust. 1 w zw. z art. 3 pkt 7 p.b.). Skoro zaś sporna budowa została zrealizowana bez pozwolenia na budowę, to trafnie zastosowano do niej procedurę z art. 48 p.b.”.

Zakres prac, jakie zgodnie z Prawem budowlanym, powinny zostać wykonane przy realizacji określonego przedsięwzięcia (np. instalacji telefonii komórkowej) zawsze wynikają z konkretnej, ściśle zindywidualizowanej sytuacji, która będzie z kolei kreowała wielkość danego urządzenia, jak i sposób oraz miejsce jego realizacji. Dokonując, zatem kwalifikacji prawnej, czy dane roboty budowlane wymagają pozwolenia na budowę, czy jedynie zgłoszenia, nie można czynić tego automatycznie, niezależnie od szczegółowych, technicznych założeń projektu przedstawionego przez inwestora, przyjmując, że w każdym przypadku instalacja urządzenia na obiekcie budowlanym podlega zgłoszeniu (zob. wyroki NSA z dnia 1 października 2009 r. II OSK 1461/08; z dnia 16 czerwca 2010 r. II OSK 1034/09; z dnia 26 sierpnia 2010 r. II OSK 1297/09 oraz z dnia 24 listopada 2010 r., II OSK 1660/10).

W toku postępowania wyjaśniającego inwestor sformułował tezę, zgodnie z którą instalowanie urządzeń telefonii komórkowej o wysokości powyżej 3 metrów na obiektach budowlanych, nie należących do przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko, wymagało jedynie zgłoszenia (art. 30 ust 1 pkt 3 lit. b Prawa budowlanego). Należy mieć na uwadze, że nieobjęcie ostatniej ww. kategorii robót budowlanych obowiązkami uzyskania pozwolenia ani dokonania zgłoszenia także nie oznacza, że roboty te mogą w jakikolwiek sposób uchylać się od rygorów Prawa budowlanego. Każde roboty budowlane powinny być bowiem wykonywane zgodnie z przepisami i to nie zależnie od tego czy chodzi o roboty uwarunkowane uprzednim uzyskaniem pozwolenia, dokonania zgłoszenia czy roboty budowlane zwolnione z tego wymogu.

Nadto wskazać trzeba, że art. 30 ust 1 pkt 3 lit. b prawa budowlanego dotyczy prac kwalifikowanych na podstawie art. 3 pkt 7 jako roboty budowlane, które polegają na „instalowaniu” urządzeń o wysokości powyżej 3 m. Prawo budowlane nie definiuje pojęcia „instalowanie”. Odwołując się do zawartego w słowniku języka polskiego (zob. *Słownik języka polskiego PWN A-K, Warszawa 2002, str. 745*) znaczenia czasownika „instalować”, od którego pochodzi rzeczownik „instalowanie”, wskazać należy, że przez to pojęcie rozumieć należy zakładanie, montowanie jakiegoś urządzenia technicznego. „Założyć” to natomiast „umieścić coś gdzieś, w czymś, na czymś, umocować; położyć coś na czymś; nałożyć, włożyć”, zaś „montować” to „składać, zespać (...); ustawiać, zakładać, umocowywać (...)” (zob. odpowiednio *Słownik języka polskiego PWN R-Z, Warszawa 2002, str. 864* oraz *Słownik języka polskiego PWN L-P, Warszawa 2002, str. 199*).

W orzecznictwie ponadto podkreśla się, że „poza sporem pozostaje kwestia, iż budowa stacji bazowej telefonii komórkowej jest budową obiektu wymagającą uzyskania pozwolenia na budowę. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest konieczność przyjęcia, iż dokonywanie zmian w takim obiekcie należy oceniać każdorazowo przez pryzmat zmian, z jakimi przepisy prawa budowlanego łączą określone obowiązki. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której inwestor zastępuje dotychczasowe anteny nowymi antenami, a ponadto zwiększają ilość dotychczasowych anten. Jeżeli w wyniku takiej zmiany dochodzi do zmiany parametrów obiektu, to mamy do czynienia z przebudową lub rozbudową stacji bazowej, a nie z montażem urządzeń na istniejącym obiekcie budowlanym. Ponadto zmiana parametrów technicznych i użytkowych może powiększyć obszar oddziaływania na środowisko. Rozbudowa istniejącej stacji bazowej telefonii komórkowej polegająca na wymianie niektórych jej elementów, które nie są identyczne z dotychczasowymi stanowi nowe przedsięwzięcie. To z kolei powoduje konieczność zbadania, czy jest ono zgodne z porządkiem planistycznym. Nie ma przy tym znaczenia, że nowe anteny umieszczane są na tym samym obiekcie (por. m.in. wyroki NSA z dnia 16 września 2008 r., sygn. akt II OSK 1036/07, z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II OSK 1376/08, z dnia 15 października 2009 r., sygn. akt II OSK 1581/08)”.

Naczelny Sąd Administracyjny, wskazał, iż „rozbudowa istniejącej stacji bazowej telefonii komórkowej polegająca na wymianie niektórych jej elementów, które nie są identyczne z dotychczasowymi i będą wytwarzać promieniowanie o dużo większej mocy, emitując szkodliwe promieniowanie - stanowi nowe przedsięwzięcie, wobec czego należy badać, czy jest ono zgodne z zapisami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a nie ma przy tym znaczenia, że nowe anteny umieszczane są na istniejącym już maszcie” (zob. wyrok NSA z dnia 16 września 2008 r. II OSK 1036/07; wyrok NSA z dnia 19 lipca 2012 r., II OSK 630/11). W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której inwestor zwiększa ilość dotychczasowych anten. Jeżeli w wyniku takiej zmiany dochodzi do zmiany parametrów obiektu, to mamy do czynienia z przebudową lub rozbudową stacji bazowej, a nie z montażem urządzeń na istniejącym obiekcie budowlanym. Ponadto zmiana parametrów technicznych i użytkowych może powiększyć obszar oddziaływania na środowisko. Rozbudowa istniejącej stacji bazowej telefonii komórkowej polegająca na wymianie niektórych jej elementów, które nie są identyczne z dotychczasowymi stanowi

nowe przedsięwzięcie. To z kolei powoduje konieczność zbadania, czy jest ono zgodne z porządkiem planistycznym. Nie ma przy tym znaczenia, że nowe anteny umieszczone są na tym samym obiekcie (zob. m.in. wyroki NSA z dnia 16 września 2009 r., II OSK 1376/08, z dnia 15 października 2009 r., II OSK 1581/08; wyrok WSA w Głwicach z dnia 30 czerwca 2010 r., II SA/Gl 86/10).

Reasumując, Śl. WINB wyjaśnia, że przez rozbudowę należy rozumieć zmianę charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego wskazanych przykładowo w art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego. Wykonywanie innych robót budowlanych, w wyniku których następuje wprowadzenie zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, lecz nie obejmuje ona charakterystycznych parametrów jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, stanowi przebudowę obiektu budowlanego. Efektem budowy (a więc i rozbudowy obiektu) jest zawsze powstanie nowej substancji budowlanej.

W toku postępowania ponownego, organ powiatowy weźmie pod uwagę kwestie, na które zwraca uwagę Skarżące Stowarzyszenie, w tym m.in. konieczność ustalenia jaka na danym terenie może być dopuszczalna maksymalna wysokość zabudowy (z wykazaniem, iż osie głównych wiązek promieniowania wystąpią na wysokościach nie możliwych do zabudowy), podania mocy anten radioliniowych z określeniem czy wejdą w superpozycję z antenami sektorowymi, podania metody obliczeniowej oraz określenia jej maksymalnego błędu, podania maksymalnych tiltów możliwych do uzyskania dla danej anteny czy mocy EIRP anten objętych analizą. W tym zakresie organ może posiłkować się dobrodziejstwem art. 81c Prawa budowlanego.

Tut. organ stoi na stanowisku, iż oceniając czy oś główna wiązki promieniowania danej anteny sektorowej narusza miejsca dostępne dla ludności nie można tylko i wyłącznie oceniać pod kątem istniejącej zabudowy, ale także trzeba mieć na uwadze czy dana stacja bazowa emitująca pola elektromagnetyczne znajduje się w miejscu wysoko, czy też nisko zurbanizowanym, należy także uwzględnić możliwość dopuszczalnej zabudowy zgodnie z miejscowym porządkiem planistycznym i przepisami prawa. Wskazać bowiem należy, iż zasadą jest, że każdy ma prawo, w granicach określonych ustawą, do zagospodarowania terenu, do którego ma tytuł prawny, zgodnie z warunkami ustalonymi w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy, jeżeli nie narusza to chronionego prawem interesu publicznego oraz osób trzecich (art. 6 ust. 2 pkt 1 u.p.z.p.). Osoba uprawniona do nieruchomości może ją zagospodarować w zakresie obowiązującego prawa w sposób dowolny. Musi co prawda uczynić to zgodnie z wymogami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy, ale postanowienia w niej zawarte stanowią konkretyzację przepisów.

Zasada wolności budowlanej, jako prawo do zabudowy, ma dwa aspekty: cywilnoprawny i publicznoprawny. W aspekcie cywilnoprawnym prawo zabudowy jest pochodną prawa własności nieruchomości (ewentualnie innego prawa majątkowego o charakterze rzeczowym lub nawet obligacyjnym, w którym mieści się "prawo dysponowania nieruchomością na cele budowlane"), można więc przyjąć, że pośrednio zakotwiczone jest w art. 64 Konstytucji, gwarantującym "prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia" (ust. 1), równą dla wszystkich ochronę prawną (ust. 2) oraz dopuszczającym ograniczenie własności "tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności" (ust. 3). Trybunał Konstytucyjny - trafnie zaznaczając, że prawo własności stanowi najszerze przedmiotowo (zawierające otwarty katalog uprawnień właścicielskich) i najsilniejsze prawo do rzeczy, skuteczne erga omnes, i powołując się na art. 140 k.c. - przyjmuje jednak klasyczną konstrukcję, że właściciel może czynić z rzeczą wszystko, z wyjątkiem tego, co zakazane; co jednak istotniejsze, twierdzi, że:

"art. 140 k.c. wymienia jedynie podstawowe uprawnienia składające się na prawo własności, które jednakże nie wyczerpują jego treści, obejmujące m.in. - w odniesieniu do nieruchomości - uprawnienie do jej zabudowania" (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2011 r., sygn. Kp 7/09; OTK-A 2011/3/26). W tym samym orzeczeniu TK zauważa również, że granice prawa własności wynikają zarówno z norm prawa cywilnego (stanowiącego część prawa prywatnego), jak i z prawa administracyjnego (stanowiącego część prawa publicznego). W odniesieniu do prawa zabudowy - składowej prawa własności nieruchomości - można wręcz stwierdzić, że kształtowane jest ono przede wszystkim przez prawo publiczne. Normy administracyjnoprawne wyznaczające granice prawa własności nieruchomości gruntowej zawarte są głównie w przepisach z zakresu szeroko pojętego prawa budowlanego (wraz z przepisami techniczno-budowlanymi) oraz przepisach o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a także w aktach prawnych dotyczących ochrony: przyrody, środowiska, gruntów rolnych i leśnych i zabytków, jak również w prawie wodnym, geologicznym i górniczym. Znaczna część tych przepisów odnosi się wyłącznie lub głównie do sposobu korzystania z prawa własności nieruchomości, ponieważ każde ograniczenie prawa zabudowy jest pośrednio ograniczeniem prawa własności nieruchomości (*wyrok WSA tu Gliwicach z dnia 29 lipca 2015 r., II SA/GI 396/15, CBOSA*).

Wskazać także należy, iż potencjalni inwestorzy mają prawo budować budynki mieszkalne, które niewątpliwie są miejscami dostępnymi dla ludności, tak aby czuli się bezpiecznie, co najważniejsze nie mają oni obowiązku za każdym razem, gdy planują inwestycję (taką która oczywiście nie oddziałuje negatywnie na środowisko) sprawdzać, czy aby w jej zasięgu nie przebiega oś głównej wiązki promieniowania jakiejś anteny emitującej pola elektromagnetyczne. Oczywistym wydaje się w ocenie organu odwoławczego, iż obowiązek zapewnienia takiego kierunku wiązki, aby nie naruszał miejsc dostępnych dla ludności spoczywa na inwestorze danej stacji bazowej, na której znajdują się anteny. Jeżeli kierunki takie trudno, z uwagi na dopuszczalne przeznaczenie gruntów sąsiednich i stan ich możliwej zabudowy, wyznaczyć należy przyjąć, iż inwestycja taka jest przedsięwzięciem mogącym oddziaływać na środowisko, która dla swego isfHl5niar-wyooaga sporządzenia raportu 0 oddziaływaniu na środowisko. Za takim a nie innym stanowiskiem przemawia także nowe brzmienie definicji legalnej obszaru oddziaływania obiektu, wprowadzonej do obrotu prawnego ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 27 marca 2015 r.), zgodnie z której treścią przez obszar oddziaływania obiektu należy rozumieć teren wyznaczony w otoczeniu obiektu budowlanego na podstawie przepisów⁷ odrębnych, wprowadzających związane z tym obiektem ograniczenia w zagospodarowaniu, w tym zabudowy, tego terenu. W aktach sprawy (karta nr 70), znajduje się mapa o nazwie: Tytuł rysunku: zasięg obszarów o gęstości mocy > 0,1 [W/m²], z której wynika zasięg wrw. wiązki. Niewątpliwie także pole elektromagnetyczne rozciąga się na działki sąsiednie, zarówno zabudowane, jak 1niezabudowane.

W świetle powyższego w ocenie Śl. WINB ograniczanie badania miejsc dostępnych dla ludności tylko pądem kątem istniejącej zabudowy, ignorując przy tym zasadę wolności budowlanej wyrażonej w art. 4 Prawa budowlanego, stałoby w sprzeczności z najwyższym stojącym z hierarchii źródeł prawa aktem - Konstytucją RP. Stanowisko to w ocenie organu w pełni uzasadnia konieczność przeprowadzenia postępowania naprawczego w stosunku do przedmiotowych robót budowlanych.

W ponownie prowadzonym postępowaniu należy ustalić, czy przedmiotowa inwestycja zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko z dnia 9 listopada 2010 r. (Dz. U. Nr 213, poz. 1397) zalicza się do przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko, a tym samym wymaga

zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

Ponadto, co jest istotne z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, lokalizacja anten sektorowych może w każdej chwili ulec zmianie, przy czym nie wymaga to większych nakładów pracy po stronie inwestora, podobnie może ulec zmianie moc dla poszczególnych anten (przynajmniej jedna taka zmiana miała miejsce). Okoliczność ta wraz z miejscem posadowienia stacji bazowej w terenie, gdzie dominuje zwarta zabudowa mieszkaniowa (na takiej a nie innej wysokości) sprawia, iż badanie takie jest konieczne z punktu widzenia ochrony takich wartości jak zdrowie ludzkie, czy dbałości o środowisko.

W świetle powyższych okoliczności należy dojść do wniosku, iż umorzenie postępowania będzie mogło mieć miejsce w sytuacji, gdy organ prowadzący postępowanie dokona oceny zgodności przedmiotowej inwestycji (montażu 6 anten sektorowych) z przepisami ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, co w konsekwencji może skutkować koniecznością uzyskania od Inwestora przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko w myśl tej ustawy.

Zgodnie z art. 28 Prawa budowlanego stronami w postępowaniu w sprawie pozwolenia na budowę są: inwestor oraz właściciele, użytkownicy wieczystości lub zarządcy nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania obiektu. Pojęcie obszaru oddziaływania inwestycji nie jest tożsame z pojęciem "miejsc dostępnych dla ludności", o jakich mowa w art 124 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (DZ.U. z 2013 r, poz.1232). Nie jest zatem uzasadnione twierdzenie organu I instancji, że skoro przestrzeń, w której ma znajdować się pole elektromagnetyczne o poziomie przekraczającym określony przepisami wskaźnik, nie jest dostępna dla lud^{ci}, to właściciele nieruchomości znajdujących pod tą przestrzenią, nie są zainteresowani w sprawie. Źródłem bowiem interesu prawnego tych osób jest prawo własności nieruchomości, które nie ogranicza się li tylko do powierzchni gruntu, lecz rozciąga się w przestrzeni nad nią. W wyroku z dnia 13 listopada 2014 r. sygn. akt II OSK 1016/13 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, „że to, iż przepisy techniczne odnoszą się do badania wskaźnika gęstości mocy promieniowania elektromagnetycznego tylko w miejscach dostępnych dla ludzi (co ma miejsce na pewnej wysokości nad powierzchnią gruntu), nie znosi prawa właściciela takiej nieruchomości do udziału w postępowaniu mającym na celu ustalenie, czy rzeczywiście promieniowanie to nie naruszy jego interesu prawnego wynikającego m.in. z prawa własności. Zadaniem organów administracji jest ustalenie, czy w postępowaniu związanym z budową urządzeń, które będą emitowały promieniowanie nie jest naruszony interes prawny podmiotów nad których nieruchomością gruntową występuje emisja promieniowania o wartościach określonych w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz. U. z 2010 r. Nr 213, poz. 1397), to zaś uzasadnia legitymację procesową do udziału w postępowaniu dla podmiotów posiadających prawo własności lub użytkowania wieczystego, których interes prawny w takim postępowaniu może zostać naruszony”.

Należy tutaj podkreślić, iż organ odwoławczy nie jest uprawniony do samodzielnego ustalenia ww. kwestii i przeprowadzenia *de facto* całego postępowania legalizacyjnego bowiem, takie działanie nie stanowiłoby zgodnie z art. 136 k.p.a. dodatkowego postępowania w celu uzupełnienia materiałów w sprawie, lecz w istocie zastępowałoby dowody zgromadzone w postępowaniu przed organem I instancji i w związku z tym naruszałoby zasadę dwuinstancyjności oraz pozbawiałoby strony przysługujących im praw. Czyniąc zadość zapatrywaniom orzecznictwa sądowo-administracyjnego (*zob. wyrok SN z*

dnia 9 czerwca 1999r. III RN 7/99), uznać także trzeba, że zastosowanie przez organ II instancji w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym instytucji z art. 136 k.p.a. celem dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, umożliwiającego wydanie rozstrzygnięcia merytorycznego, nie byłoby zasadne, bowiem zasada szybkości postępowania wymaga w tym przypadku działania przez organ, którego miejsce siedziby predysponuje go do podejmowania działań wartkich, dających gwarancję niezbędnej koncentracji materiału dowodowego.

Ze względu na fakt, iż niedopuszczalnym było wydanie w niniejszym przypadku decyzji o umorzeniu postępowania, należało w trybie art 138 § 2 k.p.a. uchylić zaskarżoną decyzję i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania.

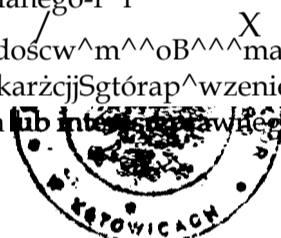
Podsumowując powyższe rozważania, należało orzec jak w sentencji.

Niniejsza decyzja jest ostateczna.

Pouczenie:

Na niniejszą decyzję przysługuje stronom - stosownie do przepisów art. 50 - 54 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153 z 2002 r. poz. 1270) - skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, w terminie 30 dni od daty doręczenia, za pośrednictwem Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego-rⁱ*

Skarga powinna czynić zadość w^m ob^o ma w postępowaniu sądowym, a ponadto zawierać wskazanie zaskarżonej sprawy i wzmiankę o organie, którego skarga dotyczy; określenie naruszenia prawa lub interesu prawnego



Złup Śląskiego Wojewódzkiego
Inspektora Nadzoru Budowlanego

Sebastian Zmuda
MACIEJ CZAJKOWSKI
ORZECZNICTWA ADMINISTRACYJNEGO

Otrzymują:

1. PINB dla miasta Rybnika + akta
2. OSPE „Prawo do żyda”, ul. Bracka 16A, 44-251 Rybnik
3. Orange Polska S.A. na ręce pełnomocnika radcy prawnego Pana Grzegorza Chycki, Kancelaria Radców Prawnych Grzegorz Chycki, Maciej Czajkowski s.c., ul. Warszawska 31/65, 40-010 Katowice
4. UM w Rybniku, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik
5. a/aJT/RPW/804/2016

Projekt sporządziła główny specjalista WOA Joanna Teżyk