



P O L S K A

I Z B A

INŻYNIERÓW

BUDOWNICTWA SD/2562/15

L.dz. SD-0064-0017(3)/14

Sygn. akt KSD/22/14

Warszawa, dnia 15 stycznia 2015 r.

Decyzja Nr 3/14

Krajowego Sądu Dyscyplinarnego Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa

Na podstawie art. 138 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity - Dz. U. z 2013 r., poz. 267 z późn. zm.) w związku z art. 37 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (tekst jednolity - Dz. U. z 2013 r., poz. 932 z późn. zm.), po rozpatrzeniu w dniu 15 stycznia 2014r. odwołania Pana _____ z dnia 13 listopada 2014 r. od decyzji Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr 15/Z/14 z dnia 23 października 2014 r., Krajowy Sąd Dyscyplinarny Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa:

uchyla
zaskarżoną decyzję w całości
i przekazuje sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji.

UZASADNIENIE

Pan _____ posiada uprawnienia budowlane z dnia 4 czerwca 2004 r. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Pismem z dnia 18 marca 2014 r. PINB dla powiatu krakowskiego-ziemskiego w Krakowie wniósł do OROZ Małopolskiej OIIB o wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności zawodowej w budownictwie Pana _____ któremu zarzucił popełnienie wykroczenia polegającego na kierowaniu robotami budowlanymi w sposób odbiegający od ustaleń i warunków określonych w przepisach, pozwoleniu na budowę oraz istotnie odbiegający od zatwierdzonego projektu dla inwestycji „Budowa budynku handlowo-usługowo-magazynowego z poddaszem mieszkalnym wraz z infrastrukturą techniczną: elektryczną, instalacjami sanitarnymi wod-kan, gazu, c.o. na działkach nr _____ w miejscowości _____

Do wniosku PINB załączył:

- kopię protokołu kontroli obowiązkowej przeprowadzonej w dniu 5 lutego 2014 r.
- kopię mandatu karnego nałożonego na kierownika budowy w dniu 25 lutego 2014 r.,
- kopię rysunków zamiennych dołączonych do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie z kwalifikacją projektanta, która na podstawie art. 81 ust. 1 pkt 1d Prawa budowlanego została zakwestionowana przez PINB w ramach sprawowanego nadzoru.

W piśmie z dnia 3 czerwca 2014 r. Pan _____ wyjaśnił, że kierował robotami zgodnie z projektem budowlanym i zmianami wprowadzonymi w trakcie budowy. Zmiany do projektu wprowadzał autor projektu na wniosek inwestora, kwalifikując je jako nieistotne. Projektant decydował więc o tym, że nie jest konieczne wystąpienie o zamienne pozwolenie na budowę. Ewentualne postępowanie zawodowe powinno więc dotyczyć projektanta a nie kierownika budowy.

Pan _____ wniósł o umorzenie postępowania powołując się na wynikające z art. 100 Prawa budowlanego przedawnienie. Wskazał, że dokonany w dniu 3 kwietnia 2011 r. wpisem do dziennika budowy potwierdził zakończenie robót budowlanych oraz zawniósł do inwestora o przeprowadzenie procedury administracyjnej oddania obiektu do użytkowania. Z nieznanymi przyczynami inwestor blisko 3 lata zwlekał ze złożeniem wniosku o pozwolenie na użytkowanie. Od dnia zakończenia robót budowlanych (3 kwietnia 2014 r.) do dnia wszczęcia postępowania (13 maja 2014 r.) upłynęły ponad 3 lata.

W dniu 8 lipca 2014 r. OROZ Małopolskiej OIIB przesłuchał w charakterze strony Pana _____ Strona potwierdziła swoje wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 3 czerwca 2014 r. Dodała, że w chwili dokonywania wpisu o zakończeniu budowy teren budowy był uporządkowany i doprowadzony do stanu pierwotnego. Kierownik budowy przekazał inwestorowi wszystkie dokumenty niezbędne do uzyskania pozwolenia na budowę. Strona nie była świadoma, że obiekt nie był przekazany do użytkowania mimo prowadzenia w nim działalności przez inwestora.

Pismem z dnia 29 lipca 2014 r. OROZ MOIIB wniósł o ukaranie Pana _____ w trybie odpowiedzialności zawodowej w budownictwie obwiniając go o to, że został ukarany w związku z wykonywaniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie – kierownika budowy budynku handlowo-usługowo-magazynowego z poddaszem mieszkalnym wraz z infrastrukturą techniczną: elektryczną, instalacjami sanitarnymi wod-kan, gazu, c.o. na działkach nr _____ w miejscowości _____ (art. 95 pkt 2 Prawa budowlanego).

W uzasadnieniu wskazał, że powyższa budowa była realizowana na podstawie decyzji Starosty Krakowskiego z dnia 9 września 2009 r. Do zatwierdzonego projektu budowlanego jego autor Pan _____ w trakcie realizacji budowy wprowadzał zmiany, kwalifikując je jako nieistotne, przy czym niektóre z nich były zmianami istotnymi.

PINB dla powiatu krakowskiego-ziemskiego w Krakowie w dniu 5 lutego 2014 r. dokonał kontroli przedmiotowej budowy podczas której stwierdził, że została ona zrealizowana z odstępstwami od zatwierdzonego projektu budowlanego, przy czym część zmian miała charakter odstępstw istotnych. Zmiany polegały na wykonaniu nieprzewidzianych w projekcie budowlanym zewnętrznych schodów do budynku od strony północnej, rezygnacji z wykonania schodów od strony południowej i zachodniej, rezygnacji z wykonania miejsc postojowych w piwnicy budynku, zmianie powierzchni biologicznie czynnej, zmianie lokalizacji i powierzchni pomieszczenia kotłowni, zmianie lokalizacji pionów kominowych i wentylacyjnych, wykonaniu dodatkowych ścianek działowych i drzwi w poziomie piwnicy, zmianie w sposobie wykonania muru oporowego od strony południowej budynku, wykonaniu dodatkowych drzwi od strony zachodniej w poziomie parteru, rezygnacji z wykonania ścian działowych na parterze budynku, zmianie wielkości otworu okiennego na parterze budynku, zmianie układu funkcjonalnego pomieszczeń w poziomie I piętra oraz poddasza budynku.

Pan _____ został ukarany przez PINB mandatem karnym w wysokości 500 zł. za popełnienie wykroczenia z art. 93 ust. 6 Prawa budowlanego (wykonywanie robót budowlanych w sposób istotnie odbiegający od projektu budowlanego). Mandat został przyjęty w dniu 25 lutego 2014 r. Według art. 22 pkt 3 Prawa budowlanego do podstawowych obowiązków kierownika budowy należy między innymi zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami w tym techniczno-budowlanymi oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy.

W ocenie OROZ w sprawie nie nastąpiło przedawnienie, ponieważ Pan _____ przyjął mandat w dniu 25 lutego 2014 r. a wniosek o ukaranie wpłynął do OSD w dniu 29 lipca 2014 r.

Podczas rozprawy, która odbyła się przed OSD w dniu 7 października 2014 r. Pan _____ wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na to, że upłynęły 3 lata od zakończenia robót budowlanych. Powtórzył także, że w toku budowy dysponował rysunkami zamiennymi potwierdzonymi przez projektanta jako nieistotne odstępstwa od zatwierdzonego projektu budowlanego.

Decyzją nr 15/Z/14 z dnia 23 października 2014 r. OSD Małopolskiej OIIB uznał Pana _____ za winnego popełnienia zarzucanego przez OROZ czynu i z tego tytułu wymierzył karę upomnienia.

W uzasadnieniu wskazał, że Pan _____ pełnił obowiązki kierownika budowy budynku handlowo-usługowo-magazynowego z poddaszem mieszkalnym wraz z infrastrukturą techniczną: elektryczną, instalacjami sanitarnymi wod-kan, gazu, c.o. na działkach nr _____ w miejscowości _____

PINB dla powiatu krakowskiego-ziemskiego w Krakowie w dniu 5 lutego 2014 r. dokonał kontroli przedmiotowej budowy podczas której szereg odstępstw od zatwierdzonego projektu budowlanego, z których część miała charakter odstępstw istotnych. Kierownik budowy został ukarany przez PINB mandatem karnym w wysokości 500 zł. za popełnienie wykroczenia z art. 93 ust. 6 Prawa budowlanego.

Według OSD ustalony stan faktyczny uzasadnia uznanie Obwinionego za winnego zarzucanych mu czynów, ponieważ został on ukarany mandatem karnym za dopuszczenie do wybudowania obiektu budowlanego w sposób istotnie odbiegający od zatwierdzonego projektu budowlanego.

Sąd dyscyplinarny wskazał także, że w sprawie nie nastąpiło przedawnienie, ponieważ trzyletni termin przedawnienia jest liczony od dnia zakończenia robót budowlanych jedynie w sprawach, w których obowiązujące przepisy nie wymagają złożenia przez inwestora zawiadomienia o zakończeniu budowy, czy też uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. W związku z tym, że w przedmiotowej sprawie konieczne było uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, brak jest podstaw do twierdzenia, że termin przedawnienia powinien być liczony od daty dokonania przez kierownika budowy wpisu o zakończeniu budowy w dzienniku budowy.

Pismem z dnia 13 listopada 2014 r. pełnomocnik pana _____ wniósł odwołanie od wydanej decyzji zarzucając naruszenie:
- art. 100 Prawa budowlanego,

- art. 95 pkt 2 i 97 Prawa budowlanego w związku z art. 25 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa,
- art. 7, 75, 76, 76a, 77 § 1, 80 i 197 § 3 K.p.a. w związku z art. 11 ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa.

Rozpatrując wniesione odwołanie KSD PIIB stwierdza, co następuje:

Postępowanie w sprawie odpowiedzialności zawodowej w budownictwie prowadzone jest na podstawie przepisów:

- 1) z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity - Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.),
- 2) ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity - Dz. U. z 2013 r., poz. 932 z późn. zm.),
- 3) Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity - Dz. U. z 2013 r., poz. 267 z późn. zm.).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. OSD nie rozpatrzył całego materiału dowodowego.

Według art. 107 § 3 K.p.a. uzasadnienie faktyczne decyzji powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, zaś uzasadnienie prawne - wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa.

OSD w uzasadnieniu wydanej decyzji dokonał oceny wyłącznie dowodów i stanowiska przedstawionego przez PINB. Uznał, że sam fakt ukarania kierownika budowy mandatem karnym był wystarczający z formalnego punktu widzenia do ukarania w trybie odpowiedzialności zawodowej. OSD nie odniósł się w żaden sposób do twierdzeń strony, że posiadała zgodę projektanta na dokonanie zmian w zatwierdzonym projekcie budowlanym. Wydaje się, że ustosunkowanie się OSD do powyższych twierdzeń powinno mieć kluczowe znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy.

Pan _____ został ukarany przez PINB dla powiatu krakowskiego-ziemskiego w Krakowie mandatem karnym seria CM o numerze _____ w wysokości 500 zł. za popełnienie wykroczenia z art. 93 ust. 6 Prawa budowlanego (wykonywanie robót budowlanych w sposób istotnie odbiegający od projektu budowlanego).

Mandat karny jest niewątpliwie dokumentem urzędowym korzystającym z domniemania prawdziwości. Domniemanie to nie wyłącza jednak możliwości przeprowadzenia kontrdowodu przeciwko treści tego dokumentu.

Według art. 76 § 1 i 3 K.p.a. dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone. Przepisy § 1 i 2 nie wyłączają możliwości przeprowadzenia dowodu przeciwko treści dokumentów wymienionych w tych przepisach.

Istnieje wątpliwość, czy Pan _____ został słusznie ukarany za wykonywanie robót budowlanych niezgodnie z projektem.

Według art. 36a ust. 1, 5 i 6 Prawa budowlanego Istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Nieistotne odstępianie od zatwierdzonego 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) zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu przez osoby niepełnosprawne,
- 4) zmiany zamierzonego sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części,
- 5) 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.

Projektant dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstąpienia oraz jest obowiązany zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje (rysunek i opis) dotyczące odstąpienia, o którym mowa w ust. 5.

W aktach sprawy na kartach 43-49 znajdują się dokonane przez projektanta Pana zmiany w projekcie budowlanym (rysunki) oraz ich kwalifikacja, z której wynika, że są to zmiany nieistotne. Wynika z tego, że projektant zgodnie z art. 36a ust. 6 Prawa budowlanego zamieścił w projekcie budowlanym w zakresie planowanego odstąpienia odpowiednie informacje (rysunek) oraz dokonał ich kwalifikacji, stwierdzając, że są to zmiany nieistotne.

Powyższe może mieć istotne znaczenie dla oceny potencjalnej odpowiedzialności kierownika budowy. Nie posiadał on bowiem kompetencji ani do dokonywania zmian w projekcie, ani do ich kwalifikacji ani wreszcie do oceny zmian po dokonaniu kwalifikacji przez projektanta. Jeżeli więc projektant dokonał w granicach swoich kompetencji odpowiedniej kwalifikacji, to jest ona wiążąca dla kierownika budowy. Oznacza to także, że kierowanie budową według zmienionego w ten sposób projektu (w zakresie zmian nieistotnych) nie jest kierowaniem budową niezgodnie z projektem.

OSD dysponując w zebranych materiale dowodowym zarówno powyższymi rysunkami, jak również wyjaśnieniami w tym zakresie Pana nie może tych dowodów pominąć. Dokumenty te stanowią podstawę do przeprowadzenia kontrdowodu przeciwko domniemaniom wynikającym z wystawionego przez PINB mandatu karnego. Przy wskazanych powyżej wątpliwościach organ I instancji miał nie tylko prawo ale wręcz obowiązek przeprowadzić taki kontrdowód w celu właściwego ustalenia stanu faktycznego sprawy.

Odnosząc się do zarzutu przedawnienia należy wskazać, że ono nie nastąpiło.

Według art. 100 Prawa budowlanego nie można wszcząć postępowania z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie po upływie 6 miesięcy od dnia powzięcia przez organy nadzoru budowlanego wiadomości o popełnieniu czynu, powodującego tę

odpowiedzialność i nie później niż po upływie 3 lat od dnia zakończenia robót budowlanych albo zawiadomienia o zakończeniu budowy lub wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego.

PINB powziął wiadomość o popełnieniu czynu skutkującego ewentualną odpowiedzialnością zawodową w budownictwie w dniu przeprowadzenia obowiązkowej kontroli, tj. w dniu 5 lutego 2014 r. Wniosek o ukaranie wpłynął do OSD w dniu 29 lipca 2014 r. a więc przed upływem 6-miesięcznego terminu przedawnienia. Nie upłynął także drugi, trzyletni termin przedawnienia. Ustawodawca zróżnicował bowiem początek biegu terminu przedawnienia w zależności od kategorii obiektu budowlanego. Tam, gdzie istnieje obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie, jak w niniejszej sprawie, bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się od wydania takiej decyzji, a nie jak podnosi Odwołujący się od dnia faktycznego zakończenia robót budowlanych i potwierdzenia tego faktu w dzienniku budowy.

Zasadny jest natomiast zarzut naruszenia art. 76a K.p.a. poprzez wydanie przez OSD decyzji na podstawie kopii mandatu karnego.

Według art. 76a § 1 K.p.a. jeżeli dokument znajduje się w aktach organu lub podmiotu, o którym mowa w art. 76 § 1 lub 2, wystarczy przedstawić urzędowo poświadczony przez ten organ lub podmiot odpis lub wyciąg z dokumentu. Organ administracji publicznej zażąda udzielenia odpisu lub wyciągu, jeżeli strona sama uzyskać ich nie może. Gdy organ uzna za konieczne przejrzanie oryginału dokumentu, może wystąpić o jego dostarczenie.

Przepis powyższy jest co do zasady skierowany do strony, jednak orzecznictwo sądów administracyjnych wskazuje, że niewiarygodna kopia dokumentu urzędowego nie może korzystać z domniemania prawdziwości.

W wyroku NSA z dnia 14 marca 2013 r. II OSK 2174/11 Sąd stwierdził, że niewiarygodna kserokopia dokumentu urzędowego nie może korzystać z mocy dowodowej oryginału dokumentu. Nie oznacza to jednak, że kserokopia dokumentu urzędowego nie może być środkiem dowodowym w postępowaniu administracyjnym. Różnica w mocy dowodowej polega na tym, że kserokopia właściwie uwierzytelniona korzysta z mocy dokumentu oryginalnego, natomiast brak właściwego uwierzytelnienia powoduje, że taki dokument musi być oceniany w świetle całego materiału dowodowego.

Natomiast w wyroku z dnia 6 października 2010 r. (II OSK 1508/09) NSA wskazał, że Uwierzytelnieniem jest umieszczenie na odpisie lub kserokopii dokumentu oświadczenia zaopatrzonego podpisem, zawierającego stwierdzenie jego zgodności z oryginałem. Niewątpliwie podmiotem uprawnionym do uwierzytelniania dokumentów urzędowych jest organ, który dokumenty te wytworzył.

W związku z brakiem rozpatrzenia przez OSD twierdzeń Pana dotyczących dokonania przez projektanta kwalifikacji dokonanych odstępień zasadny jest także zarzut naruszenia przez OSD przepisów dotyczących postępowania dowodowego tj. art. 7, 75, 76, 77 § 1, 80 i 107 § 3 K.p.a.

WSA w Lublinie w sprawie III SA/Lu 769/11 stwierdził, że obowiązek organu administracji publicznej zebrania i rozpatrzenia w sposób wyczerpujący całego materiału dowodowego jest niezależny od tego, czy materiał dowodowy potwierdza stanowisko strony,

czy też je podważa. Obciąża on zarówno organ pierwszej instancji, jak i organ odwoławczy, ponownie rozpatrujący sprawę. **Wyczerpujące rozpatrzenie materiału dowodowego polega zaś na takim ustosunkowaniu się do każdego ze zgromadzonych w sprawie dowodów, z uwzględnieniem wzajemnych powiązań między nimi, aby uzyskać jednoznaczność ustaleń faktycznych i prawnych. Ocena materiału dowodowego następuje natomiast zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, określoną w art. 80 k.p.a. Brak uzasadnienia zaskarżonej decyzji należytego rozważenia przez organ w sposób kompleksowy wszystkich dowodów, stanowi o naruszeniu art. 107 § 3 k.p.a. w zakresie uzasadnienia faktycznego decyzji.**

Natomiast WSA w Krakowie w sprawie II SA/Kr 1610/11 wskazała, że **obowiązkiem organu rozstrzygającego sprawę - w ramach motywowania podjętej decyzji - jest ustosunkowanie się do wszystkich zarzutów podnoszonych przez stronę w trakcie toczącego się postępowania, odzwierciedlenie tego winno znaleźć się w uzasadnieniu decyzji.**

NSA w sprawie I OSK 2006/10 stwierdził, że decyzje wydawane w ramach uznania administracyjnego, a taką jest decyzja o skreśleniu z listy studentów na podstawie art. 190 ust. 2 pkt 2 p.s.z.w., jest poddana szczególnym rygorom w zakresie uzasadnienia, które powinno zawierać wszechstronną analizę zgromadzonego materiału dowodowego i wyczerpująco uargumentowane stanowisko organu. Z uzasadnienia decyzji uznaniowej powinno wynikać, że wszystkie okoliczności istotne dla sprawy zostały rozważone i ocenione, a ostateczne rozstrzygnięcie jest ich logiczną konsekwencją. **Niedopuszczalne jest uchylanie się od oceny zarzutów podnoszonych przez stronę, natomiast organ w przypadku rozstrzygnięcia negatywnego dla strony powinien wykazać, że nie mógł inaczej orzec z uwagi na konkretne okoliczności prawne lub faktyczne.**

Odwołując się do powyższych orzeczeń należy stwierdzić, że OSD skupił się wyłącznie na formalnej, wynikającej z art. 76 § 1 K.p.a. ocenie wystawionego mandatu karnego. Nie dokonał analizy innych istotnych dla rozstrzygnięcia dowodów w kontekście całego materiału dowodowego. Nie dokonał oceny dowodów mówiących o dokonanej przez projektanta kwalifikacji wprowadzonych do projektu zmian, a w konsekwencji nie przeprowadził kontrdowodu w celu ewentualnego obalania domniemań wynikających z mandatu karnego.

Według art. 77 § 1 K.p.a. organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy. Przepis art. 80 stanowi natomiast, że organ administracji publicznej ocenia na podstawie całokształtu materiału dowodowego, czy dana okoliczność została udowodniona.

NSA w wyroku z dnia 28 marca 2012 r. I OSK 563/11 wskazał, że **jako dowolne należy traktować ustalenia faktyczne znajdujące wprawdzie potwierdzenie w materiale dowodowym, ale niekompletnym czy nie w pełni rozpatrzonym.** Zarzut dowolności wykluczają dopiero ustalenia dokonane w całokształcie materiału dowodowego, zgromadzonego i rozpatzonego w sposób wyczerpujący, a więc przy podjęciu wszystkich kroków niezbędnych dla dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego jako warunku niezbędnego wydania decyzji o przekonującej treści.

W sprawie II GSK 118/12 NSA wskazał, że z zasady wyrażonej w art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a. wynika, że **organ ma obowiązek rozpatrzyć wszystkie dowody zgromadzone lub odzwierciedlone w aktach sprawy oraz powinien je rozpatrzyć w ich wzajemnej**

łączności. Organ nie może pominąć jakiegokolwiek dowodu przeprowadzonego ani też uwzględnić dowodu, którego nie ma w aktach sprawy.

Podobnie wskazał NSA w sprawie I OSK 135/11 stwierdzając, że **jako dowolne należy traktować ustalenia faktyczne mogące znaleźć wprawdzie potwierdzenie w materiale dowodowym, ale niekompletnym czy nie w pełni rozpatrzonym.**

Według art. 138 § 1 i 2 K.p.a. Organ odwoławczy wydaje decyzję, w której:

- 1) utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję albo
- 2) uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy albo uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, albo
- 3) umarza postępowanie odwoławcze.

Organ odwoławczy może uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji, gdy decyzja ta została wydana z naruszeniem przepisów postępowania, a konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie. Przekazując sprawę, organ ten powinien wskazać, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ponownym rozpatrzeniu sprawy.

Przepis art. 138 § 2 pozwala organowi odwoławczemu na wydanie decyzji kasacyjnej, jeżeli decyzja organu I instancji została wydana z naruszeniem przepisów postępowania, a konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie.

Niewątpliwie decyzja OSD została wydana z naruszeniem wskazanych powyżej przepisów procesowych dotyczących wszechstronnej i całościowej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego. Konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy dotyczy właśnie ustalenia stanu faktycznego oraz dokonania oceny dowodów czyli rozpatrzenia materiału dowodowego.

Organ odwoławczy nie może po raz pierwszy ustalić stanu faktycznego i rozpatrzyć zebranych dowodów, ponieważ strona zostałaby pozbawiona jednej instancji rozpoznawania sprawy w tym zakresie. Wprawdzie sprawa przeszłaby formalnie przez dwie instancje, ale materialna ocena dowodów dokonałaby się jedynie w II instancji. Stanowiłoby to naruszenie art. 15 K.p.a.

W wyroku WSA z dnia 3 lutego 2012 r. (I SA/Wa 1411/11) Sąd wskazał, że **idea zasady dwuinstancyjności sprowadza się do obowiązku dwukrotnego merytorycznego rozpoznania sprawy zarówno w zakresie ustalenia stanu faktycznego, wskazania dowodów, oceny tych dowodów oraz rozważań prawnych, które mają w tej sprawie zastosowanie.**

Podobnie wskazał NSA w sprawach I OSK 2086/10 i II OSK 672/10 stwierdzając, że 1) postępowanie administracyjne jest dwuinstancyjne, a zatem **organ odwoławczy i postępowanie, które przed nim się toczy, nie może zastępować postępowania przed organem pierwszej instancji.** Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem weryfikującym rozstrzygnięcie organu pierwszej instancji i ewentualnie w niezbędnym zakresie uzupełniającym materiał dowodowy zgromadzony przed organem niższej instancji. Nie może więc ono wchodzić w rolę postępowania administracyjnego ogólnego załatwiającego sprawę strony, ponieważ naruszałoby to prawo strony do rzetelnej kontroli rozstrzygnięć organów

