



Warszawa, dnia 25 września 2019 r.

GENERALNY DYREKTOR OCHRONY ŚRODOWISKA

DOOŚ-WDŚ/ZIL.420.151.2018.EO.7

DECYZJA

Na podstawie art. 138 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2018 r., poz. 2096), dalej *k.p.a.*, oraz art. 71 ust. 2 pkt 2 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* (Dz. U. z 2018 r., poz. 2081), dalej ustawa *o.o.*, po rozpatrzeniu odwołania Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, dalej ZDW w Olsztynie, z dnia 3 sierpnia 2018 r. od decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Olsztynie, dalej RDOŚ w Olsztynie, z dnia 19 lipca 2018 r., znak: WOOŚ.4210.9.2017.JC.35, odmawiającej zgody na realizację przedsięwzięcia polegającego na *rozbudowie drogi wojewódzkiej nr 592 na odcinku Kętrzyn – Giżycko, w województwie warmińsko-mazurskim*,

**uchylam w całości zaskarżoną decyzję i przekazuję sprawę
do ponownego rozpatrzenia organowi I instancji.**

Uzasadnienie

Decyzją z dnia 19 lipca 2018 r., znak: WOOŚ.4210.9.2017.JC.35, RDOŚ w Olsztynie odmówił zgody na realizację ww. przedsięwzięcia. W uzasadnieniu decyzji organ I instancji wskazał, iż wszystkie zaproponowane w raporcie o oddziaływaniu ww. przedsięwzięcia na środowisko warianty technologiczne (warianty IA, IB i II) oraz warianty związane z wycinką drzew w pasie drogowym (warianty A i B) doprowadzą do znacznego negatywnego oddziaływania na chronione gatunki zwierząt i grzybów oraz lokalne walory przyrodniczo-krajobrazowe. Z tego też względu organ I instancji przedstawił wnioskodawcy do uzgodnienia, na podstawie art. 81 ust. 1 ustawy *o.o.*, wariant inny niż proponowany przez inwestora, zakładający zachowanie na wskazanych odcinkach drogi najcenniejszych alei drzew oraz określający sposób prowadzenia prac (nienaruszający systemu korzeniowego drzew). Jak wskazano w uzasadnieniu

ww. decyzji, proponowane do zachowania we właściwym stanie odcinki alei stanowią zwarte, dobrze zachowane fragmenty zadrzewień, odgrywające kluczową rolę dla utrzymania populacji pachnicy dębowej w północnej i północno-wschodniej części województwa warmińsko-mazurskiego. Z uwagi na brak zgody inwestora na realizację przedsięwzięcia w wariancie zaproponowanym przez organ I instancji, odmówiono zgody na realizację ww. przedsięwzięcia.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2018 r. odwołanie od ww. decyzji RDOŚ w Olsztynie złożył ZDW w Olsztynie. W odwołaniu wniesiono o uchylenie ww. decyzji RDOŚ w Olsztynie w całości i umorzenie postępowania I instancji na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a.

W ocenie odwołującego się, za zasadnością wyeliminowania z obrotu prawnego ww. decyzji RDOŚ w Olsztynie przemawiają następujące względy:

1. W bezpośrednim sąsiedztwie przedmiotowej inwestycji znajdują się zwarte szpalery drzew, które ze względu na wiek, średnicę i dobór gatunkowy, mogą stanowić siedliska cennych gatunków entomofauny i lichenobioty. Co więcej, w odległości ok. 4 km przy drodze wojewódzkiej nr 650 na odcinku Stara Różanka – Srokowo występują stanowiska pachnicy dębowej i chronionych porostów, potwierdzone w trakcie przeprowadzonej inwentaryzacji przyrodniczej w 2010 r. Tym samym stwierdzenie RDOŚ w Olsztynie, iż warianty wskazane w raporcie o oddziaływaniu ww. przedsięwzięcia na środowisko mogą doprowadzić do całkowitego zniszczenia lokalnej/regionalnej populacji cennych gatunków jest nieuzasadnione.
2. Konsekwencją uwzględnienia wariantu realizacji inwestycji proponowanego przez RDOŚ w Olsztynie, zakładającego ograniczenie wycinki drzew na wybranych odcinkach drogi, będzie brak możliwości: poprawy bezpieczeństwa ruchu, przebudowy jezdni z pobocząmi, budowy chodników, ciągów pieszo-rowerowych i przystanków autobusowych, prawidłowego odwodnienia drogi, wpływającego na trwałość korpusu drogi i niszczenie nawierzchni.
3. Proponowany przez RDOŚ w Olsztynie wariant realizacji przedsięwzięcia jest niezgodny z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie* (Dz. U. z 2016 r., poz. 124) i uniemożliwia realizowanie statutowych zadań zarządcy drogi wynikających z ustawy z dnia 21 marca 1985 r. *o drogach publicznych* (Dz. U. z 2018 r., poz. 2068).

Pismem z dnia 25 kwietnia 2019 r., znak: ZDW-IP/2301/241/2019, ZDW w Olsztynie wyjaśnił, iż w odwołaniu z dnia 3 sierpnia 2018 r. błędnie określono zakres żądania. W piśmie wskazano, iż odwołujący się wnioskuję o „uchylenie decyzji w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy lub przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji”,

a nie o uchylenie ww. decyzji RDOŚ w Olsztynie w całości i umorzenie postępowania I instancji na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a.

W toku postępowania odwoławczego ustalono, co następuje.

Istotą zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego jest dwukrotne rozpatrzenie i rozstrzygnięcie tej samej sprawy wyznaczonej treścią zaskarżonej decyzji. Wpływa stąd obowiązek traktowania postępowania odwoławczego jako powtórzenia rozstrzygnięcia tej samej sprawy. Decyzja organu odwoławczego jest więc takim samym aktem stosowania prawa, jak decyzja organu I instancji, zaś działanie organu II instancji ma charakter równoważny działaniu organu I instancji, a nie kontrolny.

Po przeanalizowaniu akt przedmiotowej sprawy Generalny Dyrektor Ochrony Środowiska, dalej GDOŚ, stoi na stanowisku, iż w okolicznościach niniejszej sprawy zachodzi konieczność wyeliminowania ww. decyzji RDOŚ w Olsztynie z obrotu prawnego na podstawie art. 138 § 2 k.p.a.

W myśl art. 138 § 2 k.p.a. organ odwoławczy może uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi I 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. Zgodnie z orzecznictwem sądowo-administracyjnym, określenie „konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie” jest określeniem niejasnym i nieprecyzyjnym. Należy przyjąć, że stwierdzenie „koniecznego do wyjaśnienia zakresu sprawy” jest równoznaczne z nieprzeprowadzeniem przez organ I instancji postępowania wyjaśniającego w całości lub znacznej części, co uniemożliwia rozstrzygnięcie sprawy przez organ odwoławczy zgodnie z zasadą dwuinstancyjności postępowania administracyjnego (por. wyroki WSA w Krakowie z dnia: 7 lipca 2013 r., sygn. akt II SA/Kr 1597/12, 8 stycznia 2013 r., sygn. akt II SA/Kr 962/12, 17 grudnia 2012 r., sygn. akt II SA/Kr 1351/12).

„Konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w całości ma miejsce w szczególności wówczas, gdy Organ I instancji nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, a brak ten nie może być sanowany w postępowaniu odwoławczym, bowiem naruszałoby to zasadę dwuinstancyjności postępowania. Przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w całości będzie niezbędne również wtedy, gdy Organ I instancji przy rozpatrywaniu sprawy naruszył przepisy postępowania w takim stopniu, które czynią sprawę niewyjaśnioną w całości, co z kolei nie zezwala Organowi drugiej instancji na zastosowanie art. 136 k.p.a.” (wyrok WSA w

Warszawie z dnia 10 sierpnia 2006 r., sygn. akt I SA/Wa 1006/06; wyrok NSA w Warszawie z dnia 28 września 2001 r., sygn. akt V SA 239/01).

O konieczności wyeliminowania z obrotu prawnego decyzji RDOŚ w Olsztynie przesądziły następujące kwestie: 1) naruszenie przez organ I instancji art. 81 ust. 1 ustawy *oś*, poprzez jego błędną wykładnię i w efekcie nieprawidłowe zastosowanie w niniejszej sprawie; 2) niewłaściwe przeprowadzenie oceny oddziaływania planowanego przedsięwzięcia na środowisko, poprzez brak uzyskania wymaganych przepisami ustawy *oś* opinii i uzgodnień, a także pominięcie procedury z udziałem społeczeństwa. Z uwagi na powyższe, nie było podstaw do zastosowania w postępowaniu drugoinstancyjnym art. 136 *k.p.a.*

Organ I instancji, na podstawie zgromadzonej dokumentacji sprawy, doszedł do przekonania, że wszystkie warianty realizacji inwestycji przedstawione w raporcie o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko (warianty technologiczne: IA, IB i II; warianty związane z wycinką drzew w pasie drogowym: A i B) doprowadzą do znacznego negatywnego oddziaływania na chronione gatunki zwierząt i grzybów oraz lokalne walory przyrodniczo-krajobrazowe. Zdaniem organu I instancji żaden z ww. wariantów nie jest korzystny dla środowiska i nie zapewnia utrzymania siedlisk i biotopów pozwalających na zachowanie wszystkich chronionych populacji lichenobioty i entomofauny. W uzasadnieniu skarżonej decyzji wskazano również, że wybór każdego z zaproponowanych w raporcie wariantów realizacji inwestycji może doprowadzić do całkowitego zniszczenia lokalnej/regionalnej populacji pachnicy dębowej, znaczącej utraty stanowisk lęgowych ptaków i zniszczenia populacji porostów.

Ze względu na powyższe, organ I instancji pismem z dnia 8 maja 2018 r., znak: WOŚ.4210.9.2017.JC.25, zwrócił się do inwestora o wyrażenie zgody na realizację ww. przedsięwzięcia w nowym wariancie uwzględniającym następujące założenia:

„I. Proponowany wariant związany z wycinką drzew:

1. Należy odstąpić od wycinki drzew w alejach przydrożnych (zakaz wycinki drzew przy krawędzi jezdni oraz w drugim rzędzie po obu stronach drogi) w następującym kilometrażu projektowym drogi wojewódzkiej nr 592 Kętrzyn – Giżycko:

- a) od km 2+000 do km 4+700,
- b) od km 9+263 do km 12+500,
- c) od km 17+600 do km 17+900,
- d) od km 18+300 do km 18+700,
- e) od km 19+600 do km 24+400,
- f) od km 25+700 do km 27+655.

2. Na wskazanych w pkt I.1 odcinkach drogi dopuszcza się wycinkę pojedynczych drzew m.in.: ograniczających widoczność na zjazdach z drogi lub skrzyżowaniach znajdujących się w bardzo złym

stanie zdrowotnym, kolidujących z elementami infrastruktury drogowej, rosnących na korygowanych łukach pionowych lub poziomych itp. Łączna liczba wycinanych drzew nie może przekroczyć 15% wszystkich rosnących drzew na tych odcinkach.

3. W pasie drogowym drogi wojewódzkiej nr 592 na odcinku Ketrzyn – Giżycko należy dokonać nasadzenia zastępcze w proporcji: 2 drzewa nasadzone w zamian za 1 drzewo usuwane. Nasadzenia należy wprowadzać w pierwszej kolejności, jako uzupełnienie luk w wytypowanych do zachowania alejach.
4. Nasadzenia wskazane w pkt I.3 zostaną opalikowane i poddane pielęgnacji przez okres co najmniej 3 lat.
5. Na pozostałych, niewskazanych w pkt I.1 odcinkach drogi dopuszcza się wycinkę zgodnie z założeniami wariantu B raportu oddziaływania na środowisko.

II. Proponowany wariant technologiczny:

W zakresie wariantu technologicznego należy zastosować zmodyfikowaną kombinację wariantów LA i IB. W ramach modyfikacji:

1. Na następującym kilometrażu projektowym drogi wojewódzkiej nr 592 Ketrzyn – Giżycko:

- a) Od km 9+263 do km 12+500,
- b) Od km 17+600 do km 17+900,
- c) Od km 18+300 do km 18+700,
- d) Od km 19+600 do km 24+400,
- e) Od km 25+700 do km 27+655

należy ograniczyć roboty budowlane i ziemne jedynie do przebudowy nawierzchni drogi (przebudowy lub remontu warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej) bez jej głębokiego korytowania.

2. W kilometrażu wskazanym w pkt II.1 ograniczyć wykopy związane z pogłębianiem, odtwarzaniem lub budową nowych rowów przydrożnych do maksymalnie 50 cm.
3. W pozostałym zakresie dopuszcza się prowadzenie prac zgodnie z wariantami technologicznymi LA i IB wskazanymi w raporcie oddziaływania na środowisko”.

Ze względu na brak zgody wnioskodawcy na realizację przedsięwzięcia w ww. wariantcie, RDOŚ w Olsztynie odmówił zgody na realizację przedmiotowego przedsięwzięcia na podstawie art. 81 ust. 1 ustawy o oś.

Zgodnie z brzmieniem art. 81 ust. 1 ustawy o oś: „Jeżeli z oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wynika zasadność realizacji przedsięwzięcia w wariantcie innym niż proponowany przez wnioskodawcę, organ właściwy do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, za zgodą wnioskodawcy, wskazuje w decyzji wariant dopuszczony do realizacji lub, w razie braku zgody wnioskodawcy, odmawia zgody na realizację przedsięwzięcia”.

W ocenie GDOŚ dokonana przez organ I instancji wykładnia art. 81 ust. 1 ustawy *oos* sprowadzająca się do uznania, że regionalny dyrektor ochrony środowiska może ingerować w treść wniosku inwestora w zakresie sposobu realizacji inwestycji i w efekcie przedstawiać samodzielnie przygotowany wariant realizacji przedsięwzięcia jest błędna.

Określenie przez organ I instancji zupełnie nowego wariantu realizacji przedsięwzięcia, który nie był analizowany w raporcie o oddziaływaniu na środowisko, dalej *raport oos*, wykracza poza kompetencje organu ochrony środowiska, a także stanowi naruszenie ogólnych przepisów postępowania administracyjnego oraz przepisów prawa materialnego. Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania, konsekwencją przedstawienia nowego wariantu realizacji inwestycji jest m.in. brak możliwości przebudowy jezdni z poboczami, budowy chodników, ciągów pieszo-rowerowych i przystanków autobusowych, a także brak możliwości prawidłowego odwodnienia drogi, wpływającego na trwałość korpusu drogi i niszczenie nawierzchni. Podkreślić należy, że parametry przedsięwzięcia określone we wniosku o wydanie decyzji środowiskowej są wiążące zarówno dla organu administracji, jak i dla inwestora. Dokonując zatem analizy zamierzenia inwestycyjnego organ administracji, co do zasady, nie może przyjmować innych parametrów przedsięwzięcia, niż te wskazane przez wnioskodawcę. Wyjątkiem jest jedynie art. 81 ust. 1 ustawy *oos*, który jednakże, w okolicznościach niniejszej sprawy, został zastosowany błędnie.

Przyjętej przez organ I instancji koncepcji przyznającej organowi ochrony środowiska kompetencję do samodzielnego przedstawiania zupełnie nowego wariantu realizacji przedsięwzięcia, nierozważanego wcześniej przez wnioskodawcę, sprzeciwiają się także względy procesowe. Zauważyć należy, iż uzgadniając i opiniując na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy *oos* rozwiązania, które mają być przyjęte w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, organom współdziałającym przedstawia się, w myśl art. 77 ust. 2 ustawy *oos*, przede wszystkim wniosek o wydanie decyzji oraz *raport oos*. Żaden ze wspomnianych dokumentów nie zawiera informacji na temat wariantu zaproponowanego przez organ administracji, bowiem jest to zupełnie nowy wariant, ustalony samodzielnie przez ten organ. Co za tym idzie, organy współdziałające, przedstawiając opinie i dokonując uzgodnienia warunków realizacji przedsięwzięcia, w rzeczywistości wypowiadałyby się w zupełnie innej sprawie, niż ta, która stanowiła przedmiot orzekania. Z powyższego wynika, iż nie można zgodzić się z przyjętym przez RDOŚ w Olsztynie założeniem, że organ ochrony środowiska był uprawniony, w trybie art. 81 ust. 1 ustawy *oos*, narzucić inwestorowi, niezależnie sporządzony wariant realizacji inwestycji, nawet jeżeli, zdaniem organu, przemawiają za tym względy ochrony środowiska.

Ponadto należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem art. 80 ustawy *oos* decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia ma charakter związany. Nie jest

to decyzja uznaniowa, co oznacza, że odmowa ustalenia środowiskowych uwarunkowań może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w powołanej ustawie.

Organ może zatem odmówić uzgodnienia warunków realizacji przedsięwzięcia w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w przypadku: niezgodności lokalizacji przedsięwzięcia z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, jeżeli plan ten został uchwalony i należy tę zgodność badać (art. 80 ust. 2 ustawy *oos*); braku zgody wnioskodawcy na realizację przedsięwzięcia w wariantie innym niż proponowany, jeżeli z oceny oddziaływania na środowisko wynika zasadność realizacji przedsięwzięcia w innym wariantie (art. 81 ust. 1 ustawy *oos*); jeżeli z oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wynika, że przedsięwzięcie może znacząco negatywnie oddziaływać na obszar Natura 2000, a nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 34 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. *o ochronie przyrody*, dalej ustawy *o ochronie przyrody* (art. 81 ust. 2 ustawy *oos*); jeżeli z oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wynika, że przedsięwzięcie wpływa negatywnie na możliwość osiągnięcia celów środowiskowych, o których mowa w art. 56, art. 57, art. 59 oraz art. 61 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - *Prawo wodne*, a nie zostaną spełnione warunki, o których mowa w art. 68 pkt 1, 3 i 4 tej ustawy (art. 81 ust. 3 ustawy *oos*). Przesłanką taką może być również kolizja przedsięwzięcia z bezwzględnym zakazem dotyczącym innych, niż obszary Natura 2000, obszarowych form ochrony przyrody.

Reasumując, organ administracji podejmując decyzję odmowną, zobowiązany jest wykazać w toku prowadzonego postępowaniu i w uzasadnieniu decyzji, zaistnienie jednej z ww. przesłanek odmowy, a tego w niniejszej sprawie nie uczynił. Ponadto należy podkreślić, że możliwość zastosowania art. 81 ust. 1 ustawy *oos* zachodzi dopiero w przypadku przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko i jednoczesnego wystąpienia przesłanki odmownej dla wariantu proponowanego przez inwestora.

GDOŚ stoi na stanowisku, że art. 81 ust. 1 ustawy *oos* powinien być interpretowany w powiązaniu z art. 66 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, stanowiącym, że: „*Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko powinien zawierać opis wariantów uwzględniający szczególne cechy przedsięwzięcia lub jego oddziaływania, w tym: a) wariantu proponowanego przez wnioskodawcę oraz racjonalnego wariantu alternatywnego, b) racjonalnego wariantu najkorzystniejszego dla środowiska - wraz z uzasadnieniem ich wyboru*”.

Wprowadzenie ustawowego wymogu przedstawienia opisu minimum dwóch wariantów w raporcie ma na celu umożliwienie organowi ochrony środowiska dokonania własnej analizy, który z tych wariantów jest możliwy do realizacji z punktu widzenia zagrożeń dla środowiska.

Z art. 81 ust. 1 ustawy *oos* wynika, że jeżeli w wyniku przeprowadzonej oceny oddziaływania na środowisko organ I instancji stwierdzi brak możliwości zrealizowania przedsięwzięcia w wariantie proponowanym przez inwestora, wskazuje on w decyzji wariant dopuszczony do realizacji (wybrany spośród wariantów, o których mowa w art. 66 ust. 1 pkt 5 ustawy *oos*). Wybór wariantu dopuszczanego do realizacji dokonywany jest z wariantów, które były analizowane w raporcie *oos* i za zgodą inwestora. W takiej sytuacji organ I instancji zobligowany jest przeprowadzić procedurę oceny oddziaływania na środowisko dla wybranego wariantu od początku. W przypadku natomiast, gdy nie ma możliwości realizacji przedsięwzięcia w wariantach, o których mowa w art. 66 ust. 1 pkt 5 ustawy *oos*, oraz w razie braku zgody inwestora, o której mowa wyżej, organ odmawia zgody na realizację przedsięwzięcia.

W ocenie GDOŚ w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji nie wykazano, iż przedmiotowa inwestycja nie jest możliwa do realizacji w wariantie proponowanym przez inwestora, a ponadto, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia, naruszono w sposób istotny procedurę oceny oddziaływania na środowisko dla przedmiotowego przedsięwzięcia.

W tym miejscu należy podkreślić, iż wyjaśnienia organu I instancji dotyczące podstaw odmowy realizacji przedmiotowej inwestycji w wariantie zaproponowanym przez inwestora nie znajdują oparcia w przepisach ustawy *oos*.

Głównym argumentem RDOŚ w Olsztynie przemawiającym za koniecznością znacznego ograniczenia wycinki drzew alejowych wzdłuż przedmiotowej inwestycji jest wymóg zachowania siedlisk gatunku priorytetowego – pachnicy dębowej (*Osmoderma eremita*). Gatunek ten, zgodnie z informacjami zawartymi w standardowym formularzu danych (SDF) obszaru Natura 2000 Ostoja Północnomazurska (PLH280045) jest jego przedmiotem ochrony, o ocenie znaczenia dla obszaru B, przy czym w kategorii liczebności określony został, jako gatunek powszechny – C. Podkreślić należy, że przedmiotowa inwestycja nie przebiega przez ww. obszar Natura 2000, a jedynie przy jego granicy, na odcinku w km 25+400 - 26+900. Autorzy *raportu oos* wskazali w pkt 8.7.3.1. *Oddziaływanie na bezkręgowce*, że jedynym gatunkiem, na który realizacja przedmiotowego przedsięwzięcia będzie miała wpływ jest pachnica dębowa. „*Występowanie pachnicy stwierdzono w dziewięciu drzewach (numeracja zgodna z inwentaryzacją zieleni): nr 334, 345, 358, 402, 1672, 1716, 1720, 1776, 1791*”. Dalej w uzasadnieniu *raportu oos* zwrócono uwagę, że określenie rzeczywistej populacji pachnicy dębowej możliwe będzie dopiero po ścięciu drzew (sprawdzenie próchnowiska), dlatego też wycinka powinna być prowadzona pod nadzorem entomologa. Usytuowanie ww. drzew obejmuje odcinki planowanej drogi od km 9+800 do km 12+500 oraz od km 14+600 do km 20+000, a więc zinwentaryzowane stanowiska pachnicy dębowej znajdują się poza granicami obszaru Natura 2000. Co więcej, w raporcie o oddziaływaniu omawianej inwestycji na środowisko, w części poświęconej wpływowi przedsięwzięcia na obszary

Europejskiej Sieci Natura 2000, pkt 8.8.6.G, w odniesieniu do ww. przedmiotu ochrony, wskazano, iż: „*Niezależnie od realizowanego wariantu nie nastąpi utrata zasobów pachnicy wymienionych w SDF. Droga wojewódzka nr 592 jest południową granicą obszaru Natura 2000 i w miejscu styku Ostoi i pasa drogowego drzewostan przydrożny jest bardzo przerzedzony i nie stanowi siedliska pachnicy*”. Oznacza to, iż realizacja inwestycji nie będzie znacząco negatywnie oddziaływać na przedmiot ochrony ww. obszaru Natura 2000 – pachnicę dębową, a tylko takie oddziaływanie mogłoby ewentualnie uzasadniać odmowę zgody na realizację przedmiotowej inwestycji, jeśli nie zaistniałyby łącznie przesłanki wymienione w art. 34 ustawy o ochronie przyrody.

W tym miejscu należy również podkreślić, iż rozróżnienia wymaga kwestia występowania ww. gatunku bezkręgowca na terenie obszaru Natura 2000 i poza nim. W pierwszym przypadku, pachnica dębowa stanowi przedmiot ochrony obszaru Natura 2000 Ostoja Północnomazurska i na tym obszarze podlega ochronie na podstawie przepisów prawa unijnego i krajowego. W drugim natomiast, objęta jest ochroną ścisłą na podstawie przepisów ustawy o ochronie przyrody i rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie ochrony gatunkowej zwierząt (Dz. U. z 2016 r., poz. 2183) – dalej *Rozporządzenie*. Numerus clausus zakazów w stosunku do gatunków zwierząt objętych ochroną ścisłą i czynną oraz odstępstw od tych zakazów został wprowadzony ww. *Rozporządzeniem*. Z kolei w ustawie o ochronie przyrody określona została procedura uzyskiwania tzw. decyzji derogacyjnych, czyli decyzji udzielających zezwolenia na odstępstwa od zakazów dotyczących gatunków chronionych, a także wskazane zostały organy właściwe w tym zakresie.

W świetle powyższych wyjaśnień, należy stwierdzić, że w przypadku możliwości zniszczenia siedliska pachnicy dębowej, gatunku objętego ochroną ścisłą, podmiot planujący realizację inwestycji zobligowany będzie do uzyskania decyzji właściwego organu zezwalającej na odstępstwa od zakazów w stosunku do gatunku chronionego. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsce w odniesieniu do występujących na terenie planowanej inwestycji chronionych gatunków grzybów i roślin.

Podkreślić należy, że omawiana kwestia jest niezależna od prowadzonego postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji danej inwestycji. Zaznaczyć przy tym trzeba, że uzyskanie decyzji środowiskowej nie zezwala na przeprowadzenie czynności zakazanych wobec gatunków chronionych. Podmiot planujący realizację inwestycji może wystąpić o wydanie decyzji derogacyjnej zarówno przed wystąpieniem z wnioskiem o wydanie decyzji środowiskowej, jak również już po jej uzyskaniu.

Odnosząc się natomiast do kwestii wpływu przedmiotowego przedsięwzięcia na lokalne walory przyrodniczo-krajobrazowe, zauważyć należy, że przepisy ustawy oos nie przewidują,

możliwości odmowy zgody na realizację przedsięwzięcia, ze względu na wystąpienie „*znacznego negatywnego oddziaływania*” na krajobraz.

Jak już podniesiono wyżej, sytuacje, w których możliwe jest wydanie decyzji odmownej wymienione zostały w ustawie *o.o.s.* Zatem jeśli żadna z przesłanek negatywnych nie zostanie spełniona, organ powinien wydać zgodę na realizację inwestycji pod warunkiem zastosowania odpowiednich działań minimalizujących negatywny wpływ na środowisko. Podkreślić należy, że nie do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której nie zachodzą żadne przesłanki negatywne, dające podstawę do wydania decyzji odmownej, a organ mimo to wydaje decyzję odmowną, z powołaniem się na przepisy innego aktu prawnego lub inne własne pobudki. Taka sytuacja prowadziłaby do arbitralnego rozstrzygania spraw, w oderwaniu od obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy *o.o.s.*

Jak podkreśla się w orzecznictwie sądów administracyjnych, jeżeli inwestor spełnia wymagania określone przepisami ustawy *o.o.s.*, organ administracji, po przeprowadzeniu postępowania określonego przepisami powołanej ustawy, jest zobligowany wydać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia (por. wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 18 października 2017 r., sygn. akt II SA/Rz 861/17; WSA w Poznaniu z dnia 23 marca 2016 r., sygn. akt II SA/Po 323/15).

W świetle powyższych ustaleń, należy wskazać, że uznanie przez organ I instancji, iż realizacja przedmiotowej inwestycji skutkować będzie wystąpieniem „*znacznego negatywnego oddziaływania na chronione gatunki zwierząt i grzybów oraz lokalne walory przyrodniczo-krajobrazowe*”, a następnie uzasadnienie w ten sposób konieczności zastosowania w niniejszej sprawie art. 81 ust. 1 ustawy *o.o.s.*, było błędne.

Odnosząc się do kwestii badania legalności decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, według ustawy *o.o.s.*, istotne jest, że postępowanie administracyjne zmierzające do jej wydania, jeśli przeprowadzana jest ocena oddziaływania na środowisko, obejmuje w szczególności:

- a) weryfikację *raportu o.o.s.*,
- b) uzyskanie wymaganych ustawą opinii i uzgodnień,
- c) zapewnienie możliwości udziału społeczeństwa w postępowaniu.

Organ I instancji, w ramach postępowania zmierzającego do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedmiotowej inwestycji, z uwagi na błędną wykładnię skutkującą nieprawidłowym zastosowaniem w niniejszej sprawie art. 81 ust. 1 ustawy *o.o.s.*, pominął zupełnie konieczność uzyskania wymaganych ustawą *o.o.s.* opinii oraz zapewnienia udziału społeczeństwa w tym postępowaniu, naruszając tym samym art. 77 oraz art. 79 ust. 1 w zw. z art. 33 ustawy *o.o.s.* Podkreślić należy, iż w celu prawidłowego zastosowania art. 81 ust. 1 ustawy *o.o.s.* w danej sprawie, organ administracji zobligowany jest przeprowadzić ocenę oddziaływania

na środowisko. Uzyskanie prawem wymaganych opinii oraz zapewnienie w prowadzonym postępowaniu udziału społeczeństwa, poprzez podanie do publicznej wiadomości informacji o: wszczęciu postępowania, przystąpieniu do przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, przedmiocie decyzji, która ma być wydana i organie właściwym do jej wydania, możliwości zapoznania się z niezbędną dokumentacją sprawy oraz o miejscu, w którym jest ona wyłożona do wglądu, możliwości składania uwag i wniosków oraz sposobie i miejscu ich składania, wskazując jednocześnie 30-dniowy termin ich składania, są obligatoryjnymi obowiązkami organu, jeśli przeprowadzana jest ocena oddziaływania na środowisko. Natomiast brak lub nieprawidłowa realizacja tych obowiązków powoduje wadliwość przeprowadzonego postępowania. W niniejszej sprawie RDOŚ w Olsztynie, informację o zebranych materiale dowodowym, w tym o przedłożonym raporcie o oddziaływaniu na środowisko oraz możliwości zapoznania się z nim, podał w obwieszczeniu z dnia 9 lutego 2018 r., znak: WOOŚ.4210.9.2017.JC.22. Obwieszczenie to zostało skierowane do stron postępowania (art. 49 *k.p.a.*), powyższe informacje nie zostały natomiast podane do publicznej wiadomości (art. 33 ust. 1 ustawy *ooś*). Co więcej, organ I instancji świadomie i bezprawnie odstąpił od konieczności wypełnienia ciążących na nim obowiązków powołując się na zasadę ekonomiki procesowej (str. 5 decyzji).

Ponadto należy zauważyć, że RDOŚ w Olsztynie w ogóle nie wyjaśnił w uzasadnieniu skarżonej decyzji przesłanek przemawiających za nałożeniem obowiązku oceny oddziaływania na środowisko dla ww. przedsięwzięcia, co stanowi naruszenie art. 107 § 3 *k.p.a.*

Kolejną kwestią budzącą wątpliwości GDOŚ są braki merytoryczne *raportu ooś*, co umknęło organowi I instancji. Przede wszystkim w *raporcie ooś* analiza wariantowa przeprowadzona została w oparciu o następujące kryteria: „*bezpieczeństwo uczestników ruchu drogowego, aspekt zdrowia i życia mieszkańców terenów przyległych do obecnej i projektowanej drogi wojewódzkiej DW 592, korzystne dla budowy drogi uwarunkowania morfologii terenu oraz istniejące układy drogowe*”, co nie pokrywa się z wymogami określonymi w art. 66 ust. 1 pkt 6a ustawy *ooś*. W raporcie brak również uzasadnienia proponowanego przez wnioskodawcę wariantu uwzględniającego informacje, o których mowa w art. 66 ust. 1 pkt 6 i 6a ustawy *ooś*, wymaganego zgodnie z art. 66 ust. 1 pkt 7 ustawy *ooś*. W ocenie GDOŚ, w świetle powyższego, organ I instancji winien wezwać inwestora o uzupełnienie *raportu ooś* z uwagi na jego niezgodność z ww. art. 66 ustawy *ooś*.

Zagadnieniem wymagającym również wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie, w odniesieniu do wpływu przedsięwzięcia na gatunek chroniony – pachnicę dębową, jest możliwość nałożenia obowiązku kompensacji przyrodniczej. Zarówno w *raporcie ooś*, jak i uzasadnieniu decyzji RDOŚ w Olsztynie znalazły się stwierdzenia, że w okolicznościach niniejszej sprawy: „*nie ma możliwości skutecznej kompensacji przyrodniczej wskazanych powyżej negatywnych oddziaływań na biotopy,*

biocenozy i stanowiska oraz siedliska chronionych organizmów”. Wskazać jednak trzeba, iż takie założenia nie są zgodne ani z aktualnym stanem wiedzy w zakresie ochrony pachnicy dębowej, ani też z dotychczasową praktyką organów ochrony środowiska. W zakresie działań kompensujących należy wymienić możliwość tworzenia siedlisk zastępczych dla pachnicy dębowej poprzez wywieszanie sztucznych miejsc rozwoju owada w postaci budek naśladujących dziuple (dziuple zasobne w próchno są czynnikiem warunkującym występowanie pachnicy), a także poprzez przenoszenie ściętych drzew dziuplastych, zasiedlonych przez pachnicę dębową do nowych, dogodnych lokalizacji pod nadzorem entomologa.

Ponadto, na marginesie GDOŚ wskazuje również, że organ I instancji nie posiada kompetencji do oceny celu planowanego przedsięwzięcia, co miało miejsce w niniejszej sprawie: *„Jest pewne, że cel ten, przy planowanej skali wycinki drzew w alejach, jest nierealny do osiągnięcia”* (str. 8 decyzji RDOŚ w Olsztynie).

W ocenie GDOŚ przedstawione wyżej uchybienia miały istotny wpływ na wynik sprawy i stanowią o naruszeniu ww. przepisów prawa materialnego i ogólnych przepisów postępowania administracyjnego (art. 7, art. 8, art. 77 § 1, 107 § 3 *k.p.a.*). Brak możliwości konwalidacji zaskarżonej decyzji organu I instancji w toku postępowania odwoławczego (art. 136 *k.p.a.*), przesądził o konieczności wyeliminowania go z obrotu prawnego na podstawie art. 138 § 2 *k.p.a.*

O prawidłowości ustaleń poczynionych przez tutejszy organ świadczy między innymi orzeczenie WSA w Lublinie z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt II SA/Lu 160/11, według którego: *„O prawidłowym przeprowadzeniu oceny oddziaływania na środowisko nie można mówić, gdy organ poddał ocenie sporządzany raport o oddziaływaniu na środowisko oraz dokonał konsultacji z innymi organami. Niezbędnym warunkiem jego poprawności jest także przeprowadzenie całej procedury postępowania z udziałem społeczeństwa”*. Zaznaczyć również należy, że o ile stanowisko organu inspekcji sanitarnej nie jest wiążące dla organu I instancji, o tyle nie istnieje możliwość pominięcia jego uzyskiwania w prowadzonym postępowaniu (por. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt II SA/Gd 955/11).

Mając zatem na względzie powyższe ustalenia, obowiązkiem organu II instancji było uchylenie w całości zaskarżonej decyzji RDOŚ w Olsztynie z dnia 19 lipca 2018 r., znak: WOOS.4210.9.2017.JC.35, odmawiającej zgody na realizację przedsięwzięcia polegającego na rozbudowie drogi wojewódzkiej nr 592 na odcinku Kętrzyn – Giżycko, w województwie warmińsko-mazurskim i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia organowi I instancji.

Jak podkreśla się w orzecznictwie sądów administracyjnych: *„W przypadku uchylenia zaskarżonej decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia przez organ I instancji organ odwoławczy powinien wskazać, jakie okoliczności mają prawne znaczenie w sprawie i powinny być wyjaśnione przy ponownym rozpatrzeniu sprawy”* (por. wyrok NSA z dnia 23 stycznia 1998 r., sygn. akt I SA/Łd 704/97).

W związku z powyższym, GDOŚ wskazuje, iż w toku ponownego rozpatrywania sprawy organ I instancji zobligowany jest przeprowadzić postępowanie w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedmiotowej inwestycji w sposób zgodny z wymogami stawianymi przez obowiązujące przepisy ustawy *oos*, w tym uzyskać wymagane prawem opinie (art. 77 ustawy *oos*) oraz zapewnić udział społeczeństwa (art. 79 ust. 1 w zw. z art. 33 ustawy *oos*).

Wszelkie ustalenia powinny zostać poczynione zgodnie z zasadami zawartymi w *k.p.a.*, a zgromadzone dowody powinny potwierdzać słusność wydanego rozstrzygnięcia. Ponadto wszystkie dowody powinny zostać ocenione z zachowaniem zasady zawartej w art. 80 *k.p.a.*, zaś ocena ta powinna znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu decyzji.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Pouczenie:

Decyzja niniejsza jest ostateczna.

Na niniejszą decyzję nie przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, jednakże strona niezadowolona z treści decyzji może wnieść od niej sprzeciw. Sprzeciw wnosi się za pośrednictwem Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska, w terminie czternastu dni od dnia doręczenia skarżącemu decyzji. Wpis stały w sprawach sprzeciwów od decyzji wynosi 100 zł.



z ~~Wojewódzkiego~~
Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska
Zastępcę Generalnego Dyrektora
Ochrony Środowiska

Marek Kajs

Otrzymują:

1. Pełnomocnik inwestora – Marek Szewczuk EUROPROJEKT GDAŃSKI S.A., ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk,
2. Pozostałe strony – zgodnie z art. 49 *k.p.a.*,
3. a/a.

Do wiadomości:

1. Urząd Miasta i Gminy Ryn, ul. Świerczewskiego 2, 11-520 Ryna,
2. Urząd Miasta Kętrzyn, ul. Wojska Polskiego 11, 11-400 Kętrzyn,
3. Urząd Gminy Kętrzyn, ul. Tadeusza Kościuszki 2, 11-400 Kętrzyn,
4. Urząd Miejski w Giżycku, ul. 1 Maja 14, 11-500 Giżycko,
5. Urząd Gminy Giżycko, ul. Mickiewicza 33, 11-500 Giżycko,
6. Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Olsztynie.

