

Analiza porównawcza

Biegli i specjaliści w postępowaniu kontrolnym NIK – perspektywa zmian

Najwyższa Izba Kontroli coraz częściej korzysta z pomocy biegłych i specjalistów. Tymczasem stosowanie poświęconych im regulacji zawartych w ustawie o NIK w praktyce sprawia trudności. Wątpliwości budzi tryb ich powoływania, ponieważ ustawa pozostawia dużą swobodę. Dotyczy ona także ustalania wynagrodzenia. Może to prowadzić do nadmiernego wzrostu cen oraz wydłużania negocjacji. Wymóg zawarcia umowy powoduje ponadto, że w istocie to biegły (specjalista) decyduje, czy podejmie się czynności. Dysfunkcjonalne są również rozwiązania o ich wyłączeniu. Wskazana byłaby więc poważna reforma przepisów.

SŁAWOMIR CZARNOW

Wstęp

Zmiany w sposobie realizacji kontrolowanych przez NIK zadań publicznych – prowadzące do coraz szerszego użycia zaawansowanej techniki – sprawiają, że Najwyższa Izba Kontroli częściej korzysta z pomocy biegłych i specjalistów. Biegły

co do zasady nie ustala faktów, lecz ocenia je przez pryzmat wiadomości specjalnych¹, natomiast specjalista wspiera kontrolera w ustalaniu faktów. Niemniej granica między oceną faktów, a ich ustaleniem na podstawie wiedzy specjalistycznej jest nieostra². W praktyce stosowanie regulacji dotyczących biegłych i specjalistów, zawartych w ustawie z 23 grudnia 1994 r.

¹ Taki pogląd – dotyczący postępowania cywilnego, ale aktualny i w innych postępowaniach – wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 10.1.2020 (III CSK 194/19).

² SN w wyroku z 20.6.1984 (II CR 197/84, OSNC 1985/2–3, poz. 37) stwierdził, że „współczesny stan techniki sprawił, że samo poczynienie ustaleń faktycznych (np. z jej zakresu) może wymagać dysponowania wiedzą i doświadczeniem w danej dziedzinie, a nawet aparaturą badawczą”, jak np. szacowanie rozmiaru i wartości szkody w uprawach rolnych.

o Najwyższej Izbie Kontroli³, rodzi wątpliwości. Dotyczą one głównie mieszane-go trybu ich powoływania oraz podmiotów, którym można te funkcje powierzyć. Z jednej strony organ kontroli powołuje biegłego i specjalistę postanowieniem (element publicznoprawny), a z drugiej zawiera umowę (element prywatnoprawny). Ustawa nie określa żadnych wymagań, jakie powinni spełniać ani nie wskazuje mierzalnych i jednoznacznych sposobów kalkulacji wynagrodzenia. To elastyczne rozwiązanie, dające dużą swobodę działania organowi kontroli, a stronom pole do negocjacji. Może jednak prowadzić do nadmiernego wzrostu cen usług oraz wydłużenia pertraktacji wskutek dążenia biegłych i specjalistów do uzyskania wysokich wynagrodzeń (skoro nie są limitowane).

Artykuł 29 ust. 1 pkt 2 lit. g i art. 49 ust. 1 ustawy o NIK stwarzają możliwość korzystania z pomocy biegłych i specjalistów w toku kontroli, tj. w czasie jej prowadzenia. Zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy opinie biegłych są dowodami w postępowaniu kontrolnym. Natomiast w myśl art. 28 ust. 2 pkt 3 podczas przygotowywania kontroli uwzględnia się m.in. opinie naukowe i specjalistyczne. Opinie uzyskane na tym etapie nie stanowią jednak opinii biegłego, gdyż przed wszczęciem kontroli nie można go powołać. Niektóre kwestie dotyczące biegłego i specjalisty nie zostały unormowane lub są unormowane niewystarczająco, jak np. ich wyłączenie z postępowania.

Celem artykułu jest przeanalizowanie uregulowań poświęconych instytucji biegłego i specjalisty w kontrolach NIK na tle innych procedur. Ma to służyć nakreśleniu proponowanych kierunków zmian.

Sposób powołania biegłego lub specjalisty

Zgodnie z ustawą o Najwyższej Izbie Kontroli biegli i specjaliści działają w toku kontroli NIK na podstawie postanowienia o ich powołaniu (art. 49 ust. 5). Biegłego powołuje dyrektor właściwej jednostki kontrolnej – prowadzącej postępowanie w jednostce kontrolowanej (art. 2a pkt 2) – jeśli w czasie kontroli konieczne jest zbadanie określonych zagadnień wymagających wiadomości specjalnych (art. 49 ust. 1). Specjalistę może zaś powołać kontroler, gdy w toku kontroli ujawni się potrzeba dokonania określonych czynności z udziałem specjalisty w danej dziedzinie lub praktyka (art. 49 ust. 4). W postanowieniu o powołaniu określa się przedmiot i zakres badań oraz termin wydania opinii przez biegłego albo przedmiot i czas działania specjalisty (art. 49 ust. 2). Postanowienie upoważnia biegłego lub specjalistę do wglądu do akt kontroli w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia dowodu oraz dokonywania czynności wskazanych w art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. a-c ustawy, tj. do wstępu na teren kontrolowanej jednostki, do wglądu, pobierania i zabezpieczania dokumentów i do przeprowadzania oględzin (art. 49 ust. 5). Zatem, zgodnie z art. 50 ust. 2 ustawy, dyrektor właściwej jednostki kontrolnej

³ Dz.U. z 2022 r. poz. 623; dalej ustawa o NIK.

zawiera z biegłym lub specjalistą umowę określającą jego wynagrodzenie. Ustawa o NIK nie określa formy ani trybu jej zawarcia. Nie wskazuje wprost źródła obowiązku nakładanego na biegłego lub specjalistę (postanowienie czy umowa), nie ustala też żadnych sankcji za jego niewykonanie. Moim zdaniem postanowienie, jeśli nie poprzedzono go umową, można uznać za *sui generis* zaproszenie do zawarcia umowy (rokowań, złożenia oferty) w sprawie wynagrodzenia. Wymóg jej podpisania oznacza, że strony muszą dojść do porozumienia. Przy braku możliwości jego osiągnięcia wydanie postanowienia o powołaniu biegłego lub specjalisty wydaje się bezcelowe, gdyż ustawa nie przewiduje środków przymuszających do wykonania tego postanowienia.

Poza ustawą o NIK jedynie ustawa z 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej⁴ przewiduje zawieranie umów z biegłymi (art. 33 ust. 2), ale bez powoływania ich na podstawie postanowień. Natomiast w razie potrzeby przeprowadzenia czynności na terenie jednostki kontrolowanej biegłemu wystawia się upoważnienie (art. 33 ust. 3). Udziału specjalistów ta procedura nie przewiduje, ale art. 18 ustawy dopuszcza włączenie w skład zespołu kontrolerów pracowników organów i jednostek podporządkowanych lub nadzorowanych, posiadających wiedzę specjalistyczną, którym wystawia się

upoważnienie do kontroli. Z kolei w postępowaniach jurysdykcyjnych z reguły wydaje się postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, a następnie wzywa się go do przedstawienia opinii/wykonania czynności, bez zawierania umowy (np. ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego⁵, ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁶, ustawa z 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego⁷ czy ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa⁸). O ile wszystkie te postępowania przewidują instytucję biegłego, o tyle możliwość powołania specjalisty istnieje jedynie w procedurze karnej, zaś tłumacza – w procedurze cywilnej, karnej i podatkowej. Przepisy o biegłych są najbardziej rozbudowane w procedurze karnej i cywilnej (do której odsyła też procedura podatkowa), zaś w postępowaniu administracyjnym pozostają ogólnikowe.

Charakterystyka biegłego i specjalisty oraz ich czynności

Biegły zobowiązuje się w umowie do zbadania określonych zagadnień wymagających wiadomości specjalnych i wydania opinii w przedmiocie określonym w postanowieniu o powołaniu. Wiadomości specjalne są pojęciem nieostrym, ale najczęściej pojmuje się je jako wiedzę, której nie posiadają pracownicy organów oraz ogół wykształconych osób, np. z dziedziny budownictwa,

⁴ Dz.U. z 2020 r. poz. 224.

⁵ Dz.U. z 2022 r. poz. 1375, ze zm.; dalej k.p.k. Zob. np. art. 177, art. 194 i 197 i art. 205-206.

⁶ Dz.U. z 2021 r. poz. 1805, ze zm.; dalej k.p.c. Zob. np. art. 236 i art. 278-279.

⁷ Dz.U. z 2023 r. poz. 775, ze zm.; dalej k.p.a. Zob. art. 84 i art. 123-124.

⁸ Dz.U. z 2022 r. poz. 2651, ze zm.; dalej o.p.

rolnictwa, ochrony przyrody, medycyny. Nie jest to tylko wiedza naukowa, zdobyta w wyniku specjalistycznych studiów w danej dziedzinie, ale też umiejętności praktyczne, oparte na długotrwałym, wieloletnim doświadczeniu⁹.

Umowa z biegłym jest umową rezultatu, a jego opinia stanowi dzieło w rozumieniu art. 627 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹⁰. Może być ona utworem w rozumieniu ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹¹, ale nie będzie podlegała przepisom tej ustawy. Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego. Opinie biegłych zaliczają się zaś do materiałów urzędowych – stworzono je bowiem na potrzeby postępowania kontrolnego i stanowią dowód zamieszczony w aktach kontroli. Jak uznał NSA w wyroku z 14 lutego 2018 r.¹²: „Formuła ‘materiały urzędowe’ odznacza się stosunkowo dużą pojemnością. Jest ona bowiem zdolna pomieścić wszystko co – nie będąc dokumentem – jest urzędowe. Przy czym cechą tę materiał może uzyskać, gdy pochodzi od urzędu lub innej instytucji państwowej bądź dotyczy sprawy urzędowej, bądź wreszcie dlatego, że powstał w rezultacie zastosowanej procedury urzędowej. W formule tej umieszcza się opinie

biegłych wykonane na zlecenie sądów. Procedurami urzędowymi są bowiem procedury sądowe, które regulują przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych. Opinie biegłych, powstające w rezultacie zastosowania procedury urzędowej, nie są więc przedmiotem prawa autorskiego”. Podobnie „opinie i ekspertyzy sporządzone na zlecenie Kancelarii Prezydenta RP są materiałami urzędowymi w rozumieniu art. 4 pkt 2 ustawy [...]. Pełnią funkcję służebną w procesie podejmowania decyzji przez najwyższy organ władzy wykonawczej i nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego. Pogląd ten ma zastosowanie również do opinii biegłych, które stanowią jeden z przewidzianych przepisami k.p.c. i k.p.k. rodzajów dowodów, służących orzekającym w sprawie sądom do wydania prawidłowego rozstrzygnięcia w sprawie, wymagającej wiadomości specjalnych”. NSA powołał się też na swój wcześniejszy wyrok z 1 lutego 2006 r.¹³, w którym „zauważono, że opinia biegłego zawiera sąd o okolicznościach faktycznych, stanach i zdarzeniach, dla których poznania i wyjaśnienia wymagany jest określony zasób wiadomości specjalnych, wykraczających poza zakres wiadomości i doświadczenia życiowego ogółu osób inteligentnych i ogólnie wykształconych z różnych dziedzin nauki, techniki, sztuki, rzemiosła czy

⁹ N. A. Urbańska: *Instytucja biegłego w administracyjnym postępowaniu dowodowym* [w:] *Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania*, Tom 9, Bydgoszcz 2016, s. 182-183 oraz wyroki: Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z 24.3.2015, I GSK 407/13, Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Olsztynie z 28.11.2013, I SA/OI 646/13, WSA w Bydgoszczy z 23.10.2012 r., I SA/Bd 763/12 i WSA w Lublinie z 29.1.2010, I SA/Lu 601/09.

¹⁰ Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, ze zm.; dalej k.c.

¹¹ Dz.U. z 2022 r. poz. 2509.

¹² Sygn. II FSK 369/16.

¹³ Sygn. II FSK 236/05.

obrotu gospodarczego oraz doświadczenia zawodowego, sformułowany i wyrażony w toku postępowania przez osobę wyznaczoną w tym celu przez sąd lub organ, niezainteresowaną rozstrzygnięciem sprawy, ułatwiający zarazem organowi orzekającemu właściwą ocenę faktów i rozstrzygnięcie konkretnej sprawy. Co do zasady biegły wydaje opinię wyłącznie co do faktów, nie może zatem wydać opinii co do prawa (*iura novit curia*) [...]”. Idąc tokiem rozumowania NSA przyjął, że „sąd o okolicznościach faktycznych”, wydawany na użytek konkretnej sprawy, zgodnie z założoną przez sąd (zlecający wykonanie opinii) tezą dowodową, nie może być traktowany jako przedmiot prawa autorskiego, gdyż nie mieści się w definicji art.1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych”. W konsekwencji sądy administracyjne uznają koszty uzyskania przychodów biegłych, w szczególności w postępowaniu sądowym, za wynoszące 20 proc., zgodnie z art. 22 ust. 9 pkt 4 w związku z art. 13 pkt 6 ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych¹⁴. Pogląd ten ma odpowiednie zastosowanie do postępowania kontrolnego NIK.

Natomiast specjalista bierze udział w określonych czynnościach badawczych kontrolera, w zakresie określonym w postanowieniu o powołaniu. Zawarta z nim umowa przeważnie stanowi umowę rezultatu (o dzieło), ale w zależności od specyfiki powierzonych czynności i rodzaju udzielanej pomocy może mieć też charakter starannego działania (umowa o usługi

w rozumieniu art. 750 k.c.). Pomocniczo można też odwołać się do art. 205 k.p.k., zgodnie z którym, jeśli dokonanie oględzin, przesłuchania przy użyciu urządzeń technicznych na odległość, eksperymentu, ekspertyzy, zatrzymania rzeczy lub przeszukania wymaga czynności technicznych, w szczególności takich, jak wykonanie pomiarów, obliczeń, zdjęć, utrwalenie śladów, można do udziału w nich wezwać specjalistów. Wskazywałyby to, że przedmiotem działań specjalisty może być każda czynność techniczna lub specjalistyczna niebędąca opinią, niezależnie od sposobu jej utrwalenia, która wykracza poza zwykłą, rutynową działalność organu.

Dodatkowo art. 35b ust. 7 ustawy o NIK przewiduje możliwość powołania specjalisty będącego tłumaczem, który przekłada treść zeznania, wyjaśnienia lub oświadczenia osoby niewładającej językiem polskim, złożonego do protokołu. Dosłowne brzmienie przepisu wskazywałoby, że przedmiotem czynności specjalisty nie może być tłumaczenie na język polski dokumentów w języku obcym. W takim wypadku z tłumaczem zawierałoby się tylko umowę – nie wydając postanowienia – po uzyskaniu zwolnienia z tajemnicy kontrolerskiej. Moim zdaniem taka odmienność trybu powołania tłumacza nie jest zasadna. To kontroler określa co ma być tłumaczone, zarówno w wypadku wypowiedzi ustnych, jak i dokumentów, a tłumacz dokonuje przekładu, nie tworząc nowej treści. Każdy przekład, niezależnie od sposobu jego utrwalenia

¹⁴ Dz.U. z 2021 r. poz. 1128, ze zm.

(w protokole przesłuchania czy oddzielnym piśmie tłumacza) pomagają kontrolerowi korzystać z dowodu obcojęzycznego. Przemawia to za tym, aby wszystkie tłumaczenia, nie tylko ustne, mogły być powierzane powołanemu specjalście (jak np. w art. 204 k.p.k.).

Ustawa o NIK nie określa żadnych wymagań co do poziomu wiedzy, doświadczenia czy kwalifikacji osób powoływanych na biegłych lub specjalistów. Nie muszą one legitymować się żadnym ich urzędowym potwierdzeniem. Wybór biegłego i specjalisty został więc pozostawiony uznaniu powołującej go osoby. Osobą powołującą biegłego i zawierającą z nim umowę jest dyrektor właściwej jednostki kontrolnej (art. 49 ust. 1 i art. 50 ust. 2 ustawy o NIK). Inaczej jest w odniesieniu do specjalisty, którego powołuje kontroler, ale umowę zawiera dyrektor jednostki kontrolnej (art. 49 ust. 4 i art. 50 ust. 2 ustawy).

Przeważa pogląd, że biegłym lub specjalistą w postępowaniu kontrolnym może być jedynie osoba fizyczna¹⁵. O ile specyfika czynności specjalisty istotnie wyklucza wykonanie ich przez jednostkę organizacyjną, to opinia biegłego mogłaby być sporządzona przez taki podmiot. Lakoniczność ustawy o NIK nie pozwala zarazem jednoznacznie przesądzić, że biegłym i specjalistą może być wyłącznie osoba fizyczna. Przepisy

ustawy nawet pośrednio nie wskazują dopuszczalnej formy prawnej podmiotu powoływanego do pełnienia tej funkcji. Treść art. 49 i 50 ustawy o NIK może odnosić się do każdego podmiotu posiadającego zdolność prawną, mogącego zawrzeć umowę i pobrać wynagrodzenie – również dobrze do osoby fizycznej i prawnej oraz do jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej.

Wypada zauważyć, że pozostałe analizowane procedury wprost lub pośrednio określają, że biegłym może być jedynie osoba fizyczna; dotyczy to też specjalisty w postępowaniu karnym (art. 205 § 3 k.p.k.). W szczególności, rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych¹⁶ stanowi, że wpisane na listę biegłych przez prezesa sądu okręgowego mogą być tylko osoby fizyczne, spełniające określone warunki¹⁷. Z kolei art. 194 k.p.k. i art. 33 ust. 5 ustawy o kontroli w administracji rządowej wskazują, że postanowienie o powołaniu biegłego zawiera jego imię i nazwisko. W postępowaniu cywilnym i karnym składa on przyrzeczenie (art. 282 k.p.c. i art. 197 § 1 k.p.k.). Do biegłych stosuje się odpowiednio przepisy o świadkach (289 k.p.c., art. 197 § 3 k.p.k., art. 84 k.p.a. i art. 197 o.p.).

¹⁵ Tak M. Berek: *Wykonywanie czynności kontrolnych* [w:] E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej, NIK*, Warszawa 2018, s. 210; E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka: *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz*, Wrocław 2012, s. 196; E. Jarzęcka-Siwik: *Wykorzystanie wiedzy eksperckiej w kontrolach NIK*, „Kontrola Państwowa” nr 5/2022, s. 10-11; S. Dziwisz: *Odpowiedzialność karna biegłego powołanego w toku kontroli*, „Kontrola Państwowa” nr 3/2021, s. 370-371

¹⁶ Dz.U. nr 15, poz. 133.

¹⁷ Wyszukiwarka <<https://znajdzbieglego.com/pl>> wykazuje 15 645 biegłych w 141 specjalizacjach w 46 sądach okręgowych (dostęp 21.6.2023).

Co istotne, polskie prawo dopuszcza sporządzanie opinii przez podmioty inne niż osoby fizyczne. Postępowanie karne przewiduje opinię instytucji naukowej lub specjalistycznej (art. 193 k.p.k.), a cywilne – instytutu naukowego lub naukowo-badawczego (art. 290 k.p.c.). Dosłowne rozumienie tych norm wskazywałoby na takie państwowe osoby prawne, jak instytuty badawcze, o których mowa w ustawie z 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych¹⁸ oraz instytucje naukowe, jaką jest Polska Akademia Nauk (PAN) i podległe jej instytuty naukowe, których działalność unormowano ustawą z 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk¹⁹ czy będące formą instytutu badawczego jednostki organizacyjne (budżetowe) podległe Ministrowi Sprawiedliwości, prowadzące działalność naukową lub badawczo-rozwojową²⁰.

W orzecznictwie i doktrynie postępowania cywilnego utrwalił się pogląd, potwierdzony np. w postanowieniu SN z 19 sierpnia 2009 r.²¹, że w związku ze zmianami ustrojowymi w Polsce na przełomie lat 80. i 90. XX w. oraz wprowadzeniem na podstawie procedury cywilnej „równouprawnienia jednostek państwowych i prywatnych”, za instytuty naukowo-badawcze (art. 290 § 1 k.p.c.) należy uważać nie tylko instytuty utworzone przez państwo, ale

również prywatne podmioty, w tym spółki prawa handlowego. Podstawowym kryterium decydującym, czy dany podmiot może być uznany za instytut naukowo-badawczy stało się prowadzenie badań naukowych. Tym samym pojęcie instytutu naukowo-badawczego ma charakter autonomiczny, niezależny od definicji zawartych w innych aktach prawnych.

Natomiast w postępowaniu karnym tak szerokie rozumienie instytucji naukowej (art. 193 § 2 k.p.k.) nie doczekało się akceptacji. Powoływanie w charakterze instytutów podmiotów prywatnych budzi zastrzeżenia ze względu na wątpliwości co do ich wiarygodności i brak dostatecznej weryfikacji naukowego czy specjalistycznego statusu. Nie rodzi zaś wątpliwości dopuszczenie w tym charakterze uczelni wyższych i ich jednostek naukowych²². Inną odmiennością jest wskazanie w art. 193 k.p.k. instytucji specjalistycznej, niewystępującej w k.p.c.; uważa się za nią laboratoria kryminalistyczne Policji i zakłady medycyny sądowej. Zarazem w doktrynie i orzecznictwie dotyczącym procedury cywilnej przywiązuje się wagę, aby opinia była wydana w imieniu instytutu jako wynik pracy zbiorowej jego pracowników. Opinia powinna być przygotowana kolektywnie, po wspólnym przeprowadzeniu badania

¹⁸ Dz.U. z 2022 r. poz. 498.

¹⁹ Dz.U. z 2020 r., ze zm. 1796.

²⁰ Na koniec 2022 r. istniało: 90 instytutów badawczych <<https://www.rgib.org.pl/index.php/baza-ib/baza-institutow>>, 63 instytuty naukowe PAN <<https://bip.pan.pl/artykuly/152/rejestr-instytutow-naukowych>> i 3 jednostki Ministra Sprawiedliwości <<https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/jednostki-organizacyjne-podlegle-lub-nadzorowane>>.

²¹ Sygn. akt III CSK 7/09, LEX nr 533130.

²² Na koniec 2022 r. było ich 528 <<https://polon.nauka.gov.pl/opi/aa/rejestry/szkolnictwo?execution=e1s1>>.

oraz wyrażać stanowisko nie poszczególnych uczestniczących w nim osób, lecz instytutu, który je zatrudnia. To instytut odpowiada za ekspertyzę i gwarantuje jej prawidłowość, a opinię podpisują nie osoby, które ją sporządziły, lecz te upoważnione do reprezentowania podmiotu. Z kolei w postępowaniu karnym większą wagę przywiązuje się do indywidualnego charakteru opinii i osobistej odpowiedzialności każdego z wypowiadających się ekspertów. Opinię podpisują biegli, którzy ją sporządzili i nie jest zatwierdzana przez kierownika instytucji naukowej; w opinii wymienia się jedynie jej nazwę i siedzibę²³.

Ustawa o NIK nie przewiduje zasięgania opinii instytutów (instytucji) naukowych, badawczych czy specjalistycznych. Nie oznacza to jednak zakazu pozyskiwania przez NIK takich opinii. Ich sporządzenie można zlecić na podstawie umowy cywilnoprawnej, nie wydając postanowienia. Zarazem, jak już wspomniano, ustawa o NIK nie wyklucza wprost powołania takich instytucji jako biegłego. Pogląd, jakoby biegłym w postępowaniu kontrolnym mógł być podmiot inny niż osoba fizyczna jest jednak odosobniony²⁴, choć – moim zdaniem – zasadny.

Szeroki i zróżnicowany zakres przedmiotowy i podmiotowy kontroli NIK

powoduje, że katalog podmiotów mogących występować w charakterze biegłego powinien być jak najszerszy. Celem kontroli jest bowiem porównanie stanu faktycznego z pożądanym wzorcem działalności zarówno w sferze gospodarki majątkowej i finansowej, jak też organizacyjno-administracyjnej. Są w tych sferach dziedziny niepodlegające orzecznictwu sądowemu i administracyjnemu, albo w których takie orzecznictwo jeszcze się nie wykształciło. W toku kontroli może pojawić się potrzeba uzyskania opinii w sprawach, w których specjalizują się nie tylko pojedyncze osoby fizyczne, ale też podmioty zbiorowe. Uzasadniałoby to rozszerzającą wykładnię art. 49 ust. 1 ustawy o NIK (na wzór art. 290 k.p.c.), dopuszczającą powoływanie na biegłych nie tylko osoby fizyczne, ale wszelkie inne podmioty mające zdolność prawną, byleby dysponowały wykwalifikowanym personelem i odpowiednim zapleczem technicznym oraz były zdolne wydać opinię. Moim zdaniem takie autonomiczne pojmowanie pojęcia biegłego, niezależne od funkcjonującego w innych procedurach, nie stoi w sprzeczności z ustawą o NIK.

Natomiast korzystanie z fachowej pomocy wyspecjalizowanych inspekcji i organów kontrolnych, jak np. Inspekcji

²³ Np. T. Sobiecki: *Wymogi formalne i merytoryczne udziału biegłego w postępowaniu karnym i w postępowaniu cywilnym*, „Radca prawny. Zeszyty Naukowe” nr 2/2021, s. 143-151; A. Patryk: *Dowód z opinii instytutu naukowego (art. 290 k.p.c.) w świetle orzecznictwa sądowego – wybrane zagadnienia*, „Roczniki Administracji i Prawa” nr XIX (zeszyt specjalny), s. 143-145, 147-149.

²⁴ Wyraził go R. Padrak: *Postępowanie kontrolne NIK*, Wrocław 2012, s. 171, a na podstawie przepisów Ordynacji podatkowej także S. Babiarsz: *Dowód z opinii biegłego, czynny udział strony w przeprowadzeniu tego dowodu, ekspertyza a opinia biegłego* [w:] *Ordynacja podatkowa: dowody w postępowaniu podatkowym*, R. Dowgier (red.), Białystok 2013, s. 51-53.

Ochrony Środowiska, Inspekcji Sanitarnej, nadzoru budowlanego, nie powinno odbywać się w formule powołania ich pracowników postanowieniami i zawierania z nimi umów, lecz raczej na zasadzie współpracy, z wykorzystaniem art. 12 ustawy o NIK. Niemniej powołany przepis ogranicza się do wzmianki o prowadzeniu kontroli wspólnie pod kierownictwem Najwyższej Izby Kontroli albo na jej zlecenie oraz o udostępnianiu Izbie wyników kontroli organów kontroli, rewizji i inspekcji, i nie znalazł rozwinięcia w ustawach ustrojowych tych organów. Celowe byłoby umożliwienie udziału w kontroli NIK pracownikom innych instytucji i organów państwowych i samorządu terytorialnego w charakterze biegłych lub specjalistów jedynie na podstawie postanowienia o ich powołaniu albo porozumienia NIK z zatrudniającym te osoby organem, bez potrzeby zawierania z nimi umów.

Powierzenie sporządzenia opinii w postanowieniu o powołaniu biegłego czy bez takiego postanowienia pociąga za sobą praktyczne implikacje. Zgodnie z art. 49 ust. 5 ustawy o NIK powołanemu postanowieniem biegłemu i specjalście można udostępnić akta kontroli w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia dowodu, przy czym są oni zobowiązani zachować w tajemnicy informacje, o których dowiedzieli się w związku z wykonywaniem zadań określonych w tym postanowieniu. Wykładnia celowa i funkcjonalna przepisu wskazywałaby, że z jednej strony biegłemu i specjalście został przyznany dostęp do tajemnicy kontrolerskiej wskazanej w art. 73 ww. ustawy, a z drugiej – że kontroler jest zwolniony z obowiązku

jej zachowania przy przekazywaniu biegłemu i specjalście potrzebnych im danych. Niemniej dosłowna treść przepisu nie odnosi się wprost do tajemnicy kontrolerskiej, a jedynie do akt kontroli. Tymczasem pojęcie tajemnicy kontrolerskiej jest szersze i zgodnie z art. 73 ust. 1 ustawy o NIK oznacza ona wszystkie informacje, które pracownik Izby uzyskał w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, z wyjątkiem informacji podanych do publicznej wiadomości.

Jeśli zaś ustanowiono eksperta (rzeczoznawcę) jedynie na podstawie umowy, nie wydając postanowienia, to udostępnienie mu akt kontroli wymaga zgody prezesa Najwyższej Izby Kontroli w trybie art. 35a ust. 4 ustawy o NIK, zaś pracownicy Izby przekazujący temu podmiotowi informacje niezbędne do sporządzenia opinii powinni otrzymać zwolnienie prezesa NIK z tajemnicy kontrolerskiej, zgodnie z art. 73 ust. 1 i 4 ustawy. Konieczność uzyskania takiego zwolnienia może pojawić się zresztą i podczas negocjowania umowy z osobą, jeszcze nie powołaną jako biegły lub specjalista postanowieniem, gdy zachodzi potrzeba ujawnienia jej wiadomości o kontroli, w której miałyby uczestniczyć w tym charakterze. Biegłego lub specjalistę powołuje się postanowieniem z reguły za ich zgodą, dopiero po uzgodnieniu warunków finansowych. Jednak bez wydania postanowienia przyszłego biegłego/specjalistę nie wiąże tajemnica, więc zawierane bywają z nimi umowy zobowiązujące do nieujawniania informacji uzyskanych podczas negocjowania umowy o wykonanie czynności biegłego (specjalisty). Taka umowa precyzuje obowiązki stron

związane z rokowaniami, zwykle określa też kary umowne²⁵.

Warto zauważyć, że zarówno biegły, jak i specjalista nie jest funkcjonariuszem publicznym ani nie pełni funkcji publicznych. Występuje on *sui generis* w roli konsultanta lub opiniodawcy, ale pełni jedynie „funkcję służebną” – pomocniczą wobec organu (sądu), który go powołał. Opinia biegłego nie wiąże tego organu (sądu), tylko podlega jego ocenie, jak każdy inny środek dowodowy²⁶. Zarazem biegły podlega odpowiedzialności karnej z art. 233 § 4 k.k., jeśli przedstawi fałszywą opinię, mającą służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy. Takiej odpowiedzialności podlegają także rzeczoznawca i tłumacz za przedstawienie fałszywej ekspertyzy lub tłumaczenia; w ten sposób nie odpowiada zaś specjalista.

Postępowaniem prowadzonym na podstawie ustawy jest także postępowanie kontrolne NIK. W literaturze podnosi się, że odpowiedzialności karnej nie stoi na przeszkodzie to, że kontrola nie stanowi wymiaru sprawiedliwości w ścisłym znaczeniu tego słowa ani w rozumieniu art. 175 Konstytucji RP (czynności sądów i trybunałów). Choć dobrem podlegającym ochronie jest w przypadku art. 233 k.k. prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, to w prawie karnym pojmuje się go szerzej niż tylko jako rozstrzyganie

sporów. Jest to każde postępowanie uregulowane ustawą, w której organy władzy publicznej zbierają dowody i na ich podstawie dokonują rozstrzygnięć o charakterze prawnym²⁷. Również Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 13 marca 1996 r.²⁸ opowiedział się za szerszym pojmowaniem wymiaru sprawiedliwości. W opinii Trybunału „wymiar sprawiedliwości stanowi jedną z zasadniczych funkcji każdego państwa i polega na konkretyzowaniu i urzeczywistnianiu ustanowionych, względnie uznanych przez państwo ustaw i norm prawnych w poszczególnych przypadkach, drogą specjalnych postępowań organów państwowych do tych czynności powołanych. (...) Główną funkcją wymiaru sprawiedliwości jest zatem stosowanie prawa, a o jego cechach decyduje przyjęty w danym państwie model sądowego stosowania prawa. (...) W doktrynie przeważa jednakże pogląd, że pojęcie ‘wymiar sprawiedliwości’ należy raczej rozumieć przedmiotowo, jako czynność polegającą na rozstrzygnięciu konfliktów prawnych, a nie podmiotowo, jako wyłączną właściwość organów sądowych. Faktem jest natomiast, że konstytucja i ustawodawstwo zwykle przyznając sądom i sędziom szczególne uprawnienia i gwarancje, czynią sądy organami najbardziej wiarygodnymi dla sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Z tych też względów przyjmuje się, że jeżeli sądy same nie rozstrzygają

²⁵ Zob. np. J. Kuźmicka-Sulikowska: *Komentarz do art. 72' k.c. [w:] Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC*. Tom I, P. Machnikowski (red.), 2022, wyd. 1.

²⁶ Tak np. wyroki (nieprawomocne): WSA w Gdańsku z 22.7.2020 (II SA/Gd 124/20) i WSA w Opolu z 5.12.2019 (II SAB/Op 62/19).

²⁷ Tak S. Dziwisz, *op.cit.*, s. 68-69.

²⁸ Sygn. akt K 11/95 (Z.U. 1996/2/9).

konfliktów prawnych, to przynajmniej powinny w sferze wymiaru sprawiedliwości sprawować kontrolę nad orzecznictwem organów quasi-sądowych”. O ile więc sama kontrola NIK na pewno nie stanowi wymiaru sprawiedliwości, o tyle dokonywane w jej ramach niektóre czynności dowodowe podlegają ochronie prawnokarnej, takiej jak w postępowaniu sądowym. Nie dotyczy to tylko opinii biegłego, ale też np. zeznań świadków – pod względem ich zgodności z prawdą.

Wypada też zwrócić uwagę na instytucję wyłączenia biegłego i specjalisty. Unormowano ją w art. 49 ust. 6 ustawy o NIK, zgodnie z którym kierownik jednostki kontrolowanej może wystąpić za pośrednictwem kontrolera do dyrektora właściwej jednostki kontrolnej o wyłączenie biegłego lub specjalisty z przyczyn określonych w art. 31 ust. 1 i 2 ustawy o NIK. Przepisy te przewidują wyłączenie obligatoryjne (ust. 1) lub fakultatywne (ust. 2) – to pierwsze, gdy wyniki kontroli mogłyby oddziaływać na prawa lub obowiązki kontrolera (odpowiednio biegłego/specjalisty) lub wskazanych osób mu najbliższych, a drugie – jeśli zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego bezstronności. Wyłączenie następuje w drodze postanowienia dyrektora jednostki kontrolnej, na które nie służy zażalenie.

Jednak w postępowaniu kontrolnym nie ma obowiązku doręczania kontrolowanym postanowień o powołaniu biegłego (specjalisty) i powiadamiania o ich czynnościach. Kontrolowany dowiaduje się więc o tym z opóźnieniem (często z wystąpienia pokontrolnego), może też nie znać faktów uzasadniających wyłączenie tych osób. Istnieje zresztą ryzyko nadużywania owej instytucji przez kontrolowanego do utrudniania kontroli. Zarazem ustawa nie przewiduje wyłączenia biegłego lub specjalisty z urzędu ani z inicjatywy podmiotów innych niż kontrolowany (kontroler, sam biegły/specjalista). Powstaje więc pytanie, czy dyrektor może dokonać wyłączenia w razie braku wniosku kontrolowanego, czy też powinien po prostu uchylić postanowienie o powołaniu specjalisty (biegłego).

Obie przesłanki wyłączenia występują też w innych omawianych procedurach²⁹. Wydaje się jednak, że wyniki kontroli nie mogą oddziaływać na prawa i obowiązki kontrolera, biegłego czy specjalisty lub osób im najbliższych i w praktyce przesłanka ta nie wystąpi. Kontrola nie kształtuje bowiem żadnych obowiązków i praw, nie stanowi aktu nadzoru i innej władczej ingerencji w działalność kontrolowanego. Wnioski i oceny kontrolne nie są wiążące³⁰. Kontrola wpływa więc tylko na sytuację

²⁹ Zob. art. 24 § 1 pkt 1 i § 3 oraz art. 84 § 2 k.p.a., art. 130 § 1 pkt 2 i § 3 oraz art. 197 § 3 Op, art. 19 ust. 1 i 3 oraz art. 33 ust. 5 ustawy o kontroli w administracji rządowej, art. 48 § 1 pkt 1 i art. k.p.c, oraz art. 40 § 1 pkt 1, art. 49 § 1, art. 47 § 1 i art. 196 § 1 i 3 k.p.k. (ze względu na specyfikę postępowania karnego wyłączenie następuje jeśli sprawa dotyczy sędziego, prokuratora i biegłego bezpośrednio, a nie jeśli wpływa na ich prawa lub obowiązki).

³⁰ Dotyczy to nie tylko kontroli NIK, ale i innych postępowań kontrolnych, np. w administracji rządowej. Zob. M. Nowikowska: *Dopuszczalność zaskarżenia do sądu wystąpień pokontrolnych*, „Kontrola Państwowa” nr 3/2021, s. 80-88; B. Skwarka: *Zaskarżanie wyników kontroli* [w:] E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka,

faktyczną podmiotów, a wywarcie skutków prawnych wymaga przeprowadzenia odrębnego, właściwego postępowania. Warto zauważyć, że standardy INTOSAI nie określają zasad wyłączenia z kontroli, wskazują jednak wymogi etyczne stawiane kontrolerom, zwłaszcza w kwestii unikania konfliktu interesów, a także relacji i kontaktów z kierownictwem lub personelem kontrolowanego godzących w niezależność kontrolera. Również zatrudnianie m.in. ekspertów zewnętrznych podlega zasadom etyki, w tym unikania konfliktu interesów oraz polityce zapewnienia rzetelności zawodowej i niezależności³¹.

Wynagrodzenie biegłego i specjalisty

Zgodnie z art. 50 ust. 2 ustawy o NIK biegłemu lub specjalście przysługuje jednak zwrot poniesionych przez niego uzasadnionych i udokumentowanych wydatków oraz wynagrodzenie, które ustala się w umowie, uwzględniając czas i nakład pracy niezbędne do wydania opinii, a także stopień złożoności problemu będącego jej przedmiotem. Tak syntetyczne, a zarazem ogólne zasady nie pozwalają na sformułowanie precyzyjnych wytycznych co do kalkulacji wynagrodzenia. Nie określono bowiem mierników odnoszonych się do wyceny i zwymiarowania

wysiłku biegłego i specjalisty. Bardzo szeroki zakres przedmiotowy kontroli NIK utrudnia ich wypracowanie. Byłyby one jednak pomocne w sprawach typowych i standardowych; za przykład mogą tu służyć taryfy biegłych sądowych.

W myśl § 10 i § 16 ust. 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 15 maja 1996 r. w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy³² pracodawca jest obowiązany zwolnić od pracy pracownika powołanego do udziału w postępowaniu kontrolnym NIK w charakterze specjalisty i wystawia mu zaświadczenie o utraconym wynagrodzeniu zgodnie z przepisami odrębnymi. Nie dotyczy to jednak biegłego powołanego przez Izbę. Ustawa o NIK nie przewiduje zwrotu utraconego zarobku. Mógłby on jednak stanowić element wynagrodzenia, określony w umowie. Podkreślenia wymaga odmiennosc unormowania kwestii związanych z wynagrodzeniem w umowach o dzieło oraz umowach-zleceniach (o usługi).

I tak, w umowie o dzieło wynagrodzenie stanowi przedmiotowo istotny element tej umowy (art. 627 k.c.); nie jest możliwe zawarcie nieodpłatnej umowy o dzieło, byłaby to wówczas umowa nienazwana, choć dopuszczalna

Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Warszawa 2018, s. 221-223; E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka: *Dopuszczalność zaskarżenia wyników kontroli – możliwość weryfikacji ustaleń kontrolnych*, „Kontrola Państwa” nr 4/2013, s. 35.

³¹ Eksperti zewnętrzni – zasada 5. ISSAI 20 i ISSAI 21 Zasady przejrzystości i rozliczalności oraz dobre praktyki w tym zakresie; kontrolerzy – zasada 4. ISSAI 20 i ISSAI 21, rozdz. 3 pkt 17 i rozdz. 4 pkt 22-26, ISSAI 30 Kodeks etyki, pkt 2.28, 2.31, ISSAI 200 Ogólne standardy kontroli państwowej oraz standardy o znaczeniu etycznym. Zob. *Standardy i wytyczne ISSAI 10, ISSAI 11, ISSAI 20, ISSAI 21, ISSAI 30, ISSAI 40, ISSAI 100, ISSAI 200, ISSAI 300, ISSAI 400*, Najwyższa Izba Kontroli Warszawa 2011, str. 60, 69-70, 81-82, 129.

³² Dz.U. z 2014 r. poz. 1632

w świetle zasady swobody umów. Zgodnie z art. 628 k.c. wysokość wynagrodzenia za wykonanie dzieła można określić przez wskazanie podstaw do jego ustalenia. Jeśli nie wskazano ani wynagrodzenia, ani podstaw jego określenia, wówczas w razie wątpliwości uważa się, że chodzi o zwykłe wynagrodzenie za dzieło danego rodzaju, a jeśli nie da się go w ten sposób ustalić – należy się wynagrodzenie odpowiadające nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie. Możliwe jest w szczególności wynagrodzenie kosztorysowe – na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (art. 629 k.c.) lub ryczałtowe – niezależne od faktycznych rozmiarów i kosztów prac (art. 632 k.c.). Natomiast przy umowie-zleceniu (odpowiednio umowie o usługi) wynagrodzenie się należy, o ile z umowy i okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się wykonać je bez wynagrodzenia; jeśli nie ma obowiązującej taryfy, należy się wynagrodzenie odpowiadającej wykonanej pracy (art. 735 k.c.). Umowa-zlecenie lub o usługi z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej i nieskierowaną do pracy przez agencję pracy tymczasowej podlega przy tym przepisom ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę³³. Oznacza to, że zgodnie z art. 8a-8c ustawy liczbę godzin pracy tych osób należy ewidencjonować i wypłacać im co miesiąc wynagrodzenie w stawce godzinowej nie niższej niż wynikająca z minimalnej,

ogłaszanej corocznie przez Prezesa Rady Ministrów.

Ustawa o NIK nie przewiduje możliwości obniżenia lub odmowy przyznania wynagrodzenia biegłemu lub specjalście z powodu niewykonania czynności (opinii) lub nierzetelnego jej wykonania. Sprawy te powinny więc być uregulowane w umowie z biegłym lub specjalistą. W przeciwnym wypadku zastosowanie znajdą regulacje kodeksowe, a te mogą się okazać niewystarczające – nie przewidują choćby obniżenia wynagrodzenia. Zwłaszcza przepisy dotyczące umowy o dzieło dają zamawiającemu uprawnienie do odstąpienia od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu, jeśli przyjmujący zamówienie spóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nieprawdopodobne jest, aby ukończył je w czasie umówionym (art. 635 k.c.). Jeśli zaś przyjmujący dzieło wykonuje je w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym jego upływie może od umowy odstąpić lub powierzyć poprawienie i dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie (art. 636 k.c.). Natomiast do odpłatnej umowy-zlecenie mają zastosowanie ogólne przepisy dla umów wzajemnych. W szczególności, w razie zwłoki w wykonaniu zobowiązania druga strona może wyznaczyć odpowiedni dodatkowy termin, z zagrożeniem, że w razie jego bezskutecznego upływu

³³ Dz.U. z 2020 r. poz. 2207.

odstąpi od umowy. Może też, nawet bez wyznaczenia terminu dodatkowego, żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Odstąpienie jest możliwe, jeśli druga strona spóźnia się tylko co do części świadczenia, które jest podzielne – może ono dotyczyć albo niewykonanej części, albo całości świadczenia, jeśli wykonanie częściowe nie miałyby dla drugiej strony znaczenia (art. 491 k.c.). W razie niewykonania zobowiązania w ściśle określonym terminie albo jeśli jego wykonanie po terminie nie miałyby dla drugiej strony znaczenia, może ona od umowy odstąpić bez wyznaczania dodatkowego terminu (art. 492 k.c.). To samo dotyczy sytuacji, gdy jedna ze stron oświadczyła, że nie spełni świadczenia, do którego była zobowiązana (art. 492¹ k.c.). Odstąpienie polega zaś na tym, że strony zwracają sobie to, co otrzymały na mocy umowy, przy czym strona odstępująca może żądać nie tylko tego co świadczyła, ale i naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania (art. 494 k.c.).

W wypadku innych postępowań, jedynie art. 32 ust. 2 ustawy o kontroli w administracji rządowej przewiduje, że wynagrodzenie biegłego określa umowa, ale nie wskazuje podstaw jego ustalenia (specjalista w tej procedurze nie występuje). W postępowaniach jurysdykcyjnych wynagrodzenie i należności biegłego lub specjalisty (pojawiającego się tylko w procesie karnym) określane są natomiast postanowieniami właściwych organów. Najbardziej precyzyjnie kwestie te zostały

uregulowane w postępowaniu cywilnym (art. 89-89a i in. ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych³⁴) i karnym (art. 618f – art. 618l k.p.k.; te przepisy dotyczą zarówno biegłych, jak specjalistów i tłumaczy). W postępowaniu podatkowym przy ustalaniu należności biegłych odsyła się do przepisów o wydatkach, zawartych w ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, przy czym wynagrodzenie biegłego powinno być wprost określone (art. 265 § 1 pkt 1 i 3 o.p.). W postępowaniu administracyjnym regulacja ta ogranicza się do stwierdzenia, że należności biegłego (nie mówi się tu wcale o wynagrodzeniu) określi organ w postanowieniu o kosztach postępowania (art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a.).

Zgodnie z przepisami procedury cywilnej i karnej biegłemu (w postępowaniu karnym także specjalście) przysługuje wynagrodzenie za wykonaną pracę i zwrot wydatków niezbędnych do wydania opinii. Wynagrodzenie ustala się uwzględniając wymagane kwalifikacje, potrzebny do wydania opinii czas i nakład pracy, a wysokość wydatków – na podstawie złożonego rachunku. Wynagrodzenie biegłego oblicza się zaś według stawki wynagrodzenia za godzinę pracy albo taryfy zryczałtowanej dla poszczególnych kategorii biegłych i dziedzin ich specjalności. Podstawę ich określenia stanowi ułamek kwoty bazowej dla osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe. Jeśli opinia biegłego jest fałszywa, wynagrodzenie i zwrot kosztów nie przysługują, a jeśli jest ona

³⁴ Dz.U. z 2022 r. poz. 1125, ze zm.

nierzetelna lub sporządzono ją ze znacznym nieusprawiedliwionym opóźnieniem, wynagrodzenie ulega odpowiedniemu obniżeniu; można też odstąpić od przyznania wynagrodzenia lub zwrotu kosztów. W postępowaniu cywilnym istnieje też możliwość przyznania biegłemu wynagrodzenia lub zwrotu wydatków na podstawie oszacowanego przez sąd przewidywanego nakładu jego pracy i wysokości wydatków. W terminie tygodnia od otrzymania zlecenia sporządzenia opinii biegły może zażądać wynagrodzenia lub zwrotu wydatków w innej wysokości. Sąd zleci wówczas sporządzenie opinii za wynagrodzeniem lub zwrotem wydatków żądanymi przez biegłego, jeśli strony zgodzą się na to żądanie, względnie w innej wysokości, na którą wyraziły zgodę, a jeżeli strony nie doszły do porozumienia – za wynagrodzeniem lub zwrotem wydatków na zasadach ogólnych (art. 89 i 89a ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych).

Wspomnianą zryczałtowaną taryfę – zależną od stopnia lub tytułu naukowego biegłego – określają zaś rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości: z 24 kwietnia 2013 r. w sprawie określenia wynagrodzenia biegłych, taryf zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu cywilnym³⁵ oraz z 26 kwietnia 2013 r. w sprawie określenia

wynagrodzenia biegłych, taryf zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu karnym³⁶ (w obu ustalono identyczne taryfy). Istnieją też inne przepisy szczególne, jak np. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 24 stycznia 2005 r. w sprawie wynagrodzenia za czynności tłumacza przysięgłego³⁷. Stawki biegłych sądowych pozostają na poziomie z 2017 r. i są stosunkowo niskie, znacznie niższe np. od stawek tłumaczy przysięgłych. Podstawowa stawka biegłego (za każdą rozpoczętą godzinę pracy) wynosi od 1,28% do 1,81% kwoty bazowej dla osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe, ustalonej w latach 2017–2023 r. na 1789,42 zł³⁸. Oznacza to relatywnie niską stawkę za godzinę pracy (od 22,90 zł do 32,39 zł), ale istnieje możliwość jej podniesienia o 50% ze względu na złożoność opiniowanego problemu (od 34,35 zł do 48,59 zł), ponadto przelicznik kwoty bazowej jest wyższy dla osób ze stopniem lub tytułem naukowym (od 2,55% dla doktora do 3,93% dla profesora³⁹). Niemniej stawka podstawowa niemal zrównała się z minimalną stawką godzinową dla osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i umowy-zlecenia w 2023 r. (22,80 zł w I poł. i 23,50 zł w II poł.), która od 2018 r. wzrosła o ponad 70%⁴⁰.

³⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 989.

³⁶ Dz.U. z 2017 r. poz. 2049, ze zm.

³⁷ Dz.U. z 2021 r. poz. 261.

³⁸ Wspomniana kwota bazowa jest corocznie określana w ustawie budżetowej na dany rok.

³⁹ Podstawowa stawka godzinowa dla profesora wynosi więc 70,32 zł, a stawka podwyższona o 50% – 105,49 zł.

⁴⁰ Minimalną stawkę godzinową określono po raz pierwszy na 2018 r. (13,70 zł) i co roku podwyższano rozporządzeniami Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wyso-

Omawiane przepisy o wynagrodzeniu biegłych nie odnoszą się zaś do instytutów (instytucji) sporządzających opinie w postępowaniu cywilnym i karnym. Zgodnie z art. 291 k.p.c., instytut badawczy lub naukowy może żądać wynagrodzenia za wykonaną pracę i stawiennictwo swoich przedstawicieli, ale nie określono sposobu jego ustalania. Natomiast wynagrodzenie instytucji naukowej lub specjalistycznej w postępowaniu karnym nie zostało w ogóle uregulowane.

Warte odnotowania są głosy zainteresowanych środowisk, że wynagrodzenie biegłych sądowych jest zdecydowanie za niskie i nie odpowiada stawianym im wymaganiom, co obniża prestiż biegłych i rzutuje na jakość ich opinii⁴¹. Jednak mimo tych krytycznych uwag, zasady kalkulacji wynagrodzenia biegłych sądowych są bardzo precyzyjne, a przy tym stosunkowo elastyczne, zatem w postępowaniu kontrolnym można ten model stosować pomocniczo.

Wnioski końcowe

Wskazane wyżej okoliczności świadczą o potrzebie poważnej i dogłębnej reformy przepisów ustawy o NIK dotyczących biegłych i specjalistów. Nie oznacza

to bynajmniej ich ujednolicenia z postępowaniami jurysdykcyjnymi. Postępowanie kontrolne nie podlega bowiem kontroli sądowej ani sądownoadministracyjnej, a jego cele są inne niż procedur jurysdykcyjnych. W każdym z analizowanych postępowań biegły stanowi źródło dowodowe, którego rolą jest fachowe wyjaśnienie kwestii wymagających wiedzy specjalistycznej. Istnieją jednak różnice między zadaniami biegłych w tych postępowaniach, przede wszystkim między postępowaniem kontrolnym a sądowym. Biegli sądowi przyczyniają się do zapewnienia obywatelom prawa do sądu, wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji⁴², głównie do rzetelnego procesu sądowego. Natomiast NIK korzysta z pomocy biegłych (specjalistów zewnętrznych), jeśli zależy od tego powodzenie kontroli, aby wyniki i wnioski pokontrolne były trafne i znamionowało je właściwe rozumienie tematu. Jednak to NIK samodzielnie ocenia w jakiej mierze wymagania kontroli mogą być spełnione przez własnych fachowców, a w jakiej należy skorzystać z pomocy biegłych⁴³.

Skoro NIK kontroluje z reguły organy władzy lub administracji publicznej, to pełnienie funkcji biegłego i specjalisty

kości minimalnej stawki godzinowej: do 14,70 zł na 2019 r., do 17 zł na 2020 r., do 18,30 zł na 2021 r. i do 19,70 zł na 2022 r.

⁴¹ Np. wystąpienie Polskiej Federacji Stowarzyszeń Rzeczników Majątkowych do Prezesa Rady Ministrów i Ministra Sprawiedliwości z 16.11.2022 <<https://pfsrm.pl/aktualnosci/item/717-stawki-bieglych-sadowych-wystapienie-pfsrm-do-premiera-oraz-ministra-sprawiedliwosci>> i materiał z 2.2.2022 <<https://wydarzenia.interia.pl/autor/irmina-brachacz/news-biegli-sadowi-w-polsce-wolna-amerykanka-i-glodowe-stawki,nld,5806123>>.

⁴² RPO podniósł tę kwestię w latach 2015–2022 w 8 pismach do Ministra Sprawiedliwości (ostatnio 9.11.2022), wskazując na potrzebę przyspieszenia prac nad ustawą o biegłych sądowych, prowadzonych od 2014 r. <<https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-biegli-sadowi-ustawa-brak-ms>>.

⁴³ Zob. pkt 1.18 ISSAI 200, *Standardy i wytyczne ISSAI*, op.cit., s. 121.

powinno obciążać głównie te instytucje. Zasadne byłoby więc umożliwienie pracownikom instytucji publicznych pełnienie zadań biegłego i specjalisty na podstawie postanowienia (bez zawierania umowy), ewentualnie na podstawie porozumienia NIK z ich pracodawcą. Celowe byłoby też wyraźne dopuszczenie do wykonywania funkcji biegłego w postępowaniu kontrolnym osób prawnych i jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej (w razie potrzeby ze wskazaniem reprezentujących je osób fizycznych).

Istnieją zarazem argumenty przemawiające za stworzeniem mechanizmu dyscyplinującego biegłych (specjalistów), tak aby podjęcie czynności nie zależało wyłącznie od ich woli. Sytuacja, że biegły i specjalista wykonują pracę dopiero po podpisaniu umowy prowadzi do wydłużenia czasu oczekiwania na realizację zleczanych przez NIK zadań, a nawet może skutkować ich niewykonaniem. Jeśli warunki, głównie finansowe, nie zadowolą zainteresowanego podmiotu, to nie zawrze on umowy i nie wykona pracy. Funkcjonowanie biegłych i specjalistów w toku kontroli powinno więc mieć charakter publicznoprawny. Ich wynagrodzenie należałoby ustalać postanowieniem dyrektora jednostki kontrolnej na podstawie istniejących stawek, taryf i cenników dotyczących biegłych sądowych, tłumaczy przysięgłych czy innych rzeczoznawców, a w razie ich braku – w odniesieniu do cen rynkowych, przy uwzględnieniu kwalifikacji biegłego (specjalisty), nakładu jego pracy i złożoności problemu będącego przedmiotem jego czynności. Biegły (specjalista) mógłby złożyć umotywowany wniosek

o zwiększenie wynagrodzenia oraz odmówić sporządzenia opinii (wykonania czynności), ale tylko z uzasadnionych przyczyn. Organ powołujący powinien mieć prawo obniżyć wynagrodzenie za nieterminową lub nieprawidłową realizację zadania w drodze postanowienia. Nie ma też uzasadnienia różnicowanie organów powołujących biegłego (dyrektor jednostki kontrolnej) i specjalistę (kontroler). W obu sytuacjach powinien to być dyrektor, ponieważ ustala wynagrodzenie powoływanych osób zawierając umowę.

Poprawek wymagają też przepisy o trybie wyłączenia biegłych i specjalistów. Obecne unormowanie tej instytucji nie odpowiada specyfice kontroli NIK, gdyż wyłączenie jest możliwe tylko na wniosek kontrolowanego, który co do zasady nie jest powiadamiany ani o powołaniu tych osób, ani o ich czynnościach. Przewaga elementów inkwizycyjności w postępowaniu kontrolnym uzasadnia potrzebę wyłączenia biegłego (specjalisty) z urzędu, gdyż z reguły to organ powołujący go szybciej poweźmie wiedzę o przesłankach wyłączenia. Podstawy wyłączenia powinny zostać również dostosowane do specyfiki tego postępowania. Dobro kontroli przemawia za tym, aby biegły i specjalista byli wprost zobowiązani do rzetelnego i bezstronnego działania, np. przez złożenie przed NIK przyrzeczenia w tej sprawie.

SŁAWOMIR CZARNOW

radca prawny,
doradca prawny
w Delegaturze NIK w Białymstoku
ORCID 0000-0001-8134-6326

Słowa kluczowe: biegły, specjalista, postanowienie o powołaniu, wynagrodzenie biegłego (specjalisty), umowa z biegłym (specjalistą)

Bibliografia:

1. Babiarczyk S.: *Dowód z opinii biegłego, czynny udział strony w przeprowadzeniu tego dowodu, ekspertyza a opinia biegłego* [w:] *Ordynacja podatkowa: dowody w postępowaniu podatkowym*, R. Dowgier (red.), Białystok 2013.
2. Berek M.: *Wykonywanie czynności kontrolnych* [w:] E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, NIK, Warszawa 2018.
3. Dziwisz S.: *Odpowiedzialność karna biegłego powołanego w toku kontroli*, „Kontrola Państwowa” nr 3/2021.
4. Jarzęcka-Siwik E.: *Wykorzystanie wiedzy eksperckiej w kontrolach NIK*, „Kontrola Państwowa” nr 5/2022.
5. Jarzęcka-Siwik E., Skwarka B.: *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz*, Wrocław 2012.
6. Padrak R.: *Postępowanie kontrolne NIK*, Wrocław 2012.
7. Patryk A.: *Dowód z opinii instytutu naukowego (art. 290 k.p.c.) w świetle orzecznictwa sądownego – wybrane zagadnienia*, „Roczniki Administracji i Prawa” nr XIX (zeszyt specjalny).
8. Sobecki T.: *Wymogi formalne i merytoryczne udziału biegłego w postępowaniu karnym i w postępowaniu cywilnym*, „Radca prawny. Zeszyty Naukowe” nr 2/2021.
9. Urbańska N. A.: *Instytucja biegłego w administracyjnym postępowaniu dowodowym*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania”, Tom 9, Bydgoszcz 2016.

ABSTRACT

Experts and Specialists in NIK Audit Proceedings – Perspective for Changes

The changes in the performance of public tasks that are subject to NIK's audits that call for using advanced technologies, require NIK to more often use the knowledge of experts and specialists. Experts do not establish facts or status quo, but assess them through the prism of specialist information, while specialists support auditors in determining facts. However, the border between assessing facts and determining them on the basis of specialist knowledge is unclear. In practice, the application of the provisions on experts and specialists comprised in the Act of 23rd December 1994 on the Supreme Audit Office raises many doubts. They are mainly related to the mixed course of appointment, and the entities that can be entrusted with these functions.

The article aims to analyse the regulations dedicated to experts and specialists in NIK audits in comparison with other procedures. The intention is to delineate suggested directions for changes. The author concludes that there is the need for a serious and thorough reform of the provisions of the Act on NIK related to experts and specialists. He emphasises that – since NIK audits mainly public authorities or administration bodies – these functions should be mostly their responsibility. It would be justified then to allow the staff of public institutions to act as experts or specialists on the basis of a decision (without concluding a contract) or, alternatively, on the basis of an agreement between NIK and the given entity. It would be also reasonable to allow legal entities and organisational units (or natural persons representing them) to act as experts during audit proceedings. In the opinion of the author, there are also arguments for establishing a mechanism to discipline experts (specialists) so that the decision on when to commence the task is not an exclusively at their discretion. The job of experts and specialists in the audit process should be of a public law nature. Amendments are also necessary for the provisions on excluding experts (specialists) from audit proceedings. The current provisions do not meet the specifics of NIK's audits, since exclusion is possible only when the auditee applies for it. And auditees are informed neither about the appointment of experts or specialists nor about their activities. Since inquisitional elements prevail in the audit process, the need for engaging experts (specialists) ex officio is justified, since the body that appoints them usually finds out about the reasons for excluding them first.

Sławomir Czarnow, Legal Advisor, Regional Branch of NIK in Białystok

Key words: expert, specialist, decision on appointment, remuneration for an expert (specialist), contract with an expert (specialist)