

# Kontrola i audyt

Biegły, specjalista i panel ekspertów

## Wykorzystanie wiedzy eksperckiej w kontrolach NIK

Do osiągnięcia celu kontroli państwowej niezbędne jest prawidłowe ustalenie stanu faktycznego, czyli obiektywne i odpowiadające prawdzie. Szerokie spektrum badań kontrolnych będące w kompetencji NIK, coraz to nowe formy aktywności w sferze wykonywania zadań finansowanych ze środków publicznych, cyfryzacja, zaawansowanie technologiczne różnego rodzaju procesów, postęp nauki i techniki sprawiają, że kontrolerzy w wielu sprawach muszą posiłkować się wiedzą ekspercką. Dotyczy to w zasadzie wszystkich etapów kontroli, począwszy od jej przygotowania, przez postępowanie dowodowe aż po sformułowanie i upublicznienie wyników. W artykule przedstawiono analizę regulacji prawnej dotyczącej sytuacji, w której ustawodawca dopuszcza albo nakazuje skorzystanie z wiedzy eksperckiej na każdym etapie postępowania kontrolnego. Najistotniejszą kwestią jest przeprowadzanie dowodów z wykorzystaniem wiedzy specjalistycznej. Muszą być rzetelne, odnosić się do celów kontroli oraz racjonalne ekonomicznie. Dlatego najczęściej miejsca poświęcono biegłym i specjalistom. Zwrócono uwagę na różnice w ich statusie, przyczyny wadliwości opinii, a także odniesiono się do zgłaszanych problemów i wątpliwości związanych z udziałem biegłych albo specjalistów w czynnościach kontrolnych.

**ELŻBIETA JARZĘCKA-SIWIK****Uwagi ogólne**

Przepisy ustawy z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli<sup>1</sup> nawiązują do możliwości lub potrzeby korzystania z wiedzy eksperckiej w różnych sytuacjach.

Na etapie przygotowania kontroli posiadanie wiedzy o jej przedmiocie jest niezbędne do opracowania programu lub tematyki kontroli. Pozwala na identyfikację zakresu działania jednostki kontrolowanej, procesów i mechanizmów stosowanych do osiągnięcia konkretnych rezultatów oraz osób odpowiedzialnych za daną działalność. Niejednokrotnie owe procesy i mechanizmy działania są skomplikowane i ich prawidłowe rozumienie oraz ocena wymaga wiedzy specjalistycznej. Dlatego ustawodawca, mając na względzie realizację celu kontroli, w art. 28 ust. 2 ustawy o NIK wskazał, że przy przygotowaniu kontroli obejmującym opracowanie jej programu lub tematyki, uwzględnia się m.in. opinie naukowe i specjalistyczne. Analizy, ekspertyzy lub opinie specjalistów mogą być pozyskiwane przez kontrolującego z różnych źródeł. Często są to dokumenty dostępne w domenie publicznej, przekazane przez podmioty kontrolowane albo zamówione przez organ kontroli. Sposobem na zapoznanie się z poglądami i opiniami znawców tematu jest też organizowanie w NIK paneli ekspertów.

W myśl art. 35 ust. 1 ustawy o NIK stan faktyczny kontrolowanej działalności musi

być ustalony na podstawie zebranych dowodów. W ich katalogu ustawodawca wymienił i nazwał dowody najczęściej wykorzystywane w toku postępowania. Zwrot „w szczególności” zawarty w art. 35 ust. 2 ustawy o NIK wskazuje, że nie można tego katalogu traktować jako zbioru zamkniętego. Oznacza to, zgodnie z przyjętą w Izbie praktyką, że dopuszczalne jest wykorzystanie każdego źródła i środka dowodowego pozwalającego dotrzeć do prawdy i obiektywnie ustalić fakty, z zastrzeżeniem legalności i prawidłowości przeprowadzenia dowodów. Istotna jest też ich równoważność.

W czasie przeprowadzanej kontroli, na etapie wykonywania czynności dowodowych, ustawodawca upoważnił kontrolerów m.in. do korzystania z pomocy biegłych i specjalistów (art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. g ustawy o NIK). Z kolei w art. 35 ust. 2 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli wskazał, że dowodem jest opinia biegłego. Ponieważ katalog dowodów stanowi zbiór otwarty należy przyjąć, że dozwolone jest sięganie po ekspertyzy wyspecjalizowanych instytucji (np. instytutów naukowych) lub prywatnych podmiotów (np. laboratoriów) dysponujących odpowiednią kadrą i wyposażeniem do zbadania pobranej próbki czy określonego zagadnienia kluczowego dla kontrolowanej działalności. Ważne jest tu, aby prawidłowo rozumieć charakter tych dowodów i dopełnić wymogów ustawowych w ich przeprowadzaniu.

<sup>1</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 623, zwana dalej ustawą o NIK. Mówiąc o kontrolach mam na myśli podstawową działalność NIK i wszystkie etapy postępowania, począwszy od przygotowania, zebrania dowodów aż do realizacji wyników kontroli i ich upubliczniania.

W praktyce często rozumienie i wykorzystanie tych dowodów odbywa się intuicyjnie i według ich potocznego znaczenia. Wszak biegły powinien być także specjalistą w swej dziedzinie, a obydwaj są ekspertami. Z mojego doświadczenia wynika, że czasami czynności wykonywane przez biegłego lub specjalistę traktuje się zamiennie. Tymczasem nie można tych dwóch źródeł dowodowych utożsamiać ze sobą, ponieważ pełnią inną funkcję w postępowaniu kontrolnym. Wspólnym mianownikiem jest tu oczywiście posiadanie stosownej specjalistycznej wiedzy lub umiejętności praktycznych w określonej dziedzinie. W tej sytuacji mogą pojawiać się problemy z prawidłowym podjęciem decyzji, czy w danym przypadku należy powołać specjalistę, czy też biegłego. Dlatego należy zawsze rozważyć cel jaki ma być osiągnięty w wyniku tych czynności.

Informacja o wynikach kontroli jest jej podsumowaniem. Podstawę opracowania stanowią przede wszystkim materiały zebrane w aktach kontroli, w tym opinie biegłych. Zagregowane wyniki kontroli dają podstawę do formułowania ocen i wniosków, które niewątpliwie zyskują na znaczeniu, gdy są przedmiotem dyskusji z udziałem ekspertów i interesariuszy, do których informacja jest kierowana. Nie ma przeszkód, aby także

na tym etapie postępowania kontrolnego w różny sposób korzystać z wiedzy eksperckiej, np. do przedstawienia szerszego, także międzynarodowego kontekstu kontrolowanej działalności lub właściwego sprecyzowania wniosków systemowych czy też wniosków dotyczących zmiany prawa.

### Kto może być biegłym albo specjalistą

W doktrynie podkreśla się, że: „Biegłym może być każda osoba fizyczna dysponująca wiedzą adekwatną do zidentyfikowanych w toku kontroli potrzeb co do zakresu wymaganego wsparcia eksperckiego”<sup>2</sup>. Jej posiadanie daje gwarancje prawidłowego przeprowadzenia badań i wnioskowania w przedmiocie danych zjawisk, zdarzeń lub czynności.

Specjalistą może być osoba fizyczna posiadająca odpowiednią wiedzę lub praktykę w danej dziedzinie, a jej umiejętności są kontrolerowi potrzebne do przeprowadzenia określonych czynności badawczych (art. 49 ust. 4)<sup>3</sup>. O powołaniu danej osoby w charakterze specjalisty decydujące znaczenie mają jej kompetencje określone przez kryterium wiedzy, umiejętności lub doświadczenia. Wiedzę teoretyczną można nabyć niezależnie od umiejętności i doświadczenia, a często to właśnie one

<sup>2</sup> M. Berek: *Wykonywanie czynności kontrolnych* [w:] E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Warszawa 2018, s. 210; E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka: *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Wydanie 3, Wydawnictwo Difin s. 196; S. Dziwisz: *Odpowiedzialność karna biegłego powołanego w toku kontroli*, „Kontrola Państwowa” nr 3/2021; *Stanowisko Departamentu Prawnego, Biuletyn Informacyjny* nr 2-3/1997, s. 107. Inaczej R. Padrak: *Postępowanie kontrolne NIK. Komentarz*, Wrocław 2012, s. 171.

<sup>3</sup> E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka: *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz...*, op. cit., s. 198.

są niezbędnymi czynnikami determinującymi pojęcie specjalisty<sup>4</sup>.

W obydwu wskazanych wyżej rolach mogą występować tylko osoby fizyczne. Przemawia za tym osobisty charakter właściwości, których można wymagać tylko od osoby fizycznej. Osoba prawna czy jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej ma co najwyżej zasoby kadrowe dysponujące określoną wiedzą i doświadczeniem. Podstawowymi warunkami uzyskania statusu biegłego albo specjalisty w postępowaniu kontrolnym są więc od strony materialnej posiadanie adekwatnej wiedzy, od strony formalnej zaś powołanie ich w takim charakterze przez uprawniony podmiot. W związku z tym, że zarówno biegły, jak i specjalista muszą spełniać kryterium materialne określone ustawowo, czyli legitymować się specjalistyczną wiedzą, w praktyce zdarzają się problemy z rozróżnianiem tych uczestników postępowania. Trzeba więc wyraźnie podkreślić, że ich rola i zadania zdecydowanie się różnią.

Ustawodawca nie wymaga, aby biegłym lub specjalistą w postępowaniu kontrolnym były osoby, które uzyskały certyfikat potwierdzający ich kompetencje lub np. zostały wpisane na listę biegłych

sądowych<sup>5</sup>. Oceny kompetencji dokonuje więc podmiot powołujący ich w tym charakterze. Oczywiście nie może być ona arbitralna i powinna opierać się na konkretnych danych wynikających z dokumentów lub innych dowodów umożliwiających zweryfikowanie umiejętności kandydata na biegłego albo specjalistę. Poza tym taki kandydat niewątpliwie powinien posiadać autorytet zawodowy, cieszyć się zaufaniem społecznym i nieposzlakowaną opinią. Od biegłych i specjalistów wymaga się nie tylko specjalistycznej wiedzy, ale też obiektywizmu.

Na marginesie warto zaznaczyć, że w dalszym ciągu nie ma ustawy o biegłych. Prace legislacyjne już wiele lat temu zostały podjęte w resorcie sprawiedliwości, lecz zostały przerwane. Rzecznik Praw Obywatelskich 22 stycznia 2022 r. wystąpił do Ministra Sprawiedliwości z prośbą o informację o aktualnym stanie prac nad tą ustawą oraz z apelem o ich przyspieszenie. Uzasadniając pilną potrzebę uchwalenia kompleksowej ustawy o biegłych sądowych, powoływał się m.in. na wyniki kontroli NIK „Funkcjonowanie biegłych w wymiarze sprawiedliwości”<sup>6</sup> oraz raporty organizacji pozarządowych. W odpowiedzi Ministra wskazano, że w projekcie

<sup>4</sup> M. Stachowski: *Pojęcie specjalisty w procesie karnym*, <[www.prawnakancelaria.eu/teksty/kpk/specjalistawprocesiekranym](http://www.prawnakancelaria.eu/teksty/kpk/specjalistawprocesiekranym)>.

<sup>5</sup> Patrz W. Robaczyński [w:] E. Jarzecka-Siwik, M. Niezgódka-Medek, T. Liszcz, W. Robaczyński: *Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Wydawnictwo Sejmowe 2000, s. 131. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 24.1.2005 w sprawie biegłych sądowych (Dz.U. nr 15 poz. 133), biegłych wyznacza prezes sądu okręgowego na pięć lat. W myśl § 12 tego rozporządzenia biegłym może być osoba, która: korzysta z pełni praw publicznych, ukończyła 25 lat, posiada teoretyczne i praktyczne wiadomości specjalne w danej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, a także umiejętności dla których ma być ustanowiona. Ponadto biegły musi dawać rękojmię należytego wykonywania obowiązków, a posiadanie wiadomości specjalnych powinno być wykazane dokumentami lub innymi dowodami.

<sup>6</sup> Nr I/14/006, <[www.nik.gov.pl/kontrola/I/14/006/KPB](http://www.nik.gov.pl/kontrola/I/14/006/KPB)> (dostęp 15.8.2022).

ustawy o biegłych z 2014 r. zdiagnozowano niedoskonałości i podjęto prace zmierzające przede wszystkim do „wzmocnienia mechanizmów weryfikacji kwalifikacji biegłych, uregulowania statusu instytucji specjalistycznych oraz stworzenia podstaw prawnych dla funkcjonowania centralnego rejestru biegłych”<sup>7</sup>. Jednocześnie Minister poinformował o utworzeniu dwóch nowych instytucji specjalistycznych w Łodzi, tj. Instytutu Ekspertyz Medycznych oraz Instytutu Ekspertyz Ekonomicznych i Finansowych, których prace stanowią ważne wsparcie dla wymiaru sprawiedliwości.

### Rola i zadania biegłego

Biegły jest powoływany, gdy pojawia się konieczność zbadania zagadnienia wymagającego wiedzy specjalistycznej. Pracuje samodzielnie, a wydana przez niego opinia wraz ze szczegółowym sprawozdaniem zawierającym opis przeprowadzonych badań jest środkiem dowodowym potrzebnym do dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych (art. 49 ust. 1 i 3 ustawy o NIK). Kontroler uzyskuje w ten sposób specjalistyczne wsparcie w kwestiach, których nie może ustalić z pomocą innych źródeł dowodowych.

W praktyce pojawia się pytanie, czy kontroler może samodzielnie rozstrzygać

w sprawach, do weryfikacji których niezbędne jest posiadanie wiadomości specjalnych a ich ustalenie ma istotne znaczenie do osiągnięcia celu kontroli, czy też ma obowiązek wnioskować o powołanie biegłego? Z treści art. 29 ust 1 pkt 2 lit. g w związku z art. 49 ust. 1 ustawy o NIK należy wnosić, że ustawodawca określa uprawnienie kontrolującego do korzystania z tego źródła dowodowego. Realizację owego prawa uzależnia od zaistnienia przesłanki wskazującej, że do zbadania konkretnego zagadnienia nie jest wystarczająca wiedza kontrolującego. Wystąpienie tej przesłanki zawsze ocenia dyrektor właściwej jednostki kontrolnej, który wydaje postanowienie o powołaniu biegłego. Pojawia się tu więc pewien element uznaniowości. Jednak stwierdzenie, że do realizacji celu kontroli niezbędna jest opinia biegłego obliguje do przeprowadzenia tego dowodu<sup>8</sup>. Ważną kwestią jest też wyczerpanie inicjatywy dowodowej, która zależy od potrzeb i możliwości wyeliminowania wątpliwości lub sprzeczności w materiale dowodowym.

Skoro w myśl ustawy o NIK opinia biegłego jest dowodem w postępowaniu kontrolnym, to należy stwierdzić, że może być on powołany tylko w toku przeprowadzania czynności dowodowych, ponieważ jego opinia należy do materiału stanowiącego

<sup>7</sup> Patrz komunikat opublikowany na stronie: <<https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-biegli-sadowi-ms-projekt-intervencja>> (dostęp 15.8.2022).

<sup>8</sup> Tak samo S. Dziwisz: *Odpowiedzialność karna biegłego...*, op.cit., s. 70. W judykaturze ukształtowała się linia orzecznicza Sądu Najwyższego utrwalająca pogląd, że sąd nie może zastępować biegłego. Patrz np. wyrok SN z 3.2.2010, II PK 192/09; z 12.6.2015, II CSK 450/14; z 20.1.2016, I PK 196/15, opubl. <[www.sn.pl/sites/orzecznictwo](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo)>. W wyroku NSA z 15.1.2019, II OSK 2667/17, opubl. w CBOSA, NSA wyjaśnił, że przeprowadzenie dowodu nie jest obowiązkiem organu, który ma swobodę korzystania z tego środka. Swoboda organu jest jednak ograniczona zasadą prawdy obiektywnej. Z tej zasady wynika zaś obowiązek organu podjęcia wszelkich czynności do ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego sprawy.

podstawę ustaleń faktycznych. Ten etap postępowania kończy się w zasadzie orzeczeniem komisji rozstrzygającej w wypadku wniesienia zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego.

Dowód z opinii biegłego nie powinien polegać na dokonaniu oceny stanu prawnego czy też oceny innych przeprowadzonych dowodów<sup>9</sup>. Biegłego należy pytać o fakty, a nie o rozstrzygnięcia prawne. Nie można też przerzucać na niego prowadzenia czynności dowodowych.

Zadaniem biegłego w postępowaniu kontrolnym jest dostarczenie kontrolującemu, na podstawie posiadanych wiadomości fachowych i doświadczenia zawodowego, informacji i wiadomości niezbędnych do ustalenia i oceny okoliczności faktycznych, oczywiście przy uwzględnieniu udostępnionego materiału. Ustalenia kontroli nie mogą się jednak opierać wyłącznie na konkluzji biegłego. Jego opinia może być uzupełnieniem ustaleń lub ich rozwinięciem. Nie jest przecież rolą biegłego ocena ustalonego stanu faktycznego w kontrolowanej działalności.

O doniosłości dowodu z opinii biegłego świadczy to, że ustawodawca przyznaje mu odpowiednio część uprawnień służących kontrolerowi NIK. Na podstawie art. 49 ust. 5 w związku z art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. a-c ustawy o NIK biegły ma prawo swobodnego wstępu do obiektów i pomieszczeń jednostek kontrolowanych, wglądu do dokumentów, pobierania oraz zabezpieczania ich oraz innych dowodów – z zachowaniem przepisów o tajemnicy ustawowo

chronionej, a także prowadzenia oględzin obiektów, składników majątkowych i przebiegu określonych czynności. Uprawnienia te może wykorzystywać jedynie do realizacji swego zadania. Oznacza to, że nie wolno mu sięgać do dokumentów i materiałów, których nie dotyczy przedmiot jego badań określony w postanowieniu o powołaniu biegłego.

Ustawodawca nie ograniczył liczby biegłych w postępowaniu kontrolnym. Można powołać kilku biegłych w różnych sprawach. Poza tym, jeżeli okoliczności sprawy wskazują na potrzebę sięgnięcia ponownie po pomoc osoby ze specjalistyczną wiedzą, powołanie kolejnego biegłego w tej samej sprawie jest uprawnione.

Opinia biegłego jest wyłącznie jego „dziełem”, przedstawiającym stanowisko tylko w przedmiocie, którego zakres wynika z postanowienia o powołaniu. Spostrzeżenia biegłego o faktach, których ustalenie nie leżało w obszarze jego badań (gdy z jakiegoś powodu biegły wykroczy poza ich ustalony zakres) można uwzględnić w ramach przeprowadzenia innego dowodu, np. przyjęcia oświadczenia (art. 41 ustawy o NIK). Powierzenie sporządzenia opinii konkretnemu biegłemu oznacza, że nie może on zlecić wykonania tego zadania innemu podmiotowi. Stanowisko wyrażone przez innego eksperta w imieniu powołanego biegłego po scedowaniu na niego sporządzenia opinii nie może być traktowane jako dowód, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o NIK.

<sup>9</sup> E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka: *Najwyższa Izba...*, op.cit., s. 195.



W myśl art. 49 ust. 3 ustawy o NIK biegły sporządza szczegółowe sprawozdanie zawierające opis przeprowadzonych badań. To sprawozdanie musi wskazywać na ich zakres, przyjętą metodę badawczą i wnioski, które z nich wynikają. Stanowi – moim zdaniem – niejako uzasadnienie opinii. Kontrolujący ma dzięki temu obraz pracy biegłego. Nie może jednak ingerować w merytoryczną treść opinii, bo przecież nie posiada wiedzy specjalistycznej. Niemniej obowiązkiem kontrolującego jest dokonanie oceny tego dowodu. W szczególności chodzi o sprawdzenie, czy opinia mieści się w zakresie zleconych badań, czy jest kompletna i zawiera odpowiedź na kluczowe pytania, a także spójna i jasna, tj. rozumowanie biegłego jest przekonujące i wystarcza do wyjaśnienia zagadnień wymagających wiedzy specjalnej.

Opinia biegłego nie może opierać się na założeniach abstrakcyjnych, które nie wywodzą się z materiału dowodowego. To specjalistyczny wywód. Jego bazą powinny być specjalne wiadomości biegłego, należycie odzwierciedlone w wydanej opinii, tak aby organ kontroli wiedział jakimi „przesłankami biegły się kierował na kolejnych etapach wnioskowania, które ostatecznie doprowadziły go do tego końcowego stanowiska”<sup>10</sup>. Jeżeli w takim procesie weryfikacji pojawiają się

wątpliwości, należy przesłuchać biegłego<sup>11</sup> lub zwrócić się o dodatkową opinię. W ostateczności trzeba dopuścić dowód z opinii innego biegłego. Wadliwa opinia nie może stanowić materiału dowodowego, na którym opierają się ustalenia faktyczne. Konsekwencją powinno być uwzględnienie zastrzeżenia przez komisję rozstrzygającą i wykreślenie z treści wystąpienia pokontrolnego wszelkich ustaleń opartych na takim dowodzie oraz ocen, uwag i wniosków sformułowanych na jego podstawie. Tym bardziej fałszywa opinia nie może stanowić podstawy ustaleń faktycznych. Konsekwencją przedstawienia opinii sfalszowanej jest odpowiedzialność karna biegłego<sup>12</sup>. Inną kwestią, wykraczającą poza przedmiot niniejszego opracowania, jest odpowiedzialność za ewentualne szkody wynikające z błędnej oceny działalności kontrolowanego, opartej na nierzetelnej opinii biegłego<sup>13</sup>.

## Rola i zadania specjalisty

W treści art. 49 ust. 4 ustawy o NIK jest mowa o dokonaniu przez kontrolera określonych czynności badawczych z udziałem specjalisty w danej dziedzinie wiedzy lub praktyki. Rzecz jasna specjalista – podobnie jak biegły – musi posiadać specjalną wiedzę lub praktykę w określonej dziedzinie. Powoduje to czasami mylenie ich ról

<sup>10</sup> Patrz S. Pawelec: *Wadliwość opinii biegłego w procesie karnym jako pochodna błędów zawartych w postanowieniu o jej dopuszczeniu*, „Prokuratura i Prawo” nr 4/2014, s. 152.

<sup>11</sup> Takie przesłuchanie jest dopuszczalne w otwartym katalogu dowodów. Należałoby w tym wypadku odpowiednio zastosować przepisy dotyczące świadka.

<sup>12</sup> Szeroko na ten temat S. Dziwisz: *Odpowiedzialność karna biegłego...*, op.cit., s. 73-76.

<sup>13</sup> Odpowiedzialność cywilna biegłego nie jest *a priori* wyłączona. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29.11.2019, V ACa 266/18, opubl. <[www.orzeczenia.katowice.sa.gov.pl](http://www.orzeczenia.katowice.sa.gov.pl)> oraz P. Szymaniak: *Odpowiedzialność zdyscyplinuje biegłych*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 26.5.2015.

i zadań. Otóż z powołanego przepisu wynika wprost, że specjalista nie jest samodzielnym uczestnikiem procesu kontrolnego. Czynności kontrolnych dokonuje kontroler, a udział specjalisty ma charakter pomocniczy. Zasadą jest więc, że specjalista sam nie wykonuje czynności dowodowej, tylko bierze w niej udział. Jego zadaniem nie jest bezpośrednio dostarczenie kontrolującemu środka dowodowego. Specjalista nie sporządza samodzielnie żadnych dokumentów kontrolnych mających stanowić samoistny dowód, a wyniki jego pracy są odnotowane przez kontrolera w dokumentach utrwalających przebieg czynności kontrolnych. Wynika stąd, że powołany specjalista nie może samodzielnie przygotować sprawozdań czy innych opracowań, nawet jeśli takie dokumenty stanowiłyby załączniki do protokołu z czynności badawczych. Nie do przyjęcia jest sytuacja, gdy zamiast oględzin przeprowadzanych przez kontrolera specjalista dokonuje „jakiejs” wizji lokalnej i przedstawia swoje sprawozdanie wraz z konkretnymi wynikami i wnioskami. Z pewnością nie można specjalisty zobowiązać ani w postanowieniu, ani w umowie do pisemnej oceny badanych zagadnień. Wyznaczenie takiego zadania specjalście nie mieści się w dyspozycji art. 49 ust. 4 ustawy o NIK. To jest zadanie biegłego. Nie można mylić tych ról i zadań procesowych, a wybierając źródło dowodowe trzeba wyraźnie określić cel i rolę jakie ma do spełnienia.

Potrzeba powołania specjalisty może pojawić się w różnych okolicznościach. Przykładowo, w związku z przeprowadzeniem oględzin, w szczególności gdy zachodzi konieczność wykonania specjalistycznych pomiarów, obliczeń, zdjęć czy

pobrania próbek, a także przy przeprowadzaniu eksperymentu albo pobraniu rzeczy. Powołanie specjalisty może okazać się niezbędne do odebrania wyjaśnień czy przesłuchania osoby, w sytuacji gdy wyjaśnienia lub zeznania dotyczą fachowych, specjalistycznych zagadnień technicznych, np. z zakresu informatyki, budownictwa czy energetyki. Specjalistą swego rodzaju jest tłumacz, którego obecność jest konieczna w trakcie przesłuchania osoby, która nie włada językiem polskim. Do tłumacza stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące specjalistów, w art. 35b ust. 7 ustawy o NIK. W podanych przykładach czynności badawcze zawsze dokumentuje kontroler, a sporządzone dokumenty podpisują kontroler i specjalista oraz inne wskazane osoby uczestniczące. Oczywiście sposób potwierdzania udziału specjalisty w czynnościach kontrolnych i wyników jego pracy zależy od charakteru czynności, w której uczestniczy. Może to być zatem protokół oględzin, protokół przesłuchania świadka, a nawet notatka służbowa. Rzecz jasna materiały wykonane lub pobrane przez specjalistę (np. zdjęcia, nagrania, próbki) mogą stanowić załączniki do protokołów z czynności procesowych.

Dokumentowanie pracy specjalisty w protokole z czynności dowodowej powinno odbywać się zgodnie z wymogami określonymi w art. 35b ust. 1-7 ustawy o NIK. Trzeba tu podkreślić, że osoby biorące udział w czynności ze strony kontrolowanego mają pełną wiedzę o zakresie działania specjalisty i przed podpisaniem protokołu mogą żądać sprostowania i zamieszczenia w nim informacji dotyczących ich praw lub interesów – art. 35b ust. 4 ustawy o NIK.



W praktyce spotykam się z pytaniami, czy powołany już biegły może uczestniczyć np. w oględzinach i pełnić jednocześnie rolę specjalisty? Moim zdaniem nie ma przeszkód, aby biegły był obecny przy oględzinach. Może przecież sam ich dokonać – w myśl art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 49 ust. 5 ustawy o NIK, choć bez sporządzania protokołu, o którym mowa w art. 39 ust. 3 ustawy o NIK. Biegły będzie wówczas jedynie obserwatorem przebiegu czynności. Nie może jednak formalnie brać czynnego udziału w oględzinach i występować w podwójnej roli. Jak już wcześniej wspomniałam celem powołania biegłego jest uzyskanie opinii dotyczącej zagadnień, do których zbadania niezbędna jest wiedza ekspercka. Biegły pracuje samodzielnie i z reguły jego praca opiera się na materiałach dostarczonych mu przez kontrolera. Udział biegłego w konkretnej czynności, podobnie jak powołanie w tym charakterze osoby, która wcześniej pełniła rolę specjalisty, każe zastanowić się nad obiektywizmem jej działania. Z tego też powodu – jak się wydaje – ustawodawca rozróżnił rolę biegłego i specjalisty. Dlatego, moim zdaniem, nie ma podstaw do traktowania tych źródeł dowodowych zamiennie.

### Bezstronność biegłego i specjalisty

Poza wymogiem posiadania wiedzy specjalistycznej ustawodawca, odsyłając do przepisów o wyłączeniu (art. 49 ust. 6

w zw. z art. 31 ust. 1-2 ustawy o NIK), określił także wymóg bezstronności i obiektywizmu biegłego lub specjalisty. Na mocy powołanych przepisów kierownik jednostki kontrolowanej może wystąpić za pośrednictwem kontrolera do dyrektora właściwej jednostki kontrolnej z wnioskiem o wyłączenie z postępowania powołanego biegłego lub specjalisty. W ten sposób został ustalony pewien wzorzec, kto może wykonywać zadania biegłego lub specjalisty<sup>14</sup>.

Biegły lub specjalista podlegają wyłączeniu z postępowania kontrolnego, gdy wyniki kontroli mogą wpływać na ich prawa i obowiązki lub osób im najbliższych, a także gdy istnieją uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności – art. 31 ust. 1 i 2 ustawy o NIK. Zachowanie bezstronności jest dla nich wyzwaniem, gdyż często wywodzą się ze środowiska powiązanego z obszarem kontrolowanym. Od tych osób należy wymagać określonych kwalifikacji, ale też zaufania publicznego. Muszą dawać rękojmię należytego wykonywania obowiązków. W judykaturze jest ona określana jako całość cech, zdarzeń i okoliczności dotyczących osoby biegłego, składających się na jego wizerunek jako osoby zaufania publicznego. Chodzi o takie cechy jak szlachetność, prawość, sumienność i bezstronność<sup>15</sup>.

Pomijając nawet osobiste zaangażowanie w działalność, która jest następnie przedmiotem kontroli albo stosunek

<sup>14</sup> Szerzej o zasadzie bezstronności w postępowaniu kontrolnym patrz: E. Jarzęcka-Siwik: *Podstawowe konsekwencje prawne naruszenia zasady bezstronności*, „Kontrola Państwowa” nr 1/2021, s. 14-18.

<sup>15</sup> Wyrok NSA z 10.6.2015, II GSK 986/14, opubl. w CBOSA. Patrz także M. Kowalski: *Biegły musi mieć nieskazitelny charakter*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 30.7.2015.

pracy czy zlecenia w podmiocie kontrolowanym, konflikt interesów może wynikać z innych rodzajów powiązań z podmiotem kontrolowanym. Przy wyborze biegłego albo specjalisty chodzi o zagwarantowanie, że kontrolowany nie będzie ani faworyzowany, ani traktowany arbitralnie. Ten ostatni przypadek może zaistnieć, gdy wybór biegłego będzie związany ze źle rozumianą dyspozycyjnością wobec podmiotu powołującego, zwłaszcza jeśli kandydat na biegłego okazuje gotowość do sporządzenia opinii odpowiadającej oczekiwaniom powołującego.

Konflikt interesów oznacza ryzyko, że biegły lub specjalista będą się kierować względami niezwiązanymi z kontrolą i sprzyjać kontrolowanemu albo przeciwnie, wpływać na pogorszenie oceny jego działalności. Czasami więc jakiegokolwiek powiązanie z kontrolującym lub kontrolowanym, prywatne czy służbowe, wystarczy do wywołania podejrzeń o stronniczość. Taka sytuacja powinna skłaniać do powołania innych osób w charakterze biegłego albo specjalisty.

Z podanych wyżej powodów nie dałoby się racjonalnie uzasadnić powołania biegłego lub specjalisty spośród pracowników NIK. Podobnie należy przyjąć, że istnieją przeszkody w powołaniu na specjalistę pracownika podmiotu kontrolowanego w celu uczestniczenia w przeprowadzeniu oględzin w innej np. nadzorowanej przez ten podmiot jednostce kontrolowanej. To, że ktoś posiada określone informacje poczynione w związku z wykonywaną pracą lub zajmowanym stanowiskiem może w istotny sposób wpłynąć na brak obiektywizmu przy wykonywaniu określonych czynności w postępowaniu kontrolnym.

Decyduje o tym przecież nie tylko zdolność rozumienia określonych zjawisk, lecz także określone nastawienie wobec podmiotu, którego dotyczą wykonywane czynności. Przyjmuje się, że bezstronność oznacza obiektywizm związany z brakiem uprzedzeń. W odniesieniu do bezstronności specjalisty będącego pracownikiem jednostki kontrolnej niebagatelny wpływ na jego działanie może mieć zależność służbowa. Nie można wykluczyć konfliktu pomiędzy specjalistą i podmiotem kontrolowanym, jak również bezpośredniego wpływu przełożonego na wykonywanie obowiązków specjalisty.

Postanowienie w sprawie wyłączenia biegłego albo specjalisty wydaje dyrektor właściwej jednostki kontrolnej i w ten sposób orzeka, czy rzeczywiście doszło do złamania przez nich zasady bezstronności. Na to postanowienie nie służy zażalenie. Po złożeniu wniosku o wyłączenie przez kierownika jednostki kontrolowanej do czasu wydania postanowienia o wyłączeniu biegły albo specjalista podejmują jedynie czynności niecierpiące zwłoki.

## **Czynności związane z powołaniem biegłego lub specjalisty**

### **Postanowienie**

Powołanie biegłego jest czynnością zastrzeżoną dla dyrektora właściwej jednostki kontrolnej. Jej zrealizowanie może nastąpić z własnej inicjatywy dyrektora, który nadzoruje przeprowadzanie kontroli. Może tę czynność poprzedzać także wniosek kontrolera, który ma dylemat, czy jego kompetencje są wystarczające do dokonania ustaleń faktycznych w określonej sprawie. W treści postanowienia o powołaniu biegłego musi być wskazana osoba, którą powołuje

się w tym charakterze i być określony zakres badań, a w konsekwencji także opinii niezbędnej do ustalenia stanu faktycznego kontrolowanej działalności. Ustawodawca wymaga, aby w postanowieniu wskazać termin wydania opinii (art. 49 ust. 2 ustawy o NIK). Zakres badań powinien być precyzyjny. Dobrze, gdy sformułowano w nim szczegółowe pytania o zagadnienia specjalistyczne, na jakie kontroler chciałby uzyskać odpowiedź. Wyeliminuje to sytuacje, w których biegły samodzielnie rozszerzyłby pole swego działania. Przy tym pytania szczegółowe nie powinny wskazywać, że powołujący zwraca się do biegłego o wydanie opinii mającej w istocie stanowić wykładnię pojęć ustawowych albo być tak formułowane, że już wyjściowo kierunkują tezy opinii. Wykluczone są również pytania szczegółowe, które nie dotyczą tak naprawdę strony specjalistycznej istoty zagadnienia stanowiącego przedmiot badań albo obejmują zaledwie jego wycinek<sup>16</sup>.

Postanowienie o powołaniu specjalisty wydaje kontroler, określając w nim przedmiot i czas działania. Specjalista bierze czynny udział w czynnościach kontrolnych, wspiera, ale nie zastępuje kontrolera. Dlatego w postanowieniu powinny być wskazane czynności, w których specjalista ma uczestniczyć, a czas jego aktywności być ściśle powiązany z czasem działania kontrolera (art. 49 ust. 4 ustawy o NIK).

W praktyce może się zdarzyć, że o powołanie biegłego lub specjalisty będzie wnioskować podmiot kontrolowany. Taki wniosek nie jest wiążący. Jeżeli kontrolowany

wskáže okoliczności faktyczne, które należy wyjaśnić z udziałem biegłego lub specjalisty, wtedy oczywiście należy zastanowić się nad potrzebą uwzględnienia tego wniosku.

Innym problemem, którego rozwiązanie nie wynika wprost z przepisów regulujących powołanie biegłego lub specjalisty, jest określenie momentu do którego dopuszczenie tego dowodu jest zasadne. W odniesieniu do specjalisty sprawa jest prostsza, bo przecież chodzi o okres na jaki wydano (także przedłużono) upoważnienie do kontroli. W tym czasie kontroler może dokonywać czynności także z udziałem specjalisty. Nie dokonuje się takich czynności na etapie rozpatrywania zastrzeżeń. Czy jednak na tym etapie można powołać biegłego? Jestem skłonna udzielić tu twierdzącej odpowiedzi. Faktem jest, że postępowanie kontrolne nie zostało jeszcze zakończone i wystąpienie pokontrolne nie ma ostatecznej treści. Opinia biegłego może być istotna z punktu widzenia przedstawienia stanowiska jednostki kontrolującej, a w rezultacie wpływając na sposób rozstrzygnięcia zastrzeżeń. Warto podkreślić, że w myśl art. 61a ust. 4 ustawy o NIK do wyjaśnienia wszystkich kwestii związanych z rozpatrywaniem zastrzeżeń zespół orzekający ma prawo żądać przedstawienia dokumentów. Takim dokumentem może być opinia biegłego, którego powołuje dyrektor jednostki kontrolnej, zwłaszcza gdy biegły wydaje opinię jedynie na podstawie ustaleń już udokumentowanych w aktach kontroli.

<sup>16</sup> Por. S. Pawelec: *Wadliwość opinii biegłego...*, op.cit., s. 159-162.

Nie trzeba dowodzić, że postanowienia o powołaniu biegłego albo specjalisty muszą mieć formę pisemną – zgodnie z zasadą pisemności postępowania kontrolnego. Są włączane do akt kontroli, z którymi może zapoznać się kierownik jednostki kontrolowanej lub osoba przez niego upoważniona. Ustawodawca nie sformułował wprawdzie obowiązku przekazania odpisu postanowienia podmiotowi kontrolowanemu, jednak dobra praktyka wskazuje na potrzebę poinformowania kierownika jednostki kontrolowanej o dopuszczeniu takiego dowodu. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby przesłać kierownikowi odpis postanowienia o powołaniu biegłego. Przekazania stosownej informacji wymaga też przejrzystość działania organu kontroli oraz jej obiektywizm. Przypomnę, że kierownik jednostki kontrolowanej ma prawo wnosić o wyłączenie biegłego lub specjalisty. Poza tym forma pisemna pozwala na odtworzenie pewnych zdarzeń zaistniałych w postępowaniu kontrolnym w razie złożenia skargi na kontrolera lub jednostkę kontrolującą.

### Umowa

Prawa i obowiązki kontrolującego oraz biegłego albo specjalisty powinna ukształtować umowa, o której mowa w art. 50 ust. 2 ustawy o NIK. Jest ona następstwem wydania postanowienia dowodowego. W żadnym razie nie może tego postanowienia zastępować.

Ustawodawca wspomina tylko o dwóch istotnych warunkach umowy, tj. o wynagrodzeniu biegłego albo specjalisty oraz zwrocie poniesionych przez nich kosztów. Nie oznacza to jednak, że nie należy właściwymi postanowieniami umownymi zabezpieczyć w pełni interesów obydwu stron. Wysokość wynagrodzenia określona w umowie powinna uwzględniać potrzebne do wydania opinii czas i nakład pracy, a także stopień złożoności problemu będącego jej przedmiotem. Ustawodawca nie wspomina o uwzględnieniu kwalifikacji biegłego lub specjalisty, lecz jest oczywiste, że muszą one wpływać na koszt przeprowadzenia tego dowodu. W postępowaniu kontrolnym nie ma prawem określonych konkretnych stawek za czynności biegłego lub specjalisty<sup>17</sup>. Problemem może być ustalenie kryteriów czasochłonności czy też wyodrębnienia poszczególnych wykonywanych przez nich czynności. Teoretycznie można przyjąć, że obowiązują stawki rynkowe i w efekcie wynagrodzenie jest umówione przez strony. Nie można przy tym bezkrytycznie aprobować kwoty proponowanej przez zainteresowanych. Należy bowiem zwrócić uwagę, że koszty tych dowodów są pokrywane z budżetu Najwyższej Izby Kontroli (art. 50 ust. 3 ustawy o NIK), a więc ze środków publicznych, do których zastosowanie ma zasada oszczędności i celowości.

<sup>17</sup> W postępowaniu sądowym stawki biegłych zostały ustalone rozporządzeniami Ministra Sprawiedliwości odpowiednio z 24.4.2013 w sprawie określenia stawek wynagrodzenia biegłych, tariff zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu karnym, (Dz.U. z 2017 r. poz. 2049, ze zm.) oraz z 24.4.2013 w sprawie określenia stawek wynagrodzenia biegłych, tariff zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu cywilnym, (Dz.U. z 2020 r. poz. 989).

Niewątpliwie umowa, o której tu mowa, nie jest umową o pracę, ale cywilnoprawną. Należy w niej dokładnie określić strony, przedmiot oraz czas na jaki została zawarta. Trzeba również wskazać wymogi, którym powinno odpowiadać sprawozdanie biegłego i warunki odbioru sporządzonej opinii oraz zastrzec możliwość i przesłanki odstąpienia od umowy.

Stroną umowy, tj. biegłym lub specjalistą zawsze jest konkretna osoba fizyczna przyjmująca takie obowiązki, nawet jeśli oni prowadzą działalność gospodarczą albo są zatrudnieni przez konkretnego przedsiębiorcę, np. spółkę z o.o. W tym drugim wypadku to nie spółka jest stroną stosunku prawnego, więc reprezentujący ją organ nie ma podstaw do zawarcia umowy. Wyznaczenie biegłego albo specjalisty zawsze ma charakter indywidualny. Wykonawcą zadania, tj. autorem opinii albo uczestnikiem konkretnej czynności dowodowej, jest osoba imiennie powołana w postanowieniu. Umowa to naturalna konsekwencja wydanego postanowienia. Dlatego stronami tej umowy ustawodawca uczynił biegłego albo specjalistę oraz dyrektora właściwej jednostki kontrolnej. Inny podmiot nie może występować w niej jako strona. Może natomiast reprezentować biegłego lub specjalistę jako ich pełnomocnik. W praktyce, jeżeli zdarzy się, że z przedsiębiorcą jako stroną zostanie zawarta umowa o sporządzenie opinii przez biegłego będącego pracownikiem tego przedsiębiorcy, to należy jej zawarcie

rozpatrywać w kategoriach prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (*negotiorum gestio*) – art. 752 k.c.<sup>18</sup> Trzeba tu zaznaczyć, że potwierdzenie tej umowy przez osobę, której sprawa dotyczy (czyli tego, kto ma być biegłym albo specjalistą) nadaje jej skutki zlecenia – art. 756 k.c.

Przedmiot umowy oraz okres jej trwania przede wszystkim powinien odpowiadać treści postanowienia o powołaniu. W umowie można bardziej szczegółowo określić wymogi sprawozdania oraz ustalić przesłanki nieprzyjęcia opinii, a jednocześnie odstąpienia od umowy.

#### **Udostępnianie materiałów i zachowanie tajemnicy**

Wydanie postanowienia o powołaniu biegłego lub specjalisty – w myśl art. 49 ust. 5 ustawy o NIK – uprawnia do udostępnienia im materiałów z akt kontroli w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia dowodu. Uprawnienie to wynika wprost z ustawy, a zatem nie ma obowiązku uzyskania zwolnienia, o którym mowa w art. 73 ust. 4 ustawy o NIK. Wszystkie informacje związane z wykonywaniem zadań przez biegłego lub specjalistę stanowią tajemnicę kontrolerską, do zachowania której są oni zobowiązani także po wykonaniu zadania. Z tajemnicy może zwolnić prezes NIK lub sąd właściwy do rozpatrzenia sprawy.

#### **Potwierdzenie wykonania zadania**

Sposób wykonania zadania przez specjalistę powinien odzwierciedlać protokół z przeprowadzonej czynności dowodowej.

<sup>18</sup> Ustawa z 23.4.1964 – Kodeks cywilny, Dz.U. z 2022 r. poz. 1360.

Podpisanie tego dokumentu jest niejako potwierdzeniem wykonania pracy. Może je dopełnić zestawienie poniesionych i udokumentowanych przez specjalistę wydatków.

Potwierdzeniem wykonania zadania przez biegłego jest doręczenie kontrolującemu opinii wraz ze sprawozdaniem z badań. Tryb przyjęcia opinii powinien stanowić dodatkową gwarancję prawidłowego przeprowadzenia tego dowodu i wynikać z umowy zawartej z biegłym. Dobrą praktyką jest sporządzanie protokołu odbioru wykonanej pracy. Chodzi o to, żeby do akt kontroli włączyć jako podstawę ustaleń faktycznych dowód rzetelny. Przyjmując opinię kontrolujący powinien dokonać jej oceny w sposób, o którym wcześniej wspomniałam.

Zdarza się, że przygotowana opinia nie odpowiada na zasadnicze pytania z punktu widzenia celu kontroli, dlatego nie można bezkrytycznie afirmować konkluzji biegłego. Opinia niepełna lub błędna nie powinna być przyjęta, co więcej, należałoby rozważyć odstąpienie od umowy. Czasami, zwłaszcza w skomplikowanych sprawach np. z zakresu sporządzania kosztorysów w budownictwie, operatów szacunkowych nieruchomości czy podejmowania decyzji gospodarczych obarczonych dużym ryzykiem, stwierdzenie, że opinia jest błędna może stanowić realny problem. Dlatego warto podjąć próbę wyjaśnienia wątpliwości i konwalidowania braków takiej opinii. W tym celu należałoby żądać jej uzupełnienia.

Odmowa przyjęcia opinii biegłego w ostateczności prowadzi do odstąpienia od umowy oraz odmowy wypłaty wynagrodzenia. Ma to miejsce wtedy, gdy opinia nie została przyjęta i w żadnej części

nie mogła być wykorzystana w prowadzonym postępowaniu z uwagi na jej istotne wady. Wtedy siłą rzeczy nie ma podstaw do wypłaty na rzecz biegłego choćby części wynagrodzenia. Uzasadnienie wadliwości opinii może jednak być problematyczne i istnieje ryzyko rozstrzygnięcia tego sporu w procesie cywilnym o zapłatę.

### Wypłata wynagrodzenia

Po przyjęciu opinii zwykle następuje wypłacenie biegłemu umówionego wynagrodzenia. Można zapytać, czy biegły lub specjalista muszą zawsze otrzymać wynagrodzenie, czy też mogą z niego zrezygnować. Jeśli zdarzy się, że specjalista zechce pracować nieodpłatnie, to trzeba to odpowiednio uregulować w umowie.

Umowa ze specjalistą jest zwykle zawierana jako umowa-zlecenie i głównie do celów dowodowych, powinna mieć formę pisemną. Umowa-zlecenie jest umową wzajemną, jeżeli strony nadały jej taki charakter, w szczególności gdy ma odpłatny charakter. Mają do niej zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Na mocy umowy-zlecenia przyjmujący ją zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej na rzecz dającego zlecenie – art. 734 § 1 k.c. Z artykułu 735 § 1 k.c. wynika, że za wykonanie zlecenia zleceniobiorcy należy się wynagrodzenie, chyba że co innego wynika z umowy lub okoliczności. Zasadą jest więc odpłatność zlecenia, ale przyjmujący może zobowiązać się wykonać je bez wynagrodzenia, a wówczas umowa-zlecenie będzie nieodpłatna. Należy podkreślić, że zrzeczenie się przez zleceniobiorcę wynagrodzenia powinno mieć wyraźne odzwierciedlenie w treści umowy. Nie można tej sytuacji



mylić z zakazem zrzeczenia się wynagrodzenia obowiązującym na podstawie prawa pracy – art. 84 ustawy z 27 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy<sup>19</sup>. Jeżeli strony nie ustaliły w umowie wysokości wynagrodzenia, zleceniobiorcy należy się wynagrodzenie odpowiadające wykonanej pracy – art. 735 § 2 k.c. Ustalenie wysokości wynagrodzenia należy oprzeć w takiej sytuacji na wyliczeniu czasu poświęconego na wykonanie zlecenia z uwzględnieniem stopnia skomplikowania czynności, kwalifikacji zleceniobiorcy oraz stawek przyjętych za dane czynności. W sprawach tych zleceniobiorcy przysługuje stosowne roszczenie o zapłatę wynagrodzenia. Oczywiście dochodzenie tego roszczenia zależy od woli zleceniobiorcy.

W przypadku, gdy z biegłym zawarto umowę o dzieło, która jest umową rezultatu i wynagrodzenie przyjmującego zamówienie jest elementem przedmiotowo istotnym tej umowy, ustawodawca nie przewidział możliwości zrzeczenia się wynagrodzenia.

### **Udostępnianie dokumentów dotyczących pracy biegłego i specjalisty**

Opinia biegłego stanowi dowód w postępowaniu kontrolnym, w którym go powołano. Podobnie jak protokół dotyczący przebiegu czynności z udziałem specjalisty jest włączana do materiału dowodowego gromadzonego w aktach kontroli. W myśl

art. 35a ust. 3 ustawy o NIK wgląd do nich i możliwość zapoznania się ze wspomnianymi dokumentami ma kierownik jednostki kontrolowanej albo osoba przez niego upoważniona, z zastrzeżeniem przepisów o tajemnicy ustawowo chronionej. Kontroler nie może odmówić udostępnienia tych dokumentów podmiotowi kontrolowanemu.

Ponadto mogą być one wykorzystane jako materiał dowodowy także w innych kontrolach albo innych postępowaniach sądowych lub administracyjnych<sup>20</sup>. Stanowią bowiem dokumenty urzędowe i mogą być dowodem w innej sprawie. Będzie to jednak wówczas dowód z dokumentu. Wykorzystanie takiego materiału może być pomocne w szczególności w kontrolach koordynowanych, w których taki sam zakres badań dotyczy kilku jednostek kontrolowanych, np. gmin, szpitali.

Zdarzają się wnioski o udostępnienie tych dokumentów na podstawie przepisów ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej<sup>21</sup>. Dokumenty wytworzone przez osoby pełniące funkcje publiczne (a biegły, specjalista oraz kontrolerzy NIK taką funkcję pełnią), złożone do akt sprawy, mają walor dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 6 ust. 2 u.d.i.p., stanowią informację publiczną i podlegają udostępnianiu w jej trybie. Ograniczenie dostępności tych dokumentów może wynikać z przepisów o tajemnicy

<sup>19</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 1510.

<sup>20</sup> NIK ma obowiązek przesłania materiałów dowodowych, w tym opinii biegłego, wraz z zawiadomieniami kierowanymi na podstawie art. 63 ustawy o NIK o czynach, za które grozi odpowiedzialność ustawowa. Jeśli chodzi o postępowania administracyjne dotyczy to np. spraw z zakresu prawa budowlanego, prowadzenia działalności reglamentowanej lub kar pieniężnych.

<sup>21</sup> Dz.U. z 2022 r. poz. 902.

ustawowo chronionej. Są chronione tajemnicą kontrolerską i bez zezwolenia prezesa NIK nie mogą być przekazane wnioskodawcy.

Warto dodać, że opinii biegłego nie przysługuje ochrona z tytułu praw autorskich. Opinia wraz ze sprawozdaniem – jak już wyżej zaznaczyłam – jest dokumentem urzędowym, który zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>22</sup>, jest wyłączony spod ochrony tego aktu prawnego. Nawet jeśli ktoś będzie kwestionował stanowisko, że opinia biegłego jest dokumentem urzędowym, to z pewnością można ją zaliczyć do zbioru określonego jako „materiały urzędowe”, których ochrona jest również wyłączona. W orzecznictwie przyjęto pogląd, że: „Opinie i ekspertyzy sporządzone na zlecenie Kancelarii Prezydenta RP są materiałami urzędowymi w rozumieniu art. 4 pkt 2 u.p.a.p.p. Pełnią funkcję służebną w procesie podejmowania decyzji przez najwyższy organ władzy wykonawczej i nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego”<sup>23</sup>. Jako materiał urzędowy potraktowano też operat szacunkowy dotyczący nieruchomości Skarbu Państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego<sup>24</sup>. W tym kontekście uważam, że także opinia złożona do akt kontroli mieści się w omawianym zbiorze, który przecież jest znacznie szerszy niż ten obejmujący dokumenty urzędowe. Stanowi materiał wytworzony na zlecenie

władzy publicznej, do realizacji jej zadań i w ramach urzędowej procedury.

### **Opinia eksperta lub instytutu naukowego**

Ponieważ biegłym może być tylko osoba fizyczna, nie wolno w takim charakterze powołać instytutu naukowego czy innej instytucji specjalistycznej. Otwarty katalog dowodów oznacza, że ustawodawca dopuszcza wykorzystanie każdego źródła informacji, które może mieć znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego. Realizacja wynikającego z celu kontroli obowiązku ustalenia i rzetelnego udokumentowania stanu danej działalności skłania do przeprowadzenia każdego „nienazwanego” dowodu do wyjaśnienia okoliczności faktycznych. Dowód taki będzie traktowany jako równoważny innym „nazwanym” dowodom, z zastrzeżeniem legalności i prawidłowości jego przeprowadzenia. W postępowaniu kontrolnym, odmiennie niż w postępowaniu cywilnym (art. 290 Kodeksu postępowania cywilnego) lub karnym (art. 193 § 2 Kodeksu postępowania karnego), nie ma wprost wyrażonej możliwości korzystania z opinii instytucji naukowych lub specjalistycznych. Jednak jest oczywiste, że dopuszcza się taki sposób ustalania faktów. Ekspertyza sporządzona przez eksperta lub zespół ekspertów zatrudnionych w instytucie naukowym może stanowić dowód w postępowaniu kontrolnym. Nie można

<sup>22</sup> Dz.U. z 2021 r. poz. 1062.

<sup>23</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 11.10.2017, II SAB/Wa 175/17, LEX nr 2404402.

<sup>24</sup> Wyrok NSA z 25.9.2019 r., I OSK 2538/17, CBOSA. A. Niewęglowski: *Prawo autorskie. Komentarz*, Komentarz do art. 4, opubl. w LEX.

jej jednak przypisać statusu opinii biegłego. Zwrócenie się o sporządzenie takiej ekspertyzy będzie istotne np. w sytuacji, gdy „zbadanie określonego zagadnienia wymaga wiedzy specjalistycznej z różnych dziedzin, a w szczególności, gdy wydanie opinii powinno poprzedzać stosowne badanie, które może wykonać jedynie podmiot wyposażony w odpowiednią certyfikowaną aparaturę badawczą, zasadne jest wystąpienie do właściwego instytutu o wydanie opinii. Udostępnienie akt kontroli na potrzeby wydania opinii przez instytut będzie możliwe tylko za zgodą Prezesa Najwyższej Izby Kontroli (art. 35a ust. 4 ustawy o NIK)”<sup>25</sup>.

Inny przykład dotyczy potrzeby dokonania oceny operatów szacunkowych przedstawianych przez podmiot kontrolowany. Zgodnie z art. 157 ust. 1 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>26</sup> oceny prawidłowości sporządzenia operatu szacunkowego dokonuje organizacja zawodowa rzeczoznawców majątkowych. Zadania takie należą do odpowiednich komisji w stowarzyszeniach regionalnych oraz Polskiej Federacji Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych. Powierzenie więc właściwemu podmiotowi wykonania oceny poprawności operatu budzącego wątpliwości kontrolujących (rzecz jasna licząc się z kosztami takiego dowodu) będzie prawidłową czynnością z punktu widzenia ustalenia stanu faktycznego<sup>27</sup>.

Przeprowadzenie dowodu z opinii eksperta lub instytutu naukowego jest mniej sformalizowane niż powołanie biegłego. Wiąże się z wyborem eksperta oraz zawarciem umowy cywilnoprawnej, w której powinien być w szczególności określony przedmiot ekspertyzy, czas jej sporządzenia i oczywiście wymagania w odniesieniu do ekspertów.

Dowodem w kontroli są m.in. dokumenty przedstawiane przez kontrolowanego. Przedłożenie kontrolerowi ekspertyzy zleconej przez jednostkę kontrolowaną powinno skutkować włączeniem jej do akt kontroli i poddaniem ocenie jako elementu oświadczenia lub wyjaśnienia złożonego przez pracownika. Taki dokument nie ma oczywiście waloru dowodu z opinii biegłego. Problem może się pojawić, gdy ekspertyza będzie w sprzeczności z opinią biegłego. Zasadny wydaje się wniosek, że w wypadku stwierdzenia takiej niezgodności należałoby kierować się zasadą swobodnej oceny dowodów i uznać jeden z nich a drugi odrzucić. Jednak gdyby kontroler zdeprecjonował opinię biegłego, to powinien powołać innego w celu uzyskania jego opinii<sup>28</sup>.

Praktyka wskazuje, że istotnymi problemami w kontroli bywa ustalenie, czy podmiot kontrolowany prawidłowo stosował regulacje prawne, a także dokonanie oceny legalności jego działania. Wydawałoby się, że wyznaczniki kryterium legalności wynikające z prawa można bez większego trudu zastosować. Niestety ze względu na jakość

<sup>25</sup> S. Dziwisz: *Odpowiedzialność karna biegłego...*, op.cit., s. 73.

<sup>26</sup> Dz.U. z 2021 r. poz. 1899, ze zm.

<sup>27</sup> Por. Ł. Jędruszek: *Ocena prawidłowości sporządzenia operatu szacunkowego – szczególna instytucja podważenia opinii biegłego z zakresu szacowania nieruchomości*, „Temidium” nr 2/2015, s. 48 i 52.

<sup>28</sup> Por. T. Widła: *Jeszcze raz o ekspertyzach pozasądowych*, „Prokuratura i Prawo” nr 7-8/2015, s. 40.

prawa pojawia się wiele wątpliwości interpretacyjnych, które skutecznie utrudniają dokonanie oceny. W takich wypadkach można zlecić sporządzenie opinii prawnej ekspertowi w danej dziedzinie prawa. Należy przyjąć, że nie jest wykluczone powołanie biegłego do wyjaśnienia wątpliwości pojawiających się na tle interpretacji prawa. Warto przywołać tu stanowisko judykatury, że „co do zasady kwestie prawne nie wymagają zasięgnięcia opinii biegłych (*iura novit curia* – sąd zna prawo). Trzeba stwierdzić, że dopiero *in concreto* możliwa jest ocena potrzeby przeprowadzenia dowodu z opinii biegłych, obejmującej także kwestie prawne, które immanentnie związane są z problemami natury np. technicznej<sup>29</sup>. Chodzi o potrzebę zasięgnięcia opinii co do prawa ściśle związanego z zagadnieniami specjalistycznymi, a nie co do prawa jako takiego.

Swego rodzaju ekspertem w dziedzinie prawa jest Prokuratura Generalna Rzeczypospolitej Polskiej. W myśl art. 49a ustawy o NIK, jeżeli w toku kontroli powstanie wątpliwość wymagająca interpretacji przepisów prawnych związanych z ochroną praw lub interesów Rzeczypospolitej Polskiej, dyrektor właściwej jednostki organizacyjnej NIK lub upoważniona przez niego osoba zwraca się do Prezesa Prokuratury Generalnej RP o wydanie opinii prawnej w tej sprawie. Prokuratura jest wysoko wyspecjalizowanym instytucjonalnym pełnomocnikiem przede wszystkim

Skarbu Państwa w sprawach dotyczących mienia państwowego w postępowaniach przed sądami, trybunałami i innymi organami jurysdykcyjnymi. Wystąpienie o opinię do Prokuratury powinno mieć miejsce w sprawach zasadniczych i wówczas, gdy istnieją wątpliwości, które przy stosowaniu normalnych reguł wykładni nie dają się usunąć, a rzutują na ochronę praw lub interesów Rzeczypospolitej Polskiej. W doktrynie wskazuje się, że: „Prokuratura występuje tutaj jako swego rodzaju biegły w zakresie prawa, który ma pomóc NIK we właściwym odczytaniu skomplikowanych zagadnień prawnych”<sup>30</sup>.

### Panel ekspertów

Ważnym elementem przygotowania kontroli jest rozpoznanie opinii głównych interesariuszy; w tym celu organizuje się panel ekspertów z udziałem przedstawicieli różnych środowisk, świata nauki, organizacji pozarządowych. Są one narzędziem pogłębiania znajomości problemów zgłaszanych do NIK, a następnie stanowiących przedmiot badań kontrolnych<sup>31</sup>. Poglądy formułowane w czasie panelu pomagają więc w przygotowaniu kontroli, wytyczeniu jej zakresu oraz metodyki. Opinie ekspertów ułatwiają też ukierunkowanie analizy ryzyka i zdiagnozowanie istotnych nieprawidłowości. Panel ekspertów (konferencja) może być również zwołany po zakończeniu kontroli w celu omówienia jej wyników i ewentualnego wypracowania

<sup>29</sup> Postanowienie SN z 6.2.2014, III KK 359/13, dostępne na stronie <[www.saos.org.pl/judgments/104353](http://www.saos.org.pl/judgments/104353)>. Podobnie T. Grzegorzczak: *K.P.K. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 378.

<sup>30</sup> P. Szustakiewicz: *Postępowanie kontrolne przed Najwyższą Izbą Kontroli po nowelizacji ustawy o NIK*, „Zamówienia Publiczne Doradca” nr 1/2011, s. 43.

<sup>31</sup> *Sprawozdanie z działalności NIK w 2019 r.*, s. 159-160, opubl. <[www.nik.gov.pl/plik/id,22569.pdf](http://www.nik.gov.pl/plik/id,22569.pdf)>.

działań na przyszłość. Ich poglądy bywają pomocne przy agregowaniu ustaleń kontroli i formułowaniu wniosków systemowych w informacji o wynikach kontroli. Słusznie zauważono w doktrynie, że taka wymiana poglądów pozwala lepiej poznać problemy jakie wiążą się z daną kontrolą i „sprzyja uściśleniu zaleceń pokontrolnych czy upowszechnianiu dobrych praktyk”<sup>32</sup>.

Treść publikowanych sprawozdań z działalności NIK wskazuje, że w 2015 r. zorganizowano 16 paneli ekspertów, w 2016 r. – 12, w 2017 r. – 18, w 2018 r. – 13<sup>33</sup>. W sprawozdaniach za lata 2019–2021 nie ujęto danych liczbowych. Wspomniano jednak, że ze względu na szczególne warunki związane z pandemią ograniczono liczbę dyskusji w tej formie. Warto nadmienić, że: „W 2019 r. odbyły się m.in. panele ekspertów dotyczące: systemu ochrony zdrowia – Stan obecny i pożądane kierunki zmian oraz konferencja i panel poświęcony problemom służby zdrowia, gdzie przedstawiono propozycje NIK dotyczące zmian w tym obszarze; przyszłości energetyki w Polsce – debata dotycząca poważnych wyzwań, jakie dla konkurencyjności polskiej gospodarki mogą stanowić m.in. ceny prądu oraz konieczność redukcji emisji; broni chemicznej zalegającej na dnie Bałtyku i zagrożeń, jakie stanowi dla życia w tym morzu”<sup>34</sup>.

Z kolei w 2020 r., „pomimo ograniczeń związanych z sytuacją epidemiczną w kraju,

zorganizowane zostały panele ekspertów dotyczące m.in. monitorowania niepożądanych działań leków, gospodarki odpadami i ochrony środowiska, identyfikacji ryzyka przygotowania i realizacji Konceptcji Centralnego Portu Komunikacyjnego, weryfikacji skuteczności wprowadzonych rozwiązań przeciwdziałających depopulacji Opolszczyzny i ich wpływu na sytuację demograficzną regionu opolskiego oraz utrzymania i wykorzystania Wschodniego Szlaku Rowerowego Green Velo”<sup>35</sup>.

W 2021 r. zorganizowano „panele ekspertów dotyczące m.in.: efektów wybranych działań państwa podejmowanych w celu łagodzenia skutków epidemii w gospodarce, bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego, problemów związanych z wdrażaniem programu priorytetowego Czyste Powietrze oraz modelu systemu urzędowej kontroli żywności i ewentualnej jego reformy”<sup>36</sup>.

Informacje o przedmiocie dyskusji panelowych wskazują jak szerokim spektrum zagadnień zajmują się kontrolerzy NK.

## Podsumowanie

Dokonanie oceny kontrolowanej działalności wymaga skorzystania z rzetelnej wiedzy na temat badanej problematyki. Podstawę do formułowania obiektywnych ocen dają tylko pełne ustalenia faktyczne dokonane na podstawie prawidłowo

<sup>32</sup> J. Mazur [w:] *Konstytucjonalizm polski. Refleksje z okazji jubileuszu 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej Profesora Andrzeja Szmyta*, redakcja naukowa A. Gajda, K. Grajewski, A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. Wiszowaty, Gdańsk 2020, s. 1212.

<sup>33</sup> Sprawozdania z działalności NIK są dostępne na <[www.nik.gov.pl](http://www.nik.gov.pl)>.

<sup>34</sup> *Sprawozdanie z działalności NIK w 2019 r.*, s. 160.

<sup>35</sup> *Sprawozdanie z działalności NIK w 2020 r.*, s. 229.

<sup>36</sup> *Sprawozdanie z działalności NIK w 2021 r.*, s. 169.

przeprowadzonych dowodów. W tym procesie istotną rolę odgrywają dowody z wykorzystaniem wiedzy eksperckiej. Sięganie po wiedzę specjalistyczną zwiększa zaufanie i buduje autorytet organu kontroli, a także gwarantuje prawidłowe zrealizowanie wyznaczonych celów. Wykorzystanie takich dowodów zależy od tego, czy zostały przeprowadzone zgodnie z wymogami ustawowymi.

Nie można mylić ról biegłego i specjalisty oraz zamiennie traktować tych dowodów. Powołanie biegłego należy do kompetencji dyrektora jednostki kontrolnej. Ten model działania ma zapobiegać nadużywaniu podejmowania takich czynności i zastępowaniu pracy kontrolera przez biegłych. Pozwala również na racjonalizację kosztów postępowania.

Ważną sprawą jest właściwy wybór ekspertów. Osoby powoływane w charakterze biegłego lub specjalisty nie mogą być przypadkowe. Muszą dawać rękojmię należytego wykonywania zadań, które im zlecono.

Nie wolno ciężaru ustaleń kontrolnych i ocen przerzucać w znacznej części na biegłych lub specjalistów. Dlatego przedmiot i zakres ich działania powinien być ściśle ustalony, a następnie egzekwowany. Odbiór opinii musi koncentrować się na sprawdzeniu kompletności i rzetelności wykonanego badania, aby w porę zapobiegać dołączeniu do akt kontroli wadliwej opinii.

Każdorazowo opinia eksperta stanowiąca materiał dowodowy podlega swobodnej ocenie procesowej. Jej treść należy rozpatrywać przez pryzmat całokształtu materiału dowodowego, przy uwzględnieniu zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego.

dr ELŻBIETA JARZĘCKA-SIWIK  
radca prawny,  
doradca prawny w Departamencie  
Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego NIK

**Słowa kluczowe:** biegły, specjalista, ekspert, czynności dowodowe w kontrolach NIK, postanowienie o powołaniu, bezstronność, panel ekspertów

### Bibliografia:

1. Berek M.: *Wykonywanie czynności kontrolnych* [w:] E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Warszawa 2018.
2. Dziwisz S.: *Odpowiedzialność karna biegłego powołanego w toku kontroli*, „Kontrola Państwowa” nr 3/2021.
3. Grzegorzczak T.: *K.P.K. Komentarz*, Warszawa 2008.
4. Jarzęcka-Siwik E., Skwarka B.: *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Difin, Warszawa 2017.
5. Jarzęcka-Siwik E.: *Podstawowe konsekwencje prawne naruszenia zasady bezstronności*, „Kontrola Państwowa” nr 1/2021.
6. Jędruszek Ł.: *Ocena prawidłowości sporządzenia operatu szacunkowego – szczególna instytucja podważenia opinii biegłego z zakresu szacowania nieruchomości*, „Temidium” nr 2/2015.



7. Kowalski M.: *Biegły musi mieć nieskazitelną charakter*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 30.7.2015.
8. Mazur J. [w:] *Konstytucjonalizm polski. Refleksje z okazji jubileuszu 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej Profesora Andrzeja Szmyta*, redakcja naukowa A. Gajda, K. Grajewski, A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, M. Wiszowaty, Gdańsk 2020.
9. Niewęglowski A.: *Prawo autorskie. Komentarz*, Komentarz do art. 4, opubl. w LEX.
10. Pawelec S.: *Wadliwość opinii biegłego w procesie karnym jako pochodna błędów zawartych w postanowieniu o jej dopuszczeniu*, „Prokuratura i Prawo” nr 4/2014.
11. Robaczyński W. [w:] *Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Wydawnictwo Sejmowe 2000.
12. Stachowski M.: *Pojęcie specjalisty w procesie karnym*, <[www.prawnakancelaria.eu/teksty/kpk/specjalistawprocesiekarnym](http://www.prawnakancelaria.eu/teksty/kpk/specjalistawprocesiekarnym)>.
13. Szustakiewicz P.: *Postępowanie kontrolne przed Najwyższą Izbą Kontroli po nowelizacji ustawy o NIK*, „Zamówienia Publiczne Doradca” nr 1/2011.
14. Szymaniak P.: *Odpowiedzialność zdyscyplinuje biegłych*, Dziennik Gazeta Prawna z 26.5.2015.
15. Widła T.: *Jeszcze raz o ekspertyzach pozasądowych*, „Prokuratura i Prawo” nr 7-8/2015.
16. Informacja o wynikach kontroli NIK: *Funkcjonowanie biegłych w wymiarze sprawiedliwości* <[www.nik.gov.pl](http://www.nik.gov.pl)>.

#### ABSTRACT

##### Using Expert Knowledge in NIK Audits – Expert, Specialist and Expert Panels

In order to fulfil the objectives of public auditing, it is necessary to appropriately determine the actual state of affairs. A broad spectrum of audit examination that lies within NIK's competence, new forms of performance in the area of activities financed with public money, digitalization, technological advancement of various processes, as well as scientific and technological advancement call for expert knowledge. These concern all stages of the audit process, starting from its preparing, through evidence proceedings, to formulating and publicising audit results. In the article, an analysis has been presented of the legal regulation related to the situation in which the legislator allows for, or requires, the use of expert knowledge at every stage of the audit process. The most significant issue in the area is, obviously, evidencing with the use of expert knowledge. Evidence must be reliable, linked to the audit objectives and economical. That is why a vast part of the article is dedicated to experts and specialists. The author pays attention to the differences in the status of experts and specialists, the reasons for imperfect opinions, as well as refers to the issues and doubts voiced in practice, related to the engagement of experts and specialists in the audit process.

**Elżbieta Jarzęcka-Siwik**, PhD, Legal Councillor, Legal Advisor in the Department of Legal Affairs of NIK

**Key words:** expert, specialist, evidence proceedings in NIK audits, decision on appointment, impartiality, expert panel