

mi dotyczącymi regulowanej w nich kwestii i powinny być nowelizowane w miarę zmian w ustawach. Jeżeli więc ustawa o normalizacji stanowi o dobrowolnym statusie PN, a ustawa Prawo budowlane jako *lex specialis* do niej nie wprowadza obowiązku stosowania PN, to nie ma podstaw, by traktować PN powołane w rozporządzeniach jako obowiązujące i tworzyć naginane uzasadnienia.

Normy techniczne mogą być potężnym wsparciem dla legislacji i mogą się przyczynić do uszczegółowienia

i poprawnego wyrażenia specjalistycznych wymagań technicznych, a tym samym uzyskania lepszej technicznej klarowności w przepisach prawnych. Trzeba jednak je powoływać w taki sposób, aby nie naruszać ich dobrowolności i nie pozostawiać cynicznie użytkownika w rozterce. Niejasne powołania PN w przepisach są odbierane przez użytkowników jako wyłączone (obligatoryjne), co najczęściej jest zgodne z zamiarem prawodawcy, który chce wprowadzać obowiązek stosowania norm kuchennymi drzwiami.

## O trudnej, ciągle niedokończonej ewolucji pewnego artykułu Prawa budowlanego

Dr inż. Jerzy Dylewski

Pod koniec 1997 roku (a konkretnie 24 grudnia, czyli w Wigilię) do Prawa budowlanego trafił całkowicie nowy wówczas art. 36a (wprowadzony „ustawą o zmianie ustawy – Prawo budowlane, ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym oraz niektórych ustaw” z 22 sierpnia 1997 r., Dz.U. 1997.111.726).

Z jednej strony był on naturalną reakcją ustawodawcy na działania niektórych inwestorów, dysponujących ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę, lecz budujących w rzeczywistości coś znacznie odbiegającego od rozwiązań przedstawionych w zatwierdzonym w decyzji o pozwoleniu na budowę projekcie budowlanym lub z naruszeniem innych warunków wpisanych w decyzję o pozwoleniu na budowę.

W sytuacji takiej nie było bowiem podstaw do stosowania art. 48, właściwego dla samowoli budowanej polegającej na wnoszeniu obiektu wymagającego decyzji o pozwoleniu na budowę w sytuacji braku takiego pozwolenia (wszak decyzją inwestor dysponował). Nie było też nawet jednoznacznych przesłanek do wydania postanowienia o wstrzymaniu robót budowlanych, czyli zastosowania ówczesnej wersji art. 50 ustawy, skoro brak było wiążących podstaw do określenia co jest istotnym, a co nieistotnym odstępianiem od warunków decyzji o pozwoleniu na budowę.

Z drugiej strony jest oczywiste, że w trakcie budowy niemal zawsze występuje potrzeba (lub tylko chęć) wprowadzenia pewnych zmian, a instytucja zatwierdzania projektu budowlanego w decyzji administracyjnej o pozwoleniu na budowę, możliwość legalnego dokonywania takich zmian stawiła pod znakiem zapytania.

Dlatego też sam pomysł wprowadzenia w 1997 roku wymienionej nowej regulacji do tekstu ustawy należy oce-

nić bardzo pozytywnie. A jej pierwsza redakcja wydawała się stosunkowo prosta, liczył on bowiem tylko dwa ustępy, o treści:

**Art. 36a.** 1. Istotne odstępianie od zatwierzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę.

2. W przypadku naruszenia przepisu ust. 1, właściwy organ uchyla decyzję o pozwoleniu na budowę.

Po zakończeniu realizacji obiektu budowlanego, dokonane odstępstwa mogły być ujawnione przez organy nadzoru architektoniczno-budowlanego lub specjalistycznego nadzoru budowlanego (a po reformie, wprowadzonej 1 stycznia 1999 r., przez organy administracji architektoniczno-budowlanej) wykonujące czynności związane z formalnym zakończeniem budowy, w myśl ówczesnego art. 59 ust. 1 ustawy, tj. przy wydawaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego.

Konsekwencje uznania przez ten organ, że poczynione podczas budowy zmiany w stosunku do projektu budowlanego miały charakter istotny, mogły okazać się dla inwestora brzemiennie w skutki, bowiem stanowiło to podstawę do odmowy udzielenia pozwolenia na użytkowanie, zgodnie z ust. 5 wymienionego art. 59.

**Art. 59.** 1. Właściwy organ wydaje pozwolenie na użytkowanie obiektu budowlanego po protokolarnym stwierdzeniu na miejscu budowy:

- 1) zgodności wykonania obiektu z warunkami zabudowy i zagospodarowania terenu oraz warunkami pozwolenia na budowę,
- 2) uporządkowania terenu budowy.

2. Właściwy organ może w pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego określić warunki użytkowania tego obiektu albo uzależnić jego użytkowanie od wykonania, w oznaczonym terminie, określonych robót budowlanych.

3. Jeżeli właściwy organ stwierdzi, że obiekt budowlany spełnia warunki, określone w ust. 1, pomimo niewykonania części robót wykończeniowych lub innych robót budowlanych związanych z obiektem, w wydanym pozwoleniu na użytkowanie może określić termin wykonania tych robót.

4. Przepisu ust. 3 nie stosuje się do instalacji i urządzeń służących ochronie środowiska.

4a. Inwestor jest obowiązany zawiadomić właściwy organ o zakończeniu robót budowlanych prowadzonych, po przystąpieniu do użytkowania obiektu budowlanego, na podstawie pozwolenia na użytkowanie.

5. Właściwy organ, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3, odmawia wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego w przypadku niespełnienia wymagań określonych w ust. 1, w art. 57 ust. 1–4 lub w art. 58. Przepisy art. 51 stosuje się odpowiednio.

Nowa regulacja natychmiast spowodowała, że w trakcie prowadzenia wielu inwestycji zaczęły pojawiać się wątpliwości – jakie zmiany w stosunku do warunków pozwolenia na budowę i zatwierdzonego w nim projektu budowlanego mają charakter istotny, jakie zaś mogą liczyć na potraktowanie jako nieistotne. Decydować o tym musiał, siłą rzeczy, sam inwestor (ewentualnie licząc na niewiążące doradztwo ze strony kierownika budowy, projektanta lub inspektora nadzoru inwestorskiego, a każda z tych osób mogła twierdzić co innego), natomiast konsekwencje ewentualnego błędu mogły okazać się, w świetle przytoczonego wyżej art. 59 ówczesnej wersji ustawy, bardzo poważne.

Dlatego też, chcąc „dobrze”, w jednej z kolejnych nowelizacji ustawy, uchwalonej 27 marca 2003 r., a wprowadzonej w życie 11 lipca 2003 r. (Dz.U. 2003.80.718 z 10 maja 2003 r.), dołożono do art. 36a dwa kolejne ustępy,

#### Art. 36a.

.....

3. Inwestor, w przypadku wątpliwości co do charakteru planowanego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę, występuje do właściwego organu, dołączając opinię projektanta, o udzielenie informacji, czy odstąpienie to wymaga uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę.

4. Właściwy organ udziela odpowiedzi w terminie 14 dni od dnia przedstawienia planowanych rozwiązań. Nieudzielenie informacji w tym terminie jest równoznaczne z uznaniem planowanego odstąpienia za nieistotne.

przy czym chyba w wyniku ewidentnego niedopatrzenia w sformułowaniu art. 83 ust. 1 i treści art. 82 ust. 1 :

Art. 82. 1. Do właściwości organów administracji architektoniczno-budowlanej należą sprawy określone w ustawie i niezastrzeżone do właściwości innych organów.

Art. 83. 1. Do właściwości powiatowego inspektora nadzoru budowlanego jako organu pierwszej instancji należą zadania i kompetencje, o których mowa w art. 36a ust. 4, art. 40 ust. 2, art. 41 ust. 4, art. 44 ust. 1, art. 48, art. 49, art. 49a, art. 49b, art. 50, art. 50a, art. 51, art. 54, art. 55, art. 57 ust. 4, art. 59, art. 59a, art. 59b, art. 59c ust. 1, art. 59d ust. 1, art. 59g ust. 1, art. 62 ust. 3, art. 65, art. 66, art. 67 ust. 1, art. 68, art. 69, art. 70 ust. 2, art. 71 ust. 3, art. 74, art. 75 ust. 1 pkt 3 lit. a), art. 76, art. 78 oraz art. 97 ust. 1.

wyglądało, że pytanie, o którym mowa w ust. 3, należy skierować do organu administracji architektoniczno-budowlanej, natomiast odpowiedzi miał udzielić, w ciągu 14 dni kalendarzowych, organ nadzoru budowlanego. Odpowiedź taka, lub jej brak w ustawowym terminie, stały się wiążące. Zarówno dla inwestora, jak i dla organu administracji architektoniczno-budowlanej, który nie miał żadnych podstaw prawnych do ewentualnego uchylecia decyzji o pozwoleniu na budowę, jeśli tylko inwestor „wylegitymował się” dowodem nadania listu poleconego skierowanego do tegoż organu administracji a–b (lub od razu do nadzoru budowlanego, bowiem część zainteresowanych nawet nie zauważała ustawowego niedopatrzenia, o którym napisano wyżej i pytania w kwestii odstępstw kierowała bezpośrednio do nadzoru budowlanego), a w książce korespondencji wychodzącej z organu nadzoru nie było adnotacji na temat wysłania przesyłki z odpowiedzią, adresowanej do tego inwestora.

Logika zastosowanego rozwiązania legislacyjnego wydawała się prosta – *nie wiesz, to zadaj pytanie tym, którzy wiedzą, a oni udzielą ci wiążącej odpowiedzi.*

Szybko jednak pojawiła się kolejna porcja wątpliwości, zarówno dotyczących zagadnień prawnych, np.:

– na jakiej podstawie ma rozstrzygać w konkretnej, jednostkowej sprawie organ nadzoru budowlanego, skoro przepisy nie podają jakichkolwiek wytycznych odnośnie granicy pomiędzy istotnym, a nieistotnym odstąpieniem? I czy w związku z tym element tzw. uznania administracyjnego i „luzu decyzyjnego” nie jest zbyt duży, co może prowadzić do odmiennych rozstrzygnięć poszczególnych organów w identycznych sytuacjach związanych z chęcią dokonania odstępstwa,

– jakie będą konsekwencje sytuacji, w której, czytając literalnie pierwszą linijkę ust. 3, inwestor stwierdzi, że on sam nie ma absolutnie żadnych wątpliwości, iż zamierzone (i w konsekwencji wprowadzone) odstępstwo jest nieistotne, a dopiero przy procedurach związanych z kończeniem budowy okaże się, że interpretacja przepisu dokonana przez inwestora różni się w sposób zasadniczy od interpretacji dokonanej w toku kontroli przez organ nadzoru budowlanego (jak łatwo zauważyć sprowadza to taki przypadek do stanu sprzed nowelizacji z 27 marca 2003 r.),

– jak zachować ma się nadzór budowlany, w przypadku, gdy z niekiedy pokrętnej treści zadanego pytania nie będzie jednoznacznie wynikać, czego to odstąpienie tak naprawdę ma dotyczyć,

– oraz kwestii czysto technicznych, czyli terminu, w jakim odpowiedź ta miała być udzielona.

Wszak 14 dni (zwykłych dni kalendarzowych, a nie roboczych) na odpowiedź, to okres dramatycznie krótki. Zwłaszcza, jeżeli pytający wykorzystał układ kalendarza i wysłał to pytanie listem poleconym z Ustrzyk Górnych do starosty w Świnoujściu, tak np. 3 dni przed świętami Bożego Narodzenia. Jak starosta, który formalnie powinien być adresatem takiego pytania, ma je przekazać do organu nadzoru, mającego sformułować odpowiedź (ze względu na 14-dniowy termin najlepszy wydawałby się umyślny goniec)?

A także jak prawidłowo liczyć terminy, czy wg Kodeksu postępowania administracyjnego, tj. wg dat ze stempli pocztowych na wysyłanych do i z organu listach, czy też od momentu faktycznego wpłynięcia pytania do organu i dostarczenia odpowiedzi do rąk inwestora?

Ponieważ, jak widać już z tej krótkiej listy problemów, mimo że „chciano dobrze”, a wyszło (jak zwykle zresztą) co najwyżej „średnio”, dość szybko po raz kolejny zmodyfikowano treść art. 36a.

W nowelizacji z 16 kwietnia 2004 r., opublikowanej 30 kwietnia (Dz.U. 2004.93.888) i wprowadzonej 30 maja 2004 r., zmieniono treść ust. 2 i 3 oraz dołożono dwie nowe regulacje w ust. 5 i 6, a cały artykuł 36a otrzymał postać:

**Art. 36a.** 1. Istotne odstępianie od zatwierzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę.

2. Właściwy organ uchyla decyzję o pozwoleniu na budowę, w przypadku wydania decyzji, o której mowa w art. 51 ust. 1 pkt 3.

3. W postępowaniu w sprawie zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę, przepisy art. 32–35 stosuje się odpowiednio do zakresu tej zmiany.

4. Właściwy organ udziela odpowiedzi w terminie 14 dni od dnia przedstawienia planowanych rozwiązań. Nieudzielenie informacji w tym terminie jest równoznaczne z uznaniem planowanego odstępiania za nieistotne.

5. Nieistotne odstępianie od zatwierzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę nie wymaga uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę i jest dopuszczalne, o ile nie dotyczy:

- 1) zakresu objętego projektem zagospodarowania działki lub terenu,
- 2) charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego: kubatury, powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości, liczby kondygnacji i elewacji,
- 3) geometrii dachu (kąta nachylenia, wysokość kalenicy i układ połaci dachowych),
- 4) niezbędnych elementów wyposażenia budowlano-instalacyjnego, zapewniających użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem,
- 5) zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu przez osoby niepełnosprawne,
- 6) zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części,

7) ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu

oraz nie wymaga uzyskania opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnymi.

6. Projektant jest obowiązany zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje (rysunek i opis) dotyczące odstępiania, o którym mowa w ust. 5.

Jak łatwo zauważyć w dalszym ciągu rozstrzygnięcie (a przynajmniej związana z tym odpowiedzialność) co do istotności zamierzonego odstępiania spoczywało na inwestorze, który przykładowo, jako przedstawiciel dalekiej od budownictwa profesji, mógł nawet nie rozumieć, co faktycznie kryje się za treściami art. 5, jaki jest zakres projektu zagospodarowania działki lub terenu, co to jest powierzchnia zabudowy, jakie są wymogi w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, co oznacza zmiana sposobu użytkowania, ponowne jakich uzgodnień stanie się konieczne, czy nawet co to jest kalenica. Zadanie dla projektanta zostało zakreślone jedynie do wprowadzenia tej zmiany do projektu budowlanego.

Trudno było także zrozumieć pozostawienie dotychczasowej treści ust. 4, wg którego nadzór budowlany miał odpowiadać na pytanie, dla którego zadania, po zmianie ust. 3, nie było już podstawy prawnej. Ponieważ raczej, po zmianie treści ust. 3, ust. 4 nie mógł już samodzielnie funkcjonować, należy przyjąć, że jego pozostawienie było kolejnym błędem legislacyjnym, wpisującym się w swego rodzaju fatum ciężące nad całym art. 36a.

Obie te wątpliwości usunęła ostatnia nowelizacja art. 36a, z 28 lipca 2005 r. (Dz.U. 2005.163.1364), wprowadzona w życie 27 września 2005 r., po której tekst art. 36a uzyskał nową postać.

**Art. 36a.** 1. Istotne odstępianie od zatwierzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę.

2. Właściwy organ uchyla decyzję o pozwoleniu na budowę, w przypadku wydania decyzji, o której mowa w art. 51 ust. 1 pkt 3.

3. W postępowaniu w sprawie zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę, przepisy art. 32–35 stosuje się odpowiednio do zakresu tej zmiany.

4. (uchylony).

5. Nieistotne odstępianie od zatwierzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę nie wymaga uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę i jest dopuszczalne, o ile nie dotyczy:

- 1) zakresu objętego projektem zagospodarowania działki lub terenu,
- 2) charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego: kubatury, powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości i liczby kondygnacji,
- 3) (uchylony),
- 4) (uchylony),

- 5) zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu przez osoby niepełnosprawne,
  - 6) zmiany zamierzonego sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części,
  - 7) ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz nie wymaga uzyskania opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnymi.
6. Projektant dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstępiania oraz jest obowiązany zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje (rysunek i opis) dotyczące odstępiania, o którym mowa w ust. 5.

Jak widać, poprawiono w niej m.in. błąd legislacyjny z roku 2004, tj. usunięto ust. 4, sensownie powiązano procedurę administracyjną przy wydawaniu nowego pozwolenia z zakresem planowanych zmian, rozszerzono także katalog zmian nieistotnych, wykreślając część dotychczasowych elementów wymienionych poprzednio w ust. 5. Na pewno należało też pozytywnie ocenić scedowanie kwalifikacji co do istotności planowanego odstępiania na projektanta. Jak już wspomniano, treść ust. 5 mogła pozostawać poza zakresem zrozumienia przez inwestora, projektant natomiast już takim brakiem orientacji odnośnie użytych w ust. 5 określeń tłumaczyć się nie mógł. Od września 2005 r., mimo kilku nowelizacji (konkretnie było ich od tego czasu 48, *słownie: czterdzieści osiem*) żadnych zmian w artykule 36a już nie dokonano. Może to wskazywać na uznanie przez ustawodawcę, że jego treść, wypracowana w czterech poprzednich modyfikacjach, jest już sformułowana w sposób poprawny i wystarczająco jednoznaczny. Czy jednak jest tak na pewno? Pozwolę sobie podzielić się kilkoma wątpliwościami. Przykładowo, wraz z obciążeniem osoby projektanta obowiązkiem kwalifikacji istotności zamierzonego odstępiania, natychmiast pojawiła się konieczność rozstrzygnięcia, czy użyte w treści ust. 6 słowo „projektant” odnosi się wyłącznie do osoby autora (lub autorów) danego, konkretnego projektu, od którego ma nastąpić odstępstwo, czy też można to interpretować szerzej, uznając, że kwalifikacji takiej może dokonać także inna osoba, spełniająca ustawowe warunki pozwalające na wykonywanie samodzielnej funkcji technicznej projektanta, tj. dysponująca odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi i legitymująca się zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego. Oczywiście „zgrabnie” byłoby przyjąć, że kwalifikacji takiej powinien zawsze dokonywać autor projektu, ale co w sytuacjach losowych, związanych z chorobą, zakończeniem działalności zawodowej, odebraniem uprawnień budowlanych lub zawieszeniem członkostwa w izbie, czy wręcz śmiercią projektanta? Musiała zatem przeważać opcja, że kwalifikacji takiej może dokonać nie tylko autor projektu, ale także inny projektant (co w pewnym sensie jest już stanowiskiem ugruntowa-

wanym na podstawie art. 44 Prawa budowlanego, które pozwala nawet zmienić w trakcie realizacji inwestycji projektanta sprawującego nadzór autorski). Taka kwalifikacja i będące jej konsekwencją przewidziane w ustawie *zamieszczenie w projekcie budowlanym odpowiednich informacji (rysunek i opis)* przez innego projektanta może jednak powodować kolizję z autorskimi prawami osobistymi autora projektu, wynikającymi z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 4 lutego 1994 r.

Nałożone na projektanta, nową redakcją ust. 6, zobowiązanie należało traktować jako uzupełnienie listy jego podstawowych, ustawowych obowiązków, wymienionych wcześniej w art. 20 Prawa budowlanego, a zwłaszcza jego ust. 1, pkt 4, gdzie mowa jest o uzgadnianiu możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do projektu. Jednocześnie jednak w przepisach z zakresu odpowiedzialności karnej i zawodowej osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie nie pojawiły się żadne sankcje dla projektanta za odmowę dokonania takiej kwalifikacji, co mogło być prawdopodobnym zachowaniem ze strony projektanta, który nie pełnił funkcji nadzoru autorskiego, i któremu inwestor za taką kwalifikację (a więc i wzięcie odpowiedzialności) nie zamierzał zapłacić, a może nawet do tej pory nie zapłacił za cały wykonany projekt.

Podobnie nierozstrzygnięta pozostała kwestia konsekwencji ewentualnego popełnionego w tej materii błędu, tj. zakwalifikowania, często pod naciskiem inwestora, zamierzonego odstępiania jako nieistotnego, a uznania go, w trakcie procedur związanych z formalnym kończeniem budowy, za istotny przez ograny nadzoru budowlanego, do których kompetencji w międzyczasie trafiły związane z tym postępowania. Jak bowiem wskazuje praktyka, projektant stosunkowo często musi liczyć się z presją ze strony inwestora, aby zamierzone odstępstwo kwalifikować jako nieistotne. Po stronie projektanta konieczna jest w takim przypadku duża dawka asertywności, dokonanie błędnej kwalifikacji może mieć bowiem nadal spore konsekwencje przy formalnym kończeniu budowy. Jeśli bowiem nadzór budowlany w trakcie obowiązkowej kontroli przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie stwierdzi, że zmiany te miały charakter istotny, a kwalifikacja projektanta była błędna, sytuacja inwestora będzie nie do pozazdroszczenia (wystarczy spojrzeć na treść dwóch ostatnich ustępów art. 59f).

Podobnie w kłopotliwym położeniu znajdzie się projektant, bo – mimo iż – jak już wyżej wspomniano – nie ma w ustawie określonej sankcji z zakresu jego odpowiedzialności karnej czy zawodowej, jednak za dokonanie błędnej kwalifikacji na pewno liczyć się można z odpowiedzialnością cywilną w stosunku do inwestora, na zasadach ogólnych, określonych w Kodeksie cywilnym.

Bardzo istotnym elementem całej regulacji jest jednoznaczne określenie kolejności działań inwestora – najpierw decyzja administracyjna o zmianie pozwolenia na budowę, potem dopiero dokonanie zamierzonej zmiany (odstępiania).

Jest oczywiste, że innej kolejności żaden przepis nie może dopuścić, ale również nie da się nie zauważyć, że niekiedy z przyczyn obiektywnych dokonanie takiego odstępstwa jest nakazem chwili, może wręcz warunkować dalsze prowadzenie robót i trudno sobie wyobrazić przerywanie realizacji na stosunkowo długi czas niezbędny do uzyskania ostatecznej zamienną decyzji o pozwoleniu na budowę.

Tryb wydania decyzji zamienną nie jest w ustawie oddzielnie sprecyzowany. Pozwala to przyjąć, że także w tym przypadku zastosowanie znajdują:

- art. 28 Prawa budowlanego (PB), w tym 28 ust. 2, 3 i 4 z określeniem stron postępowania administracyjnego,
- art. 35 Kodeksu postępowania administracyjnego (Kpa) i 35 PB z terminami wydawania decyzji i sankcjami za jej niewydanie w terminie (ale z uwzględnieniem okoliczności podanych w art. 35 ust 5 Kpa i art. 35 ust. 8 PB) oraz
- art. 35a PB przypominający o możliwości zaskarżenia decyzji ostatecznej do sądu administracyjnego.

Cała ta procedura może trwać miesiące, a w przypadku np. konieczności zmiany decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu lub wniesienia przez strony postępowania skarg do sądu administracyjnego na zamienną decyzję o pozwoleniu na budowę, nawet całe lata.

Co można zrobić w takim przypadku? Często pytają mnie o to uczestnicy różnych licznych szkoleń, jakie mam okazję prowadzić. Zwykle radzę, że jeśli jest bezwzględna konieczność niezwłocznego wprowadzenia takiej istotnej zmiany, to trzeba ją wprowadzić i równolegle zacząć załatwiać zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę. Pamiętając także o tym, aby żadna adnotacja zmiany tej dotycząca nie znalazła się w dzienniku budowy przed otrzymaniem takiej zamienną decyzji.

A co się stanie, jak takiej decyzji zamienną nie uda się z jakiś przyczyn jednak uzyskać, albo zmiana ta, jako już wprowadzona, zostanie w jakiś sposób wykryta przez nadzór budowlany?, pytają słuchacze. No cóż, na ogół odpowiadam, że nie można na raz martwić się wszystkim, że nie należy z góry zakładać czarnego scenariusza, bo w sumie nic mądrzejszego nie da się odpowiedzieć.

Znaczne wątpliwości budzi też nadal redakcja ust 5. Dlaczego nie definiuje on pojęcia istotnego odstępstwa i został sformułowany w formie negatywnej („nieistotne jest ... co nie dotyczy...”). Z jednej strony taka redakcja wydaje się wiązać organy w zakresie konieczności uznania wszelkich odstępstw niedotykających elementów wymienionych w ust. 5 za nieistotne (choć w niektórych wyrokach sądów administracyjnych, np. w wyroku WSA z listopada 2005 r. – VII SA/Wa 641/05 czy wyroku WSA z listopada 2007 r. – II SA/Ke 518/07 – stwierdzono dokładnie coś przeciwnego), ale czy na pewno każda zmiana dotycząca tych wymienionych w ust. 5 elementów musi być automatycznie zakwalifikowana jako istotna, czy też w dalszym ciągu organ nadzoru

budowlanego ma możliwość tzw. uznania administracyjnego?

Jak należy np. poprawnie interpretować pierwszy punkt ust. 5? Czy rzeczywiście każda zmiana w zakresie objętym projektem zagospodarowania działki lub terenu, np. lokalizacji nawet najmniej ważnego elementu tego zagospodarowania, musi być automatycznie kwalifikowana jako odstępstwo istotne?

Przykładowo, wg rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (ale także poprzednich wersji tego rozporządzenia z lat 1995, 1998 i 2003), wymóg w stosunku do części rysunkowej projektu zagospodarowania działki lub terenu (par. 8, ust. 3, pkt 2 i 4 brzmi:

3. Część rysunkowa, sporządzona na mapie, z uwzględnieniem § 7, powinna określać:

.....

2) ..... układ komunikacji wewnętrznej przedstawiony w nawiązaniu do istniejącej i projektowanej komunikacji zewnętrznej, określający układ dróg wewnętrznych, ....., placów i chodników, ....

.....

4) ukształtowanie zieleni, z oznaczeniem istniejącego zadrzewienia podlegającego adaptacji lub likwidacji, oraz układ projektowanej zieleni wysokiej i niskiej.....

Czy zatem zmiana trasy ścieżki prowadzącej od furki w ogrodzeniu do ganku domku jednorodzinny czy letniskowego lub zmiana usytuowania klombu („zieleni niska”) powinna pociągać za sobą konieczność składania wniosku o wydanie nowego pozwolenia na budowę? Rozterkę taką widać nawet w niektórych publikacjach, np. w monografii autorstwa Roberta Dziwińskiego i Pawła Ziemińskiego, gdzie w części poświęconej art. 36a napisano, że w zakresie ust. 5, pkt. 1 chodzi „przede wszystkim o zmiany usytuowania obiektu na działce”.

Bo faktycznie, trudno sobie wyobrazić konsternację w starostwie (formalnie – u starosty, jako organu administracji architektoniczno-budowlanej), jaką sprawiłoby pojawienie się tam inwestora z wnioskiem o zmianę pozwolenia na budowę ze względu na planowane przez siebie przesunięcie klombu czy rabatki z kwiatami.

Formalnie organ ten będzie zobowiązany do potwierdzenia zasadności wniosku inwestora o zamienną decyzję o pozwoleniu na budowę, wynikającą z zamiaru przesunięcia pergoli czy śmietnika. Ale jak jednak sensownie wytłumaczyć temu inwestorowi, że jeżeli ten składany przez niego wniosek zawiera w sobie także opis daleko idących zmian w zakresie wyposażenia instalacyjnego, rozwiązań konstrukcyjnych fundamentów czy kolorystyki elewacji budynku, to właściwie te akurat odstępstwa należy traktować jako nieistotne.

Wątpliwości budzi także brak pozostawienia w drugim punkcie ust. 5 jakiegokolwiek, choćby minimalnego marginesu swobody w zakresie parametrów charakterystycz-

nych, jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość. Ponieważ w budownictwie wymiary określamy z dokładnością do 1 cm, czy naprawdę wzniesienie budynku o 1 cm krótszego, lecz za to o 1 cm szerszego niż podano to w części graficznej projektu budowlanego musi już automatycznie oznaczać, że dokonano istotnego odstępstwa od projektu i bez zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę jest to działanie nielegalne?

Przecież taka, lub nawet większa, kilkucentymetrowa odchyłka może być konsekwencją użycia nieznacznie odbiegających do wymiarów normowych cegieł lub pustaków czy grubości spoin wykonanych przez murarza (nawet stara „murowa” Polska Norma z 1968 roku dopuszczała wahania szerokości pionowej spoiny muru z cegły ceramicznej pełnej wynoszące od 5 do 15 mm).

Problemów tych nie rozwiewają też wyroki sądów administracyjnych rozpatrujących sprawy sporne z zakresu związanego z art. 36a.

Pamiętam, jak na pewnym przeprowadzonym szkoleniu pokazałem słuchaczom cztery, niżej zamieszczone, z tego dwa wydane w odstępie jednego dnia, wyroki różnych sądów administracyjnych.

#### **Wyrok WSA w Kielcach 22 listopada 2007 r. II SA/Ke 518/07**

Zmianę konstrukcji ścian i stropu istniejącego budynku związaną z wymianą ścian i stropu z drewnianych na murowane zakwalifikować należy do istotnych odstępstw w rozumieniu art. 36a ust. 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.).

#### **Wyrok WSA w Gdańsku z 29 maja 2008 r. II SA/Gd 117/08**

Za istotne odstępstwo należy uznać budowę obiektu o większej liczbie kondygnacji oraz o innym „przeznaczeniu”, jak też zmianę zamierzonego sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części, czy też budowę obiektu o innym przeznaczeniu. Przekroczenie wymiarów szerokości garażu o 10 cm można uznać za odstępstwo nieistotne. Nieznaczna zmiana elewacji, geometrii dachu, w szczególności kąta nachylenia, wysokości kalenicy układu połaci dachowych nie jest kwalifikowana jako istotne odstępstwo od warunków pozwolenia na budowę. Zmiana użytkowania dachu garażu jako tarasu, i w swojej istocie wykonanie garażu z tarasem użytkowym, stanowi istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego.

#### **Wyrok WSA w Łodzi z 30 maja 2008 r. II SA/Łd 271/08**

Wykonanie przez inwestorów szczelnego zbiornika na ścieki w innym miejscu niż ustalone w pozwoleniu na budowę jest istotnym odstępstwem od zatwierdzonego projektu budowlanego wymagającym uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę, o której mowa w art. 36a ust. 1 Prawa budowlanego. Zmiany przebiegu przyłącza wodnego i elektrycznego NN nie można zakwalifikować do istotnego odstępstwa od zatwierdzonego projektu budowlanego.

#### **Wyrok WSA w Warszawie z 5 maja 2010 r. VII SA/Wa 145/10**

Art. 36a p.b. nie przewiduje gradacji, która umożliwiłaby zmianę charakterystycznego parametru w części inwestycji. Nie wskazuje, iż zmiana szerokości o charakterze niewielkim (np. o kilkadziesiąt centymetrów) już taką nie jest.

*„Boże, jedyne co wiadomo, to, że nic nie wiadomo”, westchnął ktoś głośno z głębi sali wykładowej.*

W zakresie odchyłek wymiarowych środowisko projektantów budowlanych wypracowało już pewną praktykę, która choć częściowo może chronić inwestora od konsekwencji wynikających z art. 36a, ale także z art. 59÷59g. Polega ona na dość prostym pomysle zamieszczenia w opisie technicznym projektu zagospodarowania działki lub terenu uwagi o możliwości zmiany usytuowania elementów zagospodarowania działki w stosunku do rozwiązania podanego w części graficznej tego projektu, oczywiście z dodatkowym zastrzeżeniem, że o ile nie spowoduje to kolizji z wymaganiami obowiązujących przepisów, w tym przepisów techniczno-budowlanych. Podobnie w opisie projektu architektoniczno-budowlanego można wpisać dopuszczenie w trakcie realizacji do pewnych odchyłek od wymiarów podanych na rysunkach tej części projektu.

Inwestor „złapany” na pewnych odstępstwach od projektu, nawet tych bezsprzecznie w świetle określeń ustawowych należących do kategorii istotnych, może wtedy dość skutecznie tłumaczyć się, że tak naprawdę żadne odstępstwo od projektu i warunków pozwolenia na budowę nie miało miejsca. Wszak właśnie projekt budowlany takie zmiany, o ile tylko mieściły się granicach podanych w nim tolerancji, dopuszczał. I projekt ten był (w całości, a więc także wraz z uwagą o możliwości zmian usytuowania czy wymiarów) zatwierdzony w decyzji administracyjnej o pozwoleniu na budowę, więc o żadnym naruszeniu warunków tego pozwolenia mowy być nie może.

Przed formalnym zakończeniem budowy, jednym z koniecznych do złożenia w organie nadzoru budowlanego dokumentów jest oświadczenie kierownika budowy m.in. o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami. Jest oczywiste, że złożenie oświadczenia w dosłownym brzmieniu przewidzianym przez ustawę, w sytuacji zrealizowania obiektu budowlanego z dokonanymi w trakcie jego budowy nawet nieistotnymi modyfikacjami, mogłoby stanowić podstawę do pociągnięcia tego kierownika do odpowiedzialności karnej, przewidzianej w przepisach ustawy Kodeks karny.

Dlatego też w większości możliwych do nabycia dzienników budowy, ich ostatnie strony zawierające (choć nieprzewidziany w rozporządzeniu o dzienniku budowy, tablicy informacyjnej i ogłoszeniu bioz) stosowny formularz do wypełnienia, przewidują wariantową treść takiego oświadczenia kierownika, uwzględniającą możliwość podania informacji o dokonanych nieistotnych odstęp-

stwach. Wydaje się jednak, że uzasadnione byłoby dokonanie korekty zapisu art. 59 ust. 2, pkt 2a z oświadczenia „o”, na oświadczenie „na temat” lub „w sprawie” i wtedy potwierdzenie tego oświadczenia przez projektanta (autora projektu?) i ewentualnie ustanowionego inspektora nadzoru inwestorskiego będzie bardziej logiczne.

Wątpliwości budzi także regulacja nakazująca inwestorowi, w przypadku dokonania nieistotnych odstępstw, dołączyć kopie rysunków z projektu z naniesionymi zmianami oraz ewentualnie uzupełniający opis, wyłącznie do składanego w trybie art. 54 ustawy zawiadomienia o zakończeniu budowy i zamiarze rozpoczęcia użytkowania obiektu.

U części inwestorów ugruntowało się zresztą przekonanie, że jeśli budowę można legalnie skończyć na podstawie samego zawiadomienia o jej zakończeniu, to bezpieczniej będzie nie składać wraz z nim żadnych rysunków i opisów pokazujących dokonane zmiany. Prawdopodobieństwo, że służby nadzoru budowlanego skontrolują taką zakończoną budowę jest bardzo małe (w ustawie nie ma bowiem takiego obowiązku) i lepiej będzie nie kusić losu, narażając się na stwierdzenie przez nadzór budowlany, że zmiany te mają jednak charakter istotny. Po 21 dniach od dokonania zgłoszenia, przy braku decyzji o sprzeciwie ze strony nadzoru, można legalnie rozpocząć użytkowanie obiektu i praktycznie takie dokonane w trakcie budowy odstępstwo pozostanie niezauważone, czyli problem rozwiąże się samoistnie.

W przypadku, gdy zakończona budowa dotyczy obiektów bardziej „odpowiedzialnych” kategorii (V, IX–XVIII, XX, XXII, XXIV, XXVII–XXX, wg załącznika do ustawy), tj. wymagających na koniec uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, składania takich rysunków i opisu dotyczącego dokonanych zmian nieistotnych przepis art. 57 ust. 2 nie przewiduje.

Co dzieje się wówczas?

Nadzór budowlany przyjeżdża na kontrolę obowiązkową ze swoim egzemplarzem projektu budowlanego, który otrzymał przed rozpoczęciem budowy od administracji architektoniczno-budowlanej, zgodnie z postanowieniem art. 82b ustawy. Inwestor dysponuje już natomiast projektem z naniesionymi przez projektanta, zakwalifikowanymi przez niego jako nieistotne, zmianami. Według której wersji tego projektu powinno odbyć się sprawdzanie elementów wymienionych w art. 59a?

W tym miejscu doszliśmy do bardzo istotnego braku pełnej korelacji pomiędzy sformułowaniem w art. 36a w formie negatywnej katalogiem zmian o charakterze nieistotnym (wszystko, co nie dotyczy elementów wymienionych w ust. 5, i co nie wymaga ponownego uzyskania jakichkolwiek nowych opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnym), a sprecyzowanym w art. 59a zakresem tematycznym obowiązkowej kontroli przeprowadzanej przez służby nadzoru budowlanego przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. W zakresie rzeczowym tej kontroli można bowiem znaleźć elementy (jak geometria dachu, rozwiązania konstrukcyjne, wy-

posażenie instalacyjne), których zmiana w trakcie budowy stanowi odstępstwo typu nieistotnego w rozumieniu art. 36a.

Co prawda, w protokole wymienionej obowiązkowej kontroli (stanowiącej konieczny fragment procedury wydawania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie), będącym tematem rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 23 czerwca 2003 r. w sprawie wzoru protokołu obowiązkowej kontroli (Dz.U. 2003.132.1231) zawarte jest rozróżnienie stwierdzonych w trakcie tej kontroli odstępstw istotnych (pkt. 8.6 protokołu) i nieistotnych (pkt. 8.7 protokołu), ale już w art. 59f ewidentnie brakuje stwierdzenia, że nieistotne odstępstwo od projektu „wyłapanie” w trakcie tej kontroli nie powinno skutkować wymierzeniem kary. Tym bardziej, że karę tę, biorąc pod uwagę łączne sankcje określone w ust. 5 i 6 artykułu 59a, można określić jako drakońską, tak w wymiarze finansowym (sumowanie kar za każde stwierdzone odstępstwo), jak i proceduralnym (będąc „o krok” od rozpoczęcia użytkowania zrealizowanego obiektu inwestor zostaje „cofnięty” do art. 51, ust. 1, pkt 3 oraz ust. 2, 3, 4 i 5 ustawy). Na takim też stanowisku stanął w pewnej konkretnej sprawie Naczelny Sąd Administracyjny.

#### Wyrok NSA w Warszawie z 7 lipca 2008 r. II OSK 712/08

Nie ma podstaw do przyjęcia, iż jedynie nieprawidłowości mające charakter „istotnych” odstępstw od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę pozwalają na wymierzenie kary w trybie art. 59f ust. 1 p.b.

Opisane wątpliwości z pewnością nie stanowią wszystkich problemów związanych z art. 36a, a ograniczone ramy artykułu nie pozwalają na szersze ich omawianie. Wydaje się jednak, że nawet te tylko pokrótce naszkicowane kwestie powinny być wzięte pod uwagę przy prowadzonych pracach nad zapowiadaną od dawna kompleksową nowelizacją całego Prawa budowlanego. Na zakończenie warto jeszcze zerknąć, jak kwestia ta była uregulowana w przedwojennych przepisach. Regulowały wówczas ją trzy, krótko sformułowane artykuły, od 352 do 354, o treści jak niżej.

**Art. 352.** Od postanowień i warunków udzielonego pozwolenia, jako też zatwierdzonego projektu, odstępować nie wolno.

**Art. 353.** W wypadkach, gdy zachodzi potrzeba wykonania robót, nieprzewidzianych w udzielonym pozwoleniu, wymagających uzyskania pozwolenia w drodze zatwierdzenia projektu w myśl art. 333, lub uzyskania pozwolenia w myśl art. 334 – roboty te mogą być wykonane tylko po uzyskaniu pozwolenia odnośnej władzy.

**Art. 354.** O ile chodzi o roboty, wymagające zgłoszenia, roboty te powinny być zgłoszone do właściwej władzy.

Wydaje się więc, że było jednak prościej niż w wersji, której dopracowaliśmy się obecnie.