



**FUNDACJA
BATOREGO**

IM. STEFANA

ul. Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa
tel. 22 536 02 00
fax 22 536 02 20
batory@batory.org.pl
www.batory.org.pl



Projekt
finansowany
przez Komisję
Europejską



Warszawa, 9 maja 2019

Szanowny Pan
Ireneusz Merchel
Prezes Zarządu
PKP Polskie Linie Kolejowe

Szanowny Panie Prezesie,

8 listopada 2016 r. podpisaliśmy z Państwem porozumienie o prowadzeniu wspólnie Paktu Uczciwości. Na jego mocy eksperci Fundacji Batorego, wspierani przez konsultantów, prowadzą społeczny monitoring inwestycji „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa-Zawiercie” współfinansowanej przez Unię Europejską. Podpisując Pakt wszystkie strony zobowiązały się do realizacji jego celów tj. zapewnienia prawidłowego, zgodnego z prawem wydatkowania środków unijnych, zabezpieczenia ich przed nadużyciami i korupcją, zwiększania przejrzystości ich wydatkowania i budowania dobrej reputacji zamawiających oraz wykonawców. Głównym zadaniem Fundacji jako społecznego obserwatora jest identyfikacja i sygnalizowanie problemów, które mogłyby uniemożliwić realizację tych celów.

Mając to na uwadze, chcemy Pana zawiadomić o podejrzeniu zaistnienia poważnej nieprawidłowości w realizacji inwestycji objętej Paktem Uczciwości. Jej skutkiem może być utrata dofinansowania ze środków unijnych oraz konsekwencje karne w stosunku do osób realizujących inwestycję. Z pozyskanych przez nas informacji, potwierdzonych dodatkowo sporządzoną na nasze zamówienie opinią prawną (którą załączamy do niniejszego pisma) wynika, że przy realizacji monitorowanej przez nas inwestycji doszło do naruszenia przepisów prawa krajowego, a konkretnie art. 29 ust 3 ustawy prawo budowlane.

We wrześniu 2018 r. na odcinku nr 1 (229, 300 km- 247,500 km) i 3 (260,400 km-273,300 km) projektu modernizacji linii kolejowej między Częstochową a Zawierciem wykonawca ZUE S.A. rozpoczął roboty budowlane bez wcześniejszego uzyskania pozwoleń na budowę. Tymczasem, zgodnie z art. 29 ust 3 ustawy Prawo budowlane uzyskanie takiego pozwolenia jest obowiązkowe dla przedsięwzięć, które wymagają przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, a do takich zalicza się monitorowana inwestycja. Prace budowlane wykonawca rozpoczął za wiedzą i zgodą PKP PLK, które zgodziło się ze stanowiskiem Inżyniera Projektu, że wystarczające do prowadzenia prac jest zgłoszenie wykonywania robót, a następnie wtórne uzyskanie przez Wykonawcę pozwoleń na budowę. Pierwsze tego rodzaju pozwolenie, na wykonanie odcinka nr 1, Wojewoda Śląski wydał 27 marca br., kiedy prace na tym odcinku były realizowane już od kilku miesięcy na podstawie zgłoszenia.

Prace na wymienionych odcinkach rozpoczęły się bez konsultacji z Centrum Unijnych Projektów Transportowych. Fundacja Batorego jako strona Paktu została o nich poinformowana już po ich rozpoczęciu. Od tego czasu, czyli od września ub.r., przy okazji cyklicznych spotkań w ramach realizacji Paktu, przedstawiciele Fundacji kilkakrotnie zwracali uwagę, że takie postępowanie może być niezgodne z prawem. Swoje wątpliwości przedstawili m.in. w piśmie do dyrektora Projektu PKP PLK z dn. 22 listopada 2018 r., podczas spotkania kwartalnego dotyczącego realizacji Paktu w dn. 11 grudnia 2018 r., a także w korespondencji mailowej z przedstawicielem Biura Ochrony Środowiska PKP PLK z dn. 13 marca 2019 r. Jak dotąd reakcje na interwencje wskazujące na ryzyko naruszenia prawa zarówno ze strony PKP PLK jak i Wykonawcy trudno uznać za satysfakcjonujące. Także argumenty prawne przedstawiane przez Wykonawcę o możliwości prowadzenia robót jedynie w oparciu o zgłoszenie są wątpliwe.

Ponadto, o realizowaniu robót budowlanych w ramach monitorowanej inwestycji jak i w innych inwestycjach bez odpowiednich zezwoleń informowaliśmy także Ministra Inwestycji i Rozwoju (w piśmie z dn. 15 listopada 2018 r. i wniosku z dn. 26 marca 2019 r.).

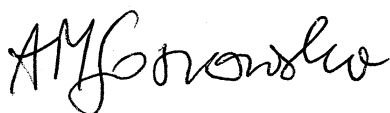
Załączona opinia prawna i przeprowadzone przez nas dodatkowe konsultacje ze specjalistami w naszej ocenie nie pozostawiają wątpliwości, że opisane wyżej postępowanie jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo budowlane, a ponieważ zgodność wydatku z przepisami prawa krajowego jest jednym z warunków uznania go za koszt kwalifikowany, konsekwencją tego stanu rzeczy może być utrata dofinansowania ze środków unijnych. Ponadto przesłanki do uznania poniesionych kosztów za niekwalifikowalne, jak i do zastosowania innych sankcji – w tym z kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń – związanych z prowadzeniem robót budowlanych bez odpowiednich zezwoleń, nie ustaną po wydaniu pozwolenia na budowę *ex post*.

W związku z powyższym, wykonując nasz obowiązek jako społecznego obserwatora, zwracamy się do Pana Prezesa z prośbą o ustosunkowanie się do zidentyfikowanego przez nas problemu naruszenia przepisów prawa budowlanego przy realizacji objętej Paktem inwestycji oraz przedstawienie działań naprawczych, które umożliwią wykonywanie prac zgodnie z prawem. Zgodnie z § 3 ust. 1 Paktu, prosimy o odpowiedź na nasze pismo w terminie 10 dni roboczych od daty jego otrzymania.

Jednocześnie chcemy podkreślić, że dotychczas, poza problemami mniejszej wagi, wykonanie postanowień Paktu przebiegało bez zastrzeżeń. Realizacja pilotażu w Polsce jest bacznie obserwowana przez Komisję Europejską i przedstawiana jako wzór dla innych państw, w których testowane są pakiety.

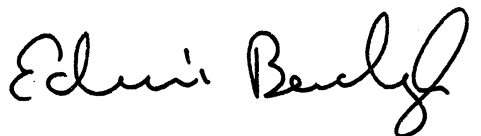
Kopię niniejszego pisma przesyłamy do wiadomości Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju, które rekomendowało objęcie inwestycji „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa-Zawiercie” Paktem Uczciwości i jest dla niej instytucją zarządzającą.

Z poważaniem,



Anna Materska-Sosnowska

Członkini Zarządu Fundacji im. Stefana Batorego



Edwin Bendyk

Członek Zarządu Fundacji im. Stefana Batorego

Załączniki:

1. Opinia prawna z 22 marca 2019 r.

Do wiadomości:

1. Renata Krok, dyrektor Projektu, PKP PLK S.A.;
2. Marcin Szymański, zastępca dyrektora Departamentu Programów Infrastrukturalnych w Ministerstwie Inwestycji i Rozwoju;
3. Artur Wiczorek, dyrektor Kontraktu, ZUE S.A.



Olsztyn, dnia 22 marca 2019 r.

OPINIA PRAWNA

I. Przedmiot opinii.

Prowadzenie robót budowlanych w ramach realizacji zamówienia publicznego na Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POLiŚ 5.2-6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”.

II. Podstawa prawna opinii.

- a) Ustawa z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 1202 ze zm.),
- b) Ustawa 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 (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 2081 ze zm.),
- c) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (t.j. Dz. U. z 2016r., poz. 71).

III. Wymóg uzyskania pozwolenia na budowę. Analiza.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (dalej PrBud) określają:

- jakie inwestycje wymagają pozwolenia na budowę,

Strona 1 | 22

- jakie inwestycje wymagają zgłoszenia,
- jakie prace nie podlegają pod ustawę PrBud.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 PrBud: *„roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art. 29-31”*. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż inwestycję co do zasady można rozpocząć jedynie na podstawie pozwolenia na budowę. Od powyższej zasady są jednak wyjątki przewidziane w art. 29-31 PrBud.

W art. 29 PrBud wymieniono jako wyjątek inwestycje, które nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę. Istotny dla toku niniejszej sprawy jest fakt, iż w ust. 2 pkt 12 powyższego przepisu ustawodawca przewidział, iż pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na przebudowie dróg, torów i urządzeń kolejowych. Bez wątplenia prowadzona inwestycja dotyczy przebudowy torów i urządzeń kolejowych. Stosownie jednak do art. 30 ust. 1 pkt 2 PrBud wykonywanie robót budowlanych, o których mowa w art. 29 ust. 2 pkt 1b, 6, 9 oraz 11-12a PrBud wymaga zgłoszenia właściwemu organowi administracji architektoniczno-budowlanej. Należy jednak zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 29 ust 3 PrBud: *„pozwolenia na budowę wymagają przedsięwzięcia, które wymagają przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, oraz przedsięwzięcia wymagające przeprowadzenia oceny oddziaływania na obszar Natura 2000, zgodnie z art. 59 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”*.

W dalszej kolejności wskazać należy, iż Ustawodawca przewidział, że przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wymaga realizacja następujących planowanych przedsięwzięć, mogących znacząco oddziaływać na środowisko:

- 1) planowanego przedsięwzięcia mogącego zawsze znacząco oddziaływać na środowisko;
- 2) planowanego przedsięwzięcia mogącego potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko, jeżeli obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko został stwierdzony na podstawie art. 63 ust. 1 PrBud.

Przedsięwzięcia mogące znacząco oraz potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko zostały zawarte w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko.

W przedmiotowym rozporządzeniu stwierdzono, iż linie kolejowe i urządzenia do przeładunku w transporcie intermodalnym, inne niż wymienione w § 2 ust. 1 pkt 29, oraz mosty, wiadukty lub tunele liniowe w ciągu dróg kolejowych, a ponadto bocznice z co najmniej jednym torem kolejowym o długości użytecznej powyżej 1 km zalicza się do przedsięwzięć mogących potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko (§3 ust. 1 pkt 58 w/w rozporządzenia).

Obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko dla planowanego przedsięwzięcia mogącego potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko stwierdza, w drodze postanowienia, organ właściwy do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Zgodnie z brzmieniem art. 61 ust. 1 pkt 1 PrBud ocenę oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko przeprowadza się w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Według posiadanej przez Opiniującego wiedzy, dla przedmiotowej inwestycji Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Katowicach w postępowaniu w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wydał w dniu 9 września 2016 r. postanowienie, znak: WOOŚ.4201.1.2016.AS2.16, w którym nałożył obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko dla niniejszej inwestycji.

Konkludując wskazać należy, iż prowadzona inwestycja wymaga obligatoryjnie uzyskania pozwolenia na budowę, gdyż jest inwestycją objętą regulacją art. 29 ust. 3 PrBud. Regulacja ta prowadzi do powrotu do zasady ogólnej wynikającej z art. 28 ust. 1 PrBud – obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę.

Zwrócić uwagę należy, iż PrBud nie przewiduje możliwości formalnego podziału większego zamierzenia inwestycyjnego i stosowania do tak wydzielonych części odmiennych przepisów prawa, dotyczących pozwolenia na budowę lub zgłoszenia. Gdy więc przewidywane w złożonym przez inwestora na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 2 PrBud zgłoszeniu roboty budowlane stanowią element szerszego zamierzenia inwestycyjnego, którego realizacja wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, organ winien wnieść sprzeciw wobec zamiaru

wykonania tych robót na podstawie zgłoszenia (art. 30 ust. 6 pkt 1 PrBud). Stosownie zaś do art. 30 ust. 6 pkt 1 PrBud, właściwy organ wnosi sprzeciw, jeżeli zgłoszenie dotyczy budowy lub wykonywania robót budowlanych objętych obowiązkiem uzyskania pozwolenia na budowę¹. W aktualnym stanie prawnym organ winien ocenić, czy prace budowlane objęte zamierzeniem inwestycyjnym mogą znacząco oddziaływać na środowisko, czy też nie ma takiego zagrożenia. W pierwszym przypadku obowiązkiem organu jest zgłosić sprzeciw na podstawie art. 30 ust. 6 pkt 1 w związku z art. 29 ust. 3 PrBud. W drugim przypadku - projektowane instalacje nie mogą znacząco oddziaływać na środowisko - brak podstaw do zgłaszania sprzeciwu. Oceny przedsięwzięcia w tym zakresie organ winien dokonywać samodzielnie, poprzez weryfikację zgłoszenia i załączonej do niego dokumentacji z zapisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2004 r. w sprawie określenia rodzajów przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko oraz szczegółowych uwarunkowań związanych z kwalifikowaniem przedsięwzięcia do sporządzenia raportu o oddziaływaniu na środowisko (*przypis autora: przywołane Rozporządzenie nie obowiązuje już w aktualnym porządku prawnym, zostało zastąpione Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko, a jego przywołanie w przedmiotowej opinii wynika z orzeczenia WSA w Krakowie z dnia 15 marca 2013 r., sygn. akt I SA/Kr 64/13*). W sytuacji kiedy zgłoszenie nie zawiera danych umożliwiających organowi dokonanie takiej oceny, winien on wydać postanowienie o uzupełnieniu zgłoszenia w trybie art. 30 ust. 2 ustawy PrBud. Nieuzupełnienie przez wnioskodawcę w określonym terminie zgłoszenia uprawnia organ do wydania sprzeciwu wobec zamierzenia inwestycyjnego. Nic nie zwalnia jednak organu od podjęcia tych czynności, tj. oceny zgłoszenia także w zakresie możliwości jego oddziaływania na środowisko, a w razie konieczności, wydania postanowienia o uzupełnieniu zgłoszenia. Organ może zgłosić sprzeciw jedynie wtedy, gdy stwierdza, iż zamierzone przedsięwzięcie może znacząco oddziaływać na środowisko lub inwestor nie uzupełnił zgłoszenia, po wcześniejszym wydaniu przez organ postanowienia w trybie art. 30 ust. 2 ustawy PrBud².

Zwrócić uwagę należy, że nie tylko "rozpoczęcie", ale także "prowadzenie", i to na każdym etapie, robót budowlanych, wymaga posiadania przez inwestora wykonalnej decyzji administracyjnej – pozwolenia na budowę. Rozpoczęcie robót budowlanych w rozumieniu przepisu art. 28 PrBud następuje z chwilą podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy

¹ por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocław z dnia 21 maja 2014r., sygn. akt II SA/Wr 109/14.

² por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kraków z dnia 15 marca 2013 r., sygn. akt I SA/Kr 64/13.

(art. 41 ust. 1 PrBud). Prowadzenie tych robót oznacza niewątpliwie proces ciągły, mający na celu realizację zamierzonego obiektu.

Odnosząc się do prezentowanego stanowiska wyrażonego w opinii prawnej z dnia 28 lipca 2018r. dotyczącej podstawy formalnej prowadzenia robót budowlanych w ramach realizacji zamówienia publicznego na Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ 5.2-6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie”, sporządzonej na zlecenie Wykonawcy, Opiniujący nie podzielają prezentowanego w niej stanowiska.

Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach znak: WOOŚ.4201.1.2016.AS2.33 dla przedmiotowej inwestycji została wydana po przeprowadzeniu oceny oddziaływania na środowisko.

W powyższej decyzji stwierdzono m.in., iż: *„tutejszy organ biorąc pod uwagę uwarunkowania zawarte w art. 63 ust.1 cytowanej wcześniej ustawy (...) postanowieniem z 09 września 2016 r. znak: WOOŚ.4201.1.2016.AS2.16 nałożył obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowiska dla przedmiotowego przedsięwzięcia” oraz „Postępowanie w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedmiotowego przedsięwzięcia zostało przeprowadzone z oceną oddziaływania na środowisko”.*

Zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym, *„W dniu 30 marca 2016 r. Inwestor złożył wniosek o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Postanowieniem znak: WOOŚ.4201.1.2016.AS2.16 z dnia 9 września 2016 r. Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Katowicach nałożył obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko (...) Na podstawie ww. raportu Inwestor będzie kontynuował postępowanie w sprawie uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.”*

W analizowanej opinii stwierdzono m. in., że w treści decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nie stwierdzono obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko. Prezentowane stanowisko winno odnosić się do obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji (m.in. decyzji o pozwoleniu na budowę), o których mowa w art. 72 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 3 października 2008 o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko.

W tym miejscu za zasadne należy uznać wskazanie, iż obowiązku oceny oddziaływania na środowisko, o którym mowa w art. 59 ustawy z dnia 3 października 2008 o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko nie można utożsamiać z obowiązkiem przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko, o której mowa w art. 82 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy, tj.: *„W decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, wydawanej po przeprowadzeniu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, właściwy organ: przedstawia stanowisko w sprawie konieczności przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko oraz postępowania w sprawie transgranicznego oddziaływania na środowisko w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji, o których mowa w art. 72 ust. 1 pkt 1, 10, 14 i 18, z zastrzeżeniem pkt 4a i 4b; nie dotyczy to inwestycji w zakresie terminalu”* oraz art. 88 ust. 1 ww. ustawy.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę, iż brak możliwości podziału jednego zamierzenia budowlanego dotyczy sytuacji, gdy realizacja poszczególnych jego części realizowana jest w oparciu o odrębne przepisy tj. niektóre rodzaje robót wymagają pozwolenia na budowę, a dla innych wystarczające jest zgłoszenie. Za takim poglądem opowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 marca 2008 r. (sygn. akt: VII SA/Wa 2121/07), w którym sformułowano tezę, iż prawo budowlane nie przewiduje możliwości formalnego podziału zamierzenia inwestycyjnego i stosowania do tak podzielonych części odmiennych przepisów ustaw dotyczących pozwolenia na budowę lub zgłoszenie. Nie może budzić akceptacji i musi być uznane za naruszenie prawa ewidentne nadużycie instytucji zgłoszenia przez realizację innego obiektu budowlanego wymagającego pozwolenia na budowę³.

Podsumowując powyższe rozważania wskazać należy, iż w ocenie Opiniującego, rozpoczęcie robót winno nastąpić dopiero po uzyskaniu pozwolenia na budowę.

IV. Odpowiedzialność karna z tytułu prowadzenia robót bez odpowiednich zezwoleń.

W rozumieniu art. 90 PrBud odpowiedzialności karnej podlega ten, kto:

1) wykonuje roboty budowlane polegające na wykonaniu lub budowaniu obiektu budowlanego lub jego części bez wymaganego pozwolenia na budowę (art. 48 PrBud),

³Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r., II OSK 2134/15.

- 2) wykonuje roboty budowlane polegające na wykonaniu lub budowaniu obiektu budowlanego lub jego części bez wymaganego zgłoszenia bądź pomimo wniesienia sprzeciwu przez organ administracji architektoniczno-budowlanej (art. 49b PrBud),
- 3) prowadzi roboty budowlane inne niż budowa obiektu budowlanego lub jego części bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia,
- 4) prowadzi roboty budowlane inne niż budowa obiektu budowlanego lub jego części w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska.

Wskazać należy, iż przestępstwo zdefiniowane w art. 90 PrBud określa się potocznie jako samowolę budowlaną. Samowola budowlana jest występkiem, czyli czynem zabronionym zagrożonym grzywną powyżej 30 stawek dziennych, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc (art. 7 § 3 KK).

Jak zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z 1 czerwca 2009 r. (sygn. akt: V KK 447/08), inwestor jest sprawcą tego przestępstwa również wtedy, gdy powierzył komuś wykonywanie robót bez wymaganej decyzji o pozwoleniu na budowę. Jak wskazał Sąd Najwyższy w swojej uchwale z 27 lutego 2001 r. (sygn. akt: I KZP 1/01), zaistnienie omawianego przestępstwa nie jest uzależnione od tego, czy przez właściwy organ nadzoru budowlanego zostało wydane postanowienie o wstrzymaniu robót budowlanych czy też decyzja o rozbiórce obiektu budowlanego lub jego części. Oznacza to, iż organy ścigania oraz sądy nie muszą oczekiwać na ostateczne rozstrzygnięcie organu administracyjnego w przedmiocie wydania nakazu przymusowej rozbiórki lub wstrzymania robót budowlanych. Samodzielnie powinny one ocenić, czy roboty budowlane były wykonywane w warunkach, o których mowa w art. 90 prawa budowlanego.

Nie można pominąć faktu, iż sąd nie jest związany tym, czy w ogóle jest prowadzone postępowanie administracyjne oraz ewentualnie w jakim stadium się ono znajduje. Także organ administracji publicznej (organ nadzoru budowlanego) nie jest związany tym, czy i jakie orzeczenie w odniesieniu do tego samego stanu faktycznego wydał sąd. Postępowania te co do zasady są od siebie niezależne. W wyroku WSA w Krakowie z 19.12.2008 r., II SA/Kr 1058/08, sąd stwierdził, że rozstrzygnięcie kwestii związanych z popełnieniem czynu zabronionego, o którym mowa w art. 90 PrBud w innym postępowaniu niż administracyjne, nie oznacza powagi rzeczy osądzonej. W praktyce najczęściej postępowanie karne jest następstwem postępowania administracyjnego, co wynika z okoliczności, że wyspecjalizowane organy administracji publicznej, posiadające odpowiednią fachową wiedzę o budownictwie, w tym także naruszeń

w danym zakresie, są najlepiej przygotowane do wyprzedzającego przygotowania i rozstrzygnięcia, oczywiście w znaczeniu administracyjnym, podstawowego problemu, czy faktycznie zaistniały samowola budowlana lub czyn określony w art. 50 ust. 1 pkt 2 PrBud. Uprzednie prowadzenie postępowania administracyjnego w omawianym przedmiocie nie stanowi jednak warunku koniecznego do prowadzenia postępowania karnego. W uchwale Sądu Najwyższego z 27 lutego 2001 r., I KZP 1/01, stwierdzono, że odpowiedzialność karna na podstawie art. 90 w zw. z art. 50 ust. 1 pkt 1 PrBud nie jest uzależniona od tego, czy w trakcie wykonywania robót budowlanych zostało wydane przez właściwy organ postanowienie o wstrzymaniu tych robót, lecz od tego, czy były one wykonywane bez wymaganego pozwolenia lub zgłoszenia. W tym samym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 9.12.2016 r., IV KK 398/16, stwierdzając, że prowadzenie robót budowlanych ujętych w art. 30 ust. 1 PrBud bez ich wcześniejszego zgłoszenia (art. 50 ust. 1 pkt 1 PrBud) stanowi występki z art. 90 ust. 1 PrBud, przy czym warunkiem karalności nie jest wydanie przez właściwy organ postanowienia o wstrzymaniu prowadzenia robót.

Przepis art. 90 PrBud ma zastosowanie nie tylko do czynów popełnionych przed wydaniem decyzji na podstawie art. 48 lub 49a PrBud oraz postanowienia na podstawie art. 50 ust. 1 pkt 1 i 2 PrBud, lecz także po ich wydaniu do czynów, które należy ocenić jako ignorowanie zakazów i nakazów organu (nakazu rozbiórki czy wstrzymania robót budowlanych). W wyroku z 25.06.1996 r., V KKN 43/96, Sąd Najwyższy skonstatował, że artykuł 90 PrBud obejmuje kryminalizacją samowolę budowlaną zarówno poprzedzającą decyzje organów nadzoru budowlanego, wydane w myśl art. 48 i 50 ust. 1 pkt 1 lub 2 p.b., jak i dalszą wskutek wykonywania robót budowlanych, pomimo wydanych decyzji o rozbiórce lub wstrzymaniu tych robót. Co istotne, późniejsze zalegalizowanie robót budowlanych wykonanych w warunkach samowoli nie znosi odpowiedzialności karnej za występki określony w art. 90 PrBud⁴.

Na tle stosowania art. 90 pojawia się problem podmiotu będącego jego adresatem. Stanowi on tylko, że odnosi się do „każdego”, jednakże w każdym z konkretnych przypadków, aby postawić zarzut popełnienia czynu określonego w tym przepisie, konieczne jest ustalenie, jaki dany podmiot ma związek z wykonywaniem robót budowlanych w warunkach dotyczących określonych przepisów Prawa budowlanego. Można stwierdzić, że w zależności od sytuacji tym

⁴ por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2013 r., IV KK 390/12.

„każdym” może być nie tylko inwestor, lecz także projektant, kierownik budowy czy kierownik robót. Ma to ścisły związek z obowiązkami ciążącymi na tych uczestnikach procesu budowlanego. W pewnych sytuacjach, zwłaszcza występowania kilku uczestników procesu budowlanego (np. kilku inwestorów, projektantów, zmianach w zakresie funkcji kierownika budowy lub robót), ustalenie lub rozgraniczenie zakresu odpowiedzialności może okazać się dość skomplikowane i będzie możliwe w prowadzonym postępowaniu przygotowawczym.

Samowola budowlana jest zagrożona trzema rodzajami kar:

- 1) grzywną – zgodnie z art. 33 § 1 KK grzywnę wymierza się w stawkach dziennych, określając ich liczbę (najniższa wynosi 10, zaś najwyższa – 540) oraz wysokość jednej stawki (nie może być niższa od 10 zł ani też przekraczać 2000 zł). Ustalając stawkę dzienną, sąd bierze pod uwagę dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe. Grzywny nie orzeka się, jeżeli dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że sprawca grzywny nie uiszczy i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji. Co więcej, sąd może wymierzyć grzywnę także obok kary pozbawienia wolności, jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął;
- 2) karą ograniczenia wolności – zgodnie z art. 34 § 1 KK karę ograniczenia wolności wymierza się w miesiącach (trwa najkrócej miesiąc, najdłużej 12 miesięcy). W czasie odbywania kary ograniczenia wolności skazany nie może bez zgody sądu zmieniać miejsca stałego pobytu, jest obowiązany do wykonywania pracy wskazanej przez sąd oraz ma obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary. Obowiązek wykonywania pracy wskazanej przez sąd polega na wykonywaniu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze od 20 do 40 godzin w stosunku miesięcznym (art. 35 § 1 KK);
- 3) karą pozbawienia wolności do 2 lat – zgodnie z art. 37 KK karę pozbawienia wolności wymierza się w miesiącach i latach (trwa najkrócej miesiąc, najdłużej – 15 lat).

Zgodnie z art. 8 KK występki mogą być popełnione nieumyślnie tylko wówczas, gdy ustawa tak stanowi. Artykuł 90 PrBud nie mówi o możliwości popełnienia przestępstwa samowoli budowlanej nieumyślnie, co oznacza, że to przestępstwo można popełnić tylko umyślnie.

Przedawnienie karalności samowoli budowlanej następuje, jeżeli od czasu popełnienia tego występkę upłynęło 5 lat (art. 101 § 1 pkt 4 KK).

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z art. 93 pkt 4 PrBud, kto przystępuje do budowy lub prowadzi roboty budowlane bez dopełnienia wymagań określonych w art. 41 ust. 4, art. 42, art. 44, art. 45, podlega karze grzywny. Artykuł 41 ust. 4 PrBud nakazuje inwestorowi zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, na które jest wymagane pozwolenie na budowę, organ nadzoru budowlanego oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem, co najmniej na 7 dni przed ich rozpoczęciem. Czyny określone w art. 93 PrBud są wykroczeniami w rozumieniu KW. Wykroczenia te są zagrożone karą grzywny. Grzywnę, zgodnie z art. 24 § 1 KW, wymierza się w wysokości od 20 do 5000 zł. Natomiast według art. 5 KW wykroczenie można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, chyba że ustawa przewiduje odpowiedzialność tylko za wykroczenie umyślne. Artykuł 93 PrBud nie stanowi o możliwości popełnienia określonych w nim wykroczeń tylko umyślnie, co oznacza, że wykroczenia te można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Zwrócić uwagę należy, iż przedawnienie karalności występku określonego w art. 93 PrBud następuje, gdy od czasu jego popełnienia upłynął rok, a jeżeli w tym okresie wszczęto postępowanie, karalność wykroczenia ustaje z upływem 2 lat od jego popełnienia (art. 45 KW).

Podsumowując wskazać należy, iż brak zawiadomienia o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, na które jest wymagane pozwolenie na budowę może być uznane w omawianym przypadku za popełnienie wykroczenia przewidzianego w art. 94 pkt 4 PrBud.

Należy jednocześnie podkreślić, iż zgodnie z art. 95 PrBud odpowiedzialności zawodowej w budownictwie podlegają osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, które:

- 1) dopuściły się występków lub wykroczeń, określonych ustawą;
- 2) zostały ukarane w związku z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie;
- 3) wskutek rażących błędów lub zaniedbań, spowodowały zagrożenie życia lub zdrowia ludzi, bezpieczeństwa mienia lub środowiska albo znaczne szkody materialne;
- 4) nie spełniają lub spełniają niedbale swoje obowiązki;
- 5) uchylają się od podjęcia nadzoru autorskiego lub wykonują niedbale obowiązki wynikające z pełnienia tego nadzoru.

Wobec powyższego winno się zwrócić uwagę, iż obejmowanie robót budowlanych zgłoszeniem z pominięciem procedury uzyskania pozwolenia na budowę może skutkować

pociągnięciem do odpowiedzialności zawodowej podmiotów pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i legitymujących się odpowiednimi do tych funkcji uprawnieniami budowlanymi. Ponadto zadaniem przepisów dotyczących odpowiedzialności zawodowej jest zapewnienie należytego wykonywania określonych funkcji uczestnika procesu budowlanego, a także właściwej jakości świadczonych usług przez wskazane podmioty, co znajduje uzasadnienie zarówno w interesie indywidualnym, jak i publicznym. Przepisy z zakresu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie mają więc istotny i bezpośredni związek zarówno z obowiązkami, jak i uprawnieniami uczestników procesu budowlanego. *Postępowanie w sprawie odpowiedzialności zawodowej w budownictwie wszczyna się albo na wniosek właściwego organu nadzoru budowlanego (art. 97 ust. 1 PrBud), albo na wniosek organu samorządu zawodowego (art. 97 ust. 3 PrBud).* Uprawnień do złożenia wniosku o zastosowanie odpowiedzialności zawodowej w budownictwie nie ma zwłaszcza inwestor, nawet jeżeli dostrzegł, że zaistniały ustawowe przesłanki przeprowadzenia w tym względzie odpowiedniego postępowania. Wobec powyższego, wstępna ocena przesłanek z art. 95 PrBud, należy do organu uprawnionego do złożenia wniosku o zastosowanie odpowiedzialności zawodowej.

Art. 231 Kodeksu karnego reguluje kwestię odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego przekraczającego swoje uprawnienia lub nie dopełniającego swoich obowiązków. Przedmiotowe przestępstwo może zostać popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym⁵. Sprawca przestępstwa musi obejmować świadomością zarówno to, że przekracza uprawnienia lub nie dopełnia obowiązków, jak i to, że działa swoim czynem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego⁶.

W uchwale z 24.01.2013 r., I KZP 24/12, OSNKW 2013/2, poz. 12, SN przyjął, że: „Występek określony w art. 231 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym”.

Nie ulega wątpliwości, że do przypisania czynu z art. 231 § 1 k.k. konieczne jest ustalenie konkretnego interesu publicznego lub prywatnego, który został narażony na

⁵ zob. wyrok Sądu Najwyższego z 7 lutego 2013 r., WA 1/13.

⁶ zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 10 października 2012 r., V KK 27/12.

niebezpieczeństwo, oraz związku przyczynowego pomiędzy przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków a narażeniem na niebezpieczeństwo tego interesu.

W orzecznictwie wskazuje się, że przekroczenie uprawnień oznacza, że „podjęte przez sprawcę zachowanie nie wchodziło w zakres jego kompetencji i równocześnie wskazania na powiązanie formalne i merytoryczne z tymi kompetencjami, a może to z reguły zachodzić tylko w dziedzinie tej działalności służbowej i obejmować tylko te czynności, które mają charakter służbowy i dotyczą osób lub dóbr, w stosunku do których sprawca występuje jako funkcjonariusz publiczny, jednak przekroczenie uprawnień może także polegać na podjęciu działania wprawdzie w ramach kompetencji, lecz niezgodnie z prawnymi warunkami podjętej przez funkcjonariusza publicznego czynności⁷”.

Należy wspomnieć, iż niedopełnieniem obowiązków będzie niedokonanie czynności, która należy do kompetencji danej osoby i której dokonanie w danej sytuacji było obligatoryjne. W orzecznictwie wskazuje się, że obowiązki funkcjonariusza publicznego mogą mieć charakter ogólny (dotyczyć wszystkich funkcjonariuszy publicznych lub określonych ich kategorii), szczególny (dotyczyć danej służby, np. Policji) oraz indywidualny (dotyczyć konkretnej osoby)⁸. Winno się zwrócić uwagę, iż przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, które nie narażało interesu publicznego lub prywatnego na niebezpieczeństwo, może być ewentualnie przesłanką odpowiedzialności służbowej czy dyscyplinarnej.

Rezultatem powyższego jest stwierdzenie iż, nie wniesienie przez organ sprzeciwu w związku ze zgłoszeniem robót wykonanym przez wykonawcę, w sytuacji, gdy wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, może zostać potraktowane jako niedopełnienie obowiązków przewidziane w art. 231 Kodeksu karnego.

Konkludując, wobec powyższych rozważań podkreślić należy, iż w analizowanym przypadku istnieje możliwość zakwalifikowania działań inwestora, wykonawcy i inżyniera kontraktu jako czyn wypełniający dyspozycję art. 90 oraz art. 93 pkt 4, a osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności dyscyplinarnej przewidzianej w art. 95 PrBud. Ponadto funkcjonariusz publiczny nie dopełniający swoich obowiązków podlega odpowiedzialności przewidzianej w art. 231 k.k. Niedopełnieniem obowiązków jest nie wniesienie przez organ sprzeciwu w związku ze zgłoszeniem robót

⁷ wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 8 maja 2007 r., IV KK 93/07.

⁸ zob. wyrok Sądu Najwyższego z 4 maja 2016 r., V KK 388/15.

dokonanym przez wykonawcę, w sytuacji, gdy wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę.

V. Możliwość uznania wydatków za niekwalifikowalne.

Wskazać należy, iż realizacja przedmiotowej inwestycji dofinansowana jest ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020.

Warunki i procedury dotyczące kwalifikowalności wydatków dla projektów współfinansowanych w ramach ww. Programu określają *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020* (zwane dalej „Wytycznymi”).

W związku z faktem, iż przedmiotowy projekt jest współfinansowany z budżetu Unii Europejskiej, to wszystkie wydatki ponoszone w ramach jego realizacji podlegają ocenie kwalifikowalności przez Instytucję Zarządzającą, w tym przypadku Centrum Unijnych Projektów Transportowych (zwane dalej „CUPT”).

Ocena kwalifikowalności wydatku polega na analizie zgodności jego poniesienia z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i prawa krajowego, decyzją w sprawie zatwierdzenia wkładu finansowego na rzecz dużego projektu, umową o dofinansowanie i Wytycznymi oraz innymi dokumentami, do których stosowania beneficjent zobowiązał się w umowie o dofinansowanie. Ocena kwalifikowalności poniesionego wydatku dokonywana jest przede wszystkim w trakcie realizacji projektu poprzez weryfikację wniosków o płatność beneficjenta oraz w trakcie kontroli projektu, w szczególności kontroli w miejscu realizacji projektu lub siedzibie beneficjenta. Niemniej, na etapie oceny wniosku o dofinansowanie dokonywana jest ocena kwalifikowalności planowanych wydatków. Przyjęcie danego projektu do realizacji i podpisanie z beneficjentem umowy o dofinansowanie nie oznacza, że wszystkie wydatki, które beneficjent przedstawi we wniosku o płatność w trakcie realizacji projektu, zostaną poświadczane, zrefundowane lub rozliczone (w przypadku systemu zaliczkowego). Ocena kwalifikowalności poniesionych wydatków jest prowadzona także po zakończeniu realizacji projektu w zakresie obowiązków nałożonych na beneficjenta umową o dofinansowanie oraz wynikających z przepisów prawa.

Zgodnie z podrozdziałem 6.2 *Wytycznych*, Wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający łącznie następujące warunki:

- a) został faktycznie poniesiony w okresie wskazanym w umowie o dofinansowanie, z zachowaniem warunków określonych w podrozdziale 6.1,
- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, w tym przepisami regulującymi udzielanie pomocy publicznej, jeśli mają zastosowanie,
- c) jest zgodny z POIiŚ (Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko) i SZOOP (Szczegółowy Opis Osi Priorytetowych),
- d) został uwzględniony w zakresie rzeczowym projektu zawartym we wniosku o dofinansowanie,
- e) został poniesiony zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie,
- f) jest niezbędny do realizacji celów projektu i został poniesiony w związku z realizacją projektu,
- g) został dokonany w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- h) został należycie udokumentowany, zgodnie z wymogami w tym zakresie określonymi w *Wytycznych* i Zaleceniach w zakresie wzoru wniosku o płatność beneficjenta w ramach POIiŚ 2014-2020,
- i) został wykazany we wniosku o płatność beneficjenta zgodnie z *Wytycznymi* w zakresie warunków gromadzenia i przekazywania danych w postaci elektronicznej i Zaleceniami w zakresie wzoru wniosku o płatność beneficjenta w ramach POIiŚ 2014-2020,
- j) dotyczy towarów dostarczonych lub usług wykonanych lub robót zrealizowanych, w tym zaliczek dla wykonawców, z zastrzeżeniem pkt 4 podrozdziału 6.4,
- k) jest zgodny z innymi warunkami uznania go za wydatek kwalifikowalny określonymi w *Wytycznych*, SZOOP, regulaminie konkursu lub dokumentacji dotyczącej projektów zgłaszanych w trybie pozakonkursowym.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej opinii prawnej, to zdaniem Opiniującego, mając na względzie dokonaną w pkt III analizę prawną w zakresie przepisów Prawa Budowlanego oraz konieczności uzyskania pozwolenia na budowę, a tym samym braku możliwości prowadzenia robót na zgłoszenie, kluczowe znaczenie będzie miała przesłanka określona w *Wytycznych* 6.2 pkt 3b), tj. zgodność wydatku

z przepisami prawa krajowego. Skoro, zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego w ramach przedmiotowego projektu nie ma możliwości prowadzenia robót na zgłoszenie, a Wykonawca mimo tego to czyni, to działa wbrew przepisom prawa krajowego, a co za tym idzie istnieje duże prawdopodobieństwo uznania wydatków w tym zakresie za niekwalifikowalne. Przesłanka zgodności działania z przepisami prawa krajowego jest wszak wprost wymieniona jako przesłanka przy ocenie kwalifikowalności w zakresie wydatków.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na szczególne obowiązki wymienione w *Wytycznych* w zakresie robót budowlanych realizowanych w ramach dofinansowania z budżetu UE. Obowiązki te zostały szczegółowo opisane w podrozdziale 7.6. Istotne znaczenie dla przedmiotu niniejszej opinii ma pkt 9, zgodnie z którym: „Roboty budowlane powinny być prowadzone zgodnie z obowiązującym prawem, w tym w szczególności zgodnie z ustawą Prawo budowlane. Należy zwrócić szczególną uwagę, na zgodność z przepisami w następujących obszarach:

a) rozpoczęcia robót budowlanych na podstawie ostatecznej i ważnej decyzji o pozwoleniu na budowę lub zgłoszenia właściwemu organowi z zastrzeżeniem robót, które nie wymagają takiej decyzji lub zgłoszenia (...)”

Wytyczne wprost odnoszą się do sytuacji, która ma miejsce w przedstawionym stanie faktycznym i nakazują zwracać szczególną uwagę na konieczność rozpoczęcia robót, zgodnie z Prawem Budowlanym. Jak już zostało wcześniej ustalone, roboty budowlane dotyczące przedmiotowej inwestycji bezwzględnie wymagają uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. W związku z powyższym, rozpoczęcie robót przez Wykonawcę bez uprzedniego uzyskania odpowiedniej decyzji jest działaniem niezgodnym z prawem, a tym samym wbrew zasadom i procedurom określonym w *Wytycznych*.

Należy zauważyć, że z wiedzy Opiniującego wynika, że Inwestor będący stroną umowy o dofinansowanie, który jest Beneficjentem środków europejskich, a tym samym jest obowiązany do stosowania *Wytycznych*, ma świadomość działania Wykonawcy wbrew przepisom Prawa Budowlanego, a jednocześnie w żaden sposób nie reaguje na to. W ocenie Opiniującego takie zaniechanie ze strony Inwestora wpływać będzie tym bardziej niekorzystnie na jego sytuację prawną, w kontekście oceny kwalifikowalności wydatków przez Instytucję Zarządzającą.

Konsekwencją uznania wydatku za niekwalifikowalne jest konieczność poniesienia takich wydatków we własnym zakresie przez Beneficjenta (podrozdział 6.3 pkt 3 *Wytycznych*).

Podstawę do rozliczenia wydatków ponoszonych w ramach projektów stanowi wniosek o płatność. Przed wypłatą wnioskowanej kwoty każdy projekt podlega kontroli, w wyniku której może dojść do wstrzymania wypłaty części lub całości wnioskowanej kwoty. W związku z powyższym bez wątpienia CUPT podda kontroli sposób wydatkowania środków, z uwzględnieniem wszystkich przesłanek wymienionych w *Wytycznych*, a w szczególności sposób prowadzenia robót budowlanych.

Reasumując, wskazać należy, że w przedstawionym stanie faktycznym istnieje duże prawdopodobieństwo uznania wszystkich wydatków związanych z prowadzeniem robót budowlanych bez uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę za niekwalifikowalne. Decyzję w tym zakresie podejmuje CUPT, po dokonaniu analizy całokształtu okoliczności oraz oceny realizacji projektu zgodnie z zasadami i procedurami *Wytycznych*. Mając jednak na względzie działanie Beneficjenta wbrew przepisom prawa, a także fakt, iż Beneficjentem jest spółka z większościowym udziałem Skarbu Państwa oraz skalę naruszeń, trudno uznać jakiegokolwiek okoliczności przemawiające na korzyść Beneficjenta.

VI. Inne zagrożenia związane z prezentowanym stanem faktycznym i prawnym.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż rozpoczęcie, jak również prowadzenie robót budowlanych bez wymaganego pozwolenia na budowę wiązać się może z zastosowaniem przez organ nadzoru budowlanego określonych uprawnień przewidzianych w PrBud tj. wstrzymania robót, legalizacji budowy czy też nakazu rozbiórki.

Zgodnie z art. 50 PrBud organ nadzoru budowlanego wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych wykonywanych bez wymaganego pozwolenia na budowę oraz prowadzonych na podstawie zgłoszenia z naruszeniem art. 30 ust. 1 PrBud. W postanowieniu o wstrzymaniu robót budowlanych organ winien:

- 1) podać przyczynę wstrzymania robót,
- 2) ustalić wymagania dotyczące niezbędnych zabezpieczeń.

W postanowieniu można nałożyć obowiązek przedstawienia, w terminie 30 dni od dnia doręczenia postanowienia, inwentaryzacji wykonanych robót budowlanych lub odpowiednich ocen technicznych bądź ekspertyz. Postanowienie o wstrzymaniu robót budowlanych traci

ważność po upływie 2 miesięcy od dnia doręczenia, chyba że w tym terminie zostanie wydana decyzja, o której mowa w art. 50a pkt 2⁹ albo w art. 51 ust. 1¹⁰.

Wskazać równocześnie należy, iż przed upływem dwóch miesięcy od dnia wydania postanowienia, o którym mowa w art. 50 ust. 1, organ nadzoru budowlanego w drodze decyzji:

- 1) nakazuje zaniechanie dalszych robót budowlanych bądź rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części, bądź doprowadzenie obiektu do stanu poprzedniego albo
- 2) nakłada obowiązek wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem, określając termin ich wykonania, albo
- 3) w przypadku istotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę - nakłada, określając termin wykonania, obowiązek sporządzenia i przedstawienia projektu budowlanego zamiennego, uwzględniającego zmiany wynikające z dotychczas wykonanych robót budowlanych oraz - w razie potrzeby - wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem.

Po upływie terminu lub na wniosek inwestora, organ nadzoru budowlanego sprawdza wykonanie nałożonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem i wydaje decyzję:

- 1) o stwierdzeniu wykonania obowiązku albo
- 2) w przypadku niewykonania obowiązku - nakazującą zaniechanie dalszych robót budowlanych bądź rozbiórkę obiektu lub jego części, bądź doprowadzenie obiektu do stanu poprzedniego.

Po upływie terminu lub na wniosek inwestora, organ nadzoru budowlanego sprawdza wykonanie obowiązku sporządzenia i przedstawienia projektu budowlanego zamiennego,

⁹ Art. 50a [Nakazanie rozbiórki] Organ nadzoru budowlanego w przypadku wykonywania robót budowlanych - pomimo wstrzymania ich wykonywania postanowieniem:

- 1) o którym mowa w art. 48 ust. 2 oraz w art. 49b ust. 2 - nakazuje, w drodze decyzji, rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części;
- 2) o którym mowa w art. 50 ust. 1 - nakazuje, w drodze decyzji, rozbiórkę części obiektu budowlanego wykonanego po doręczeniu postanowienia albo doprowadzenie obiektu budowlanego do stanu poprzedniego.

¹⁰ Art. 51 [Doprowadzenie do zgodności z prawem]

1. Przed upływem 2 miesięcy od dnia wydania postanowienia, o którym mowa w art. 50 ust. 1, organ nadzoru budowlanego w drodze decyzji:
 - 1) nakazuje zaniechanie dalszych robót budowlanych bądź rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części, bądź doprowadzenie obiektu do stanu poprzedniego albo
 - 2) nakłada obowiązek wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem, określając termin ich wykonania, albo

uwzględniającego zmiany wynikające z dotychczas wykonanych robót budowlanych oraz - w razie potrzeby - wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem i wydaje decyzję w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i pozwolenia na wznowienie robót budowlanych albo - jeżeli budowa została zakończona - o zatwierdzeniu projektu budowlanego zamiennego.

W przypadku niewykonania w terminie obowiązku sporządzenia i przedstawienia projektu budowlanego zamiennego, uwzględniającego zmiany wynikające z dotychczas wykonanych robót budowlanych oraz - w razie potrzeby - wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem, organ nadzoru budowlanego wydaje decyzję nakazującą zaniechanie dalszych robót budowlanych bądź rozbiórkę obiektu lub jego części, bądź doprowadzenie obiektu do stanu poprzedniego.

Reasumując wskazać należy, iż w przedmiotowej sprawie organ może postanowić o wstrzymaniu prowadzonych robót budowlanych na dwa miesiące od dnia odbioru postanowienia i w tym czasie może:

- 1) nakazać zaniechanie dalszych robót budowlanych, rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części, doprowadzenie obiektu do stanu poprzedniego albo
- 2) nałożyć obowiązek wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem, określając termin ich wykonania,
- 3) w przypadku istotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę – nałożyć obowiązek sporządzenia i przedstawienia projektu budowlanego zamiennego, uwzględniającego zmiany wynikające z dotychczas wykonanych robót budowlanych oraz - w razie potrzeby - wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem.

Takie postępowanie, zwane postępowaniem naprawczym, ma na celu wyeliminowanie nieprawidłowości¹¹. Celem postępowania toczącego się na podstawie art. 50 i 51 PrBud jest doprowadzenie obiektu budowlanego do stanu zgodnego z prawem, co należy rozumieć jako

¹¹wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 września 2018r., II OSK 3364/17.

stan, w którym roboty budowlane nie będą pozostawały w kolizji z przepisami prawa, w szczególności prawa budowlanego szeroko rozumianego¹².

Wyłącznie na marginesie zaznaczyć należy, iż przepisy art. 50 PrBud znajdują zastosowanie do samowolnie realizowanych robót budowlanych w przypadkach innych niż określone w art. 48 ust. 1 i art. 49b ust. 1 PrBud oraz tych wszystkich robót budowlanych, które wykonywane są w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie dla środowiska, albo prowadzone są w sposób istotnie odbiegający od ustaleń i warunków określonych w pozwoleniu na budowę, projekcie budowlanym lub przepisach prawa, bądź wykonywane są na podstawie nieprawidłowo dokonanego zgłoszenia (z naruszeniem art. 30 ust. 1 PrBud). Wobec powyższego w analizowanym przypadku nie będzie miał zastosowania art. 48 i 49b PrBud, gdyż przepisy te dotyczą obiektu budowlanego lub jego części, będącego w budowie (wybudowanego) bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia lub też pomimo sprzeciwu właściwego w tym zakresie organu administracji publicznej.

W dalszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z brzmieniem art. 32 ust. 4a PrBud „*nie wydaje się pozwolenia na budowę w przypadku rozpoczęcia robót budowlanych z naruszeniem przepisu art. 28 ust. 1*”. Decyzja o pozwoleniu na wykonywanie robót budowlanych może dotyczyć wyłącznie przyszłych zamierzeń inwestycyjnych, nie można jej zatem wydawać w odniesieniu do robót budowlanych już zrealizowanych¹³. Należy również zauważyć, iż zgodnie z regulacją art. 36 ust. 1 PrBud, organ udzielający pozwolenia na budowę ma obowiązek, w razie potrzeby, określenia w decyzji m. in. szczegółowych warunków zabezpieczenia terenu budowy i prowadzenia robót budowlanych, jak również szczegółowych wymagań dotyczących nadzoru na budowie. Gdyby przyjąć dopuszczalność wydania pozwolenia na budowę po zakończeniu robót, to elementy określone w art. 36 PrBud, a przewidziane do zamieszczenia w decyzji o pozwoleniu na budowę, byłyby nieadekwatne do stanu faktycznego, a przez to niemożliwe do wyegzekwowania. Nie jest bowiem celem wydania decyzji o pozwoleniu na budowę ani legalizowanie już zrealizowanej inwestycji, ani też dokonanie oceny wykonanych robót¹⁴.

Zwrócić uwagę należy, iż zrealizowanie całości prac budowlanych nie konwaliduje pozwolenia na budowę. Nie ulega także wątpliwości, że decyzja o pozwoleniu na budowę może

¹²wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 23 sierpnia 2018r., II SA/Sz 315/18.

¹³wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego Warszawa z dnia 30 sierpnia 2017r., VII SA/Wa 1029/16.

¹⁴zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 7 grudnia 2005 r.: II OSK 285/05, II OSK 286/05, II OSK 910/05.

dotyczyć jedynie przyszłych zamierzeń inwestycyjnych. Dlatego też realizacja robót budowlanych przed uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, nawet jeżeli nie została wykonana całość tych robót, powoduje bezprzedmiotowość postępowania wszczętego wnioskiem o pozwolenie na budowę¹⁵. Bezprzedmiotowość postępowania wywołanego wnioskiem o pozwolenie na budowę obliuguje organ do umorzenia tego postępowania stosownie do art. 105 § 1 KPA. Nie jest bowiem celem wydania decyzji o pozwoleniu na budowę legalizowanie już zrealizowanej inwestycji ani też dokonanie oceny wykonanych robót¹⁶.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż Wykonawca przystępując do realizacji robót bez wymaganego pozwolenia na budowę, nie ma możliwości jego uzyskania po rozpoczęciu prac. Organ po złożeniu wniosku o wydanie pozwolenia na budowę winien zgodnie z art. 105 KPA umorzyć postępowanie. Podkreślić należy, iż pozwolenie na budowę w żaden sposób nie może służyć legalizowaniu już zrealizowanych robót.

Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż Wykonawca dokonuje zgłoszenia robót na podstawie art. 30 ust. 1 w zw. z art. 29 PrBud. Z posiadanych przez Opiniującego informacji wynika, iż rozpatrując przedmiotowe zgłoszenia Wojewoda nie wnosił sprzeciwu. Zgłoszenie wykonania określonych robót budowlanych i brak sprzeciwu właściwego organu co do zasady wyłącza ustalenie, że roboty te były wykonywane w warunkach uzasadniających stosowanie art. 48 albo 50 i 51 PrBud, chyba, że rzeczywistym zamiarem inwestora jest obejście przepisów o uzyskaniu pozwolenia na budowę. Obciążanie skutkami błędnych działań organu administracji publicznej (przy braku zamiaru inwestora w zakresie obejścia przepisów dot. pozwolenia na budowę) byłoby nie do pogodzenia z zasadą pogłębiania zaufania obywateli do organów władzy publicznej (art. 8 KPA) oraz naruszałoby zasadę demokratycznego państwa prawnego wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP¹⁷. W przypadku, gdy Wykonawca dokonał zgłoszenia zamiaru wykonania robót budowlanych dla inwestycji, która wymaga uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, a organ wadliwie nie wniósł sprzeciwu, obowiązkiem organu jest wszczęcie postępowania legalizacyjnego. Organ nadzoru budowlanego powinien bowiem podjąć w takiej sytuacji postępowanie w celu doprowadzenia

¹⁵ por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 15 listopada 2000 r., sygn. akt IV SA 1164/98.

¹⁶ zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 7 grudnia 2005 r., II OSK 285/05; wyrok NSA z 7 grudnia 2005 r., II OSK 286/05 i wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 7 grudnia 2005 r., II OSK 910/05

¹⁷ zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 lutego 2008 r., II OSK 604/06; wyrok NSA z 26 maja 2011 r., II OSK 443/10.

robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem, gdyż brak sprzeciwu nie legalizuje inwestycji, która w sposób oczywisty narusza przepisy prawa budowlanego¹⁸.

VII. **Możliwość działania ze strony Fundacji.**

Projekt „Pakt uczciwości” polega na wypracowaniu i teście specjalnych porozumień (paktów) między zamawiającymi, wykonawcami i organizacjami społecznymi, których celem jest poprawa przejrzystości i standardów realizacji zamówień publicznych. Kluczowym elementem Paktu jest umożliwienie zewnętrznemu, społecznemu obserwatorowi (w tym przypadku Fundacji) prowadzenie monitoringu wybranej inwestycji - od chwili ogłoszenia przetargu, docelowo aż do zakończenia inwestycji. Elementem pilotażu jest też identyfikacja i sygnalizowanie problemów dotyczących nie tylko konkretnej, obserwowanej inwestycji, ale też kwestii bardziej ogólnych, związanych m. in. z działaniem prawa.

Niewątpliwie w analizowanym przypadku mamy do czynienia z nadużywaniem procedury przewidzianej w art. 29 i 30 PrBud tj. zastępowanie pozwolenia na budowę zgłoszeniem robót organowi, gdyż prowadzona inwestycja wymaga obligatoryjnie uzyskania pozwolenia na budowę, jako inwestycja objęta regulacją art. 29 ust. 3 PrBud. Regulacja ta prowadzi do powrotu do zasady ogólnej wynikającej z art. 28 ust. 1 PrBud – obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę. Powyższa okoliczność może stanowić podstawę do zastosowania represji karnoprawnej, a także niezależnie od niej, odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz wykroczeniowej. Również z całą stanowczością podkreślić należy, iż PrBud nie przewiduje instytucji wydawania pozwolenia na budowę na roboty prowadzone ówczesznie na podstawie zgłoszenia organowi. Nie jest bowiem celem wydania decyzji o pozwoleniu na budowę ani legalizowanie już zrealizowanej inwestycji, ani też dokonanie oceny wykonanych robót. Realizacja robót budowlanych przed uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, nawet jeżeli nie została wykonana całość tych robót, powoduje bezprzedmiotowość postępowania wszczętego wnioskiem o pozwolenie na budowę. Bezprzedmiotowość postępowania wywołanego wnioskiem o pozwolenie na budowę obliguje organ do umorzenia tego postępowania stosownie do art. 105 § 1 KPA. Podkreślić należy, iż nadużywanie procedury określonej

¹⁸ wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego Poznań z dnia 25 kwietnia 2018r., sygn. akt II SA/Po 979/17.

w art. 29 i 30 PrNud może skutkować uznaniem wydatków za niekwalifikowalne w tym zakresie, gdyż przesłanka zgodności działania z przepisami prawa krajowego (w tym przypadku PrBud) jest wprost wymieniona jako przesłanka przy ocenie kwalifikowalności w zakresie wydatków. Wobec powyższego naruszenie procedury przewidzianej w art. 29 i 30 PrBud może być uznane za naruszenie prawa krajowego.

Sławomir Trojanowski

RADCA PRAWNY
OL-1232

Mirela Korsak Koledzińska

RADCA PRAWNY
OL-1773

Patryk Wisiński

RADCA PRAWNY
OL-1806