

Mateusz Kosmol

ROZPRAWA DOKTORSKA

**UMOWA WSKAŹNIKOWA (ANG. *PERFORMANCE-BASED CONTRACT*)
ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM UMOWY O UTRZYMANIE DRÓG
PUBLICZNYCH**

*Praca doktorska napisana
pod kierunkiem naukowym
Prof. dr hab. Ewy Bagińskiej
w Katedrze Prawa Cywilnego
Wydziału Prawa i Administracji
UG w Gdańsku*

Rodzicom

Spis treści

Wstęp	11
Rozdział I. <i>Performance-based contracts</i> (tzw. umowy wskaźnikowe)	
– zagadnienia wprowadzające	18
§ 1. Wprowadzenie.....	18
§ 2. Pojęcie oraz podstawowa charakterystyka umowy typu <i>performance-based contract</i>	18
§ 3. Konstrukcja umowy typu <i>performance-based contract</i> w prawie zamówień publicznych USA.....	25
I. Umowa typu <i>performance-based contract</i> jako kontrakt preferowany w federalnych zamówieniach publicznych	25
II. Podstawowe założenia	26
§ 4. Przykłady zastosowania umów typu <i>performance-based contract</i>	27
§ 5. Geneza stosowania umów typu <i>performance-based contract</i>	32
§ 6. Zalety oraz wady modelu <i>performance-based contract</i>	33
§ 7. Umowa o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych jako podstawowy przykład umowy typu <i>performance-based contract</i>	37
I. Wprowadzenie oraz uporządkowanie pojęć	37
II. Ewolucja podstaw prawnych utrzymywania dróg publicznych	39
III. Powody wprowadzenia umów wskaźnikowych w sektorze infrastruktury drogowej.....	39
IV. Utrzymywanie dróg publicznych przy użyciu umowy wskaźnikowej – podstawowe założenia oraz funkcje.....	43
V. Umowa wskaźnikowa o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych w modelowych postanowieniach umów utrzymaniowych	45
1. Zakres (przedmiot) umowy	45
2. Poziomy usługi (ang. service levels).....	47
3. Wynagrodzenie za czynności utrzymaniowe	49
VI. Niemiecka odsłona umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych	51
1. Funktionsbauvertrag.....	51
2. Verfügbarkeitsmodell (V-Modell)	53
§ 8. Podsumowanie	54
Rozdział II. Ogólna charakterystyka umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych	56
§ 1. Pojęcie oraz cechy umowy	56
§ 2. Zawarcie umowy	62
I. Strony umowy	62
1. Zlecający prace (zamawiający)	62

2. Wykonawca.....	64
II. Tryb zawierania umowy	64
III. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego przez kilku wykonawców.	66
IV. Ograniczenie swobody umów w reżimie zamówień publicznych	68
V. Czas trwania umowy	70
VI. Forma umowy	71
§ 3. Adhezyjny charakter umowy a dokonywanie jej wykładni	72
§ 4. Przedmiot umowy	75
I. Wprowadzenie	75
II. Świadczenie wykonawcy.....	77
1. Empiryczne ujęcie ogólne	77
2. Empiryczne ujęcie szczegółowe - podział świadczenia wykonawcy na prace o charakterze rutynowym oraz strukturalnym.....	77
3. Ujęcie dogmatycznoprawne	80
III. Świadczenie zamawiającego	93
§ 5. Rozkład ryzyka pomiędzy stronami umowy	95
§ 6. Podsumowanie	102

Rozdział III. Treść umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych – prawa i obowiązki stron..... 105

§ 1. Wprowadzenie.....	105
§ 2. Obowiązki wykonawcy	105
I. Wprowadzenie	105
II. Ciągłe (bieżące) utrzymywanie infrastruktury drogowej	106
III. Czynności utrzymaniowe wykonawcy o charakterze prac awaryjnych	109
IV. Ciągłe utrzymywanie określonego standardu infrastruktury drogowej (poziomu usługi) jako główny obowiązek wykonawcy	112
1. Wskaźniki (mierniki) kontraktowe	112
§ 3. Prawa wykonawcy.....	117
§ 4. Obowiązki zamawiającego.....	118
I. Wprowadzenie	118
II. Obowiązek zapłaty wynagrodzenia.....	119
§ 5. Prawa zamawiającego	119
I. Prawo do przeprowadzenia kontroli wykonywania umowy	119
II. Prawo do naliczenia „punktów karnych”	121
§ 6. Podsumowanie	121

Rozdział IV. Miejsce umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych w systemie umów 123

§ 1. Perspektywa prawnoporównawcza	123
I. Stanowisko prawa amerykańskiego i angielskiego	123
II. Prawo kontynentalne na przykładzie Niemiec	124
§ 2. Kwalifikacja prawna umowy na gruncie prawa polskiego.....	130
I. Próba kwalifikacji umowy jako umowy o dzieło.....	130
II. Próba kwalifikacji umowy jako umowy o roboty budowlane	140
III. Próba kwalifikacji umowy jako umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c.	144
IV. Próba kwalifikacji umowy jako nienazwanej umowy mieszanej.....	151
1. Wprowadzenie.....	151
2. Podział umów na dwie kategorie: umowy nazwane i nienazwane.....	152
3. Ogólna charakterystyka nienazwanej umowy mieszanej	154
4. Podział nienazwanych umów mieszanych	154
5. Nienazwana umowa mieszana jako jedna funkcjonalna całość	155
6. Argumenty przemawiające za uznaniem umowy wskaźnikowej za nienazwaną umowę mieszana	156
§ 3. Stosowanie prawa.....	165
I. Wprowadzenie – metody stosowania prawa do nienazwanych umów mieszanych	165
1. Metoda absorpcji (niem. Absorptionstheorie, -methode).....	166
2. Metoda kombinacji (niem. Trenungs-/Kombinationstheorie, -methode).....	167
3. Metoda analogii (emancypacji; niem. Theorie/Methode der analogen Rechtsanwendung)	168
II. Stosowanie prawa do nienazwanych umów mieszanych w ujęciu prawnoporównawczym	169
1. Common law na przykładzie USA.....	169
2. Austria	171
3. Niemcy	172
4. Szwajcaria	177
5. DCFR	179
III. Stanowisko prawa polskiego.....	180
1. Spory doktrynalne	180
2. Stanowisko orzecznictwa	184
IV. Zajęcie stanowiska w kwestii stosowania prawa	185
§ 4. Podsumowanie	199

Rozdział V. Odpowiedzialność stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania 201

§ 1. Wprowadzenie.....	201
§ 2. Odpowiedzialność zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.....	202
I. Odpowiedzialność zamawiającego za opóźnienie lub zwłokę w zapłacie wynagrodzenia	202
II. Odstąpienie od umowy przez wykonawcę z powodu braku współdziałania ze strony zamawiającego	203
III. Zastępcze wykonanie zobowiązania	204
IV. Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za gotowość do świadczenia usług.....	205
§ 3. Odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania	206
I. Wprowadzenie	206
II. Roszczenie o zapłatę kary umownej.....	208
1. Umowne reżimy „punktów karnych”	208
A. Wprowadzenie.....	208
B. Reżim „punktów karnych” w prawie <i>common law</i>	209
a. Struktura i cel wprowadzenia	209
b. Kwalifikacja prawna	209
c. Zasada odpowiedzialności.....	210
C. Reżim „punktów karnych” w prawie polskim.....	215
a. Struktura i cel wprowadzenia	215
b. Kwalifikacja prawna	218
c. Zasada odpowiedzialności.....	231
2. Pozostałe kary umowne.....	235
3. Potrącanie kar umownych z wynagrodzenia należnego wykonawcy.....	238
4. Stosunek kar umownych do pozostałych uprawnień przysługujących zamawiającemu na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę..	240
III. Odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach ogólnych	242
1. Funkcje i przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej opartej na zasadach ogólnych	242
2. Odpowiedzialność wykonawcy za osoby zaangażowane w wykonywanie zobowiązania	245
3. Stosunek roszczenia odszkodowawczego opartego na zasadach ogólnych do pozostałych uprawnień przysługujących zamawiającemu na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.....	246
IV. Realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady	246
V. Realizacja uprawnień z tytułu gwarancji jakości	255
VI. Zastępcze wykonanie zobowiązania	261

VII. Jednostronne rozwiązanie umowy przez zamawiającego	264
1. Jednostronne rozwiązanie stosunku umownego na podstawie postanowień umownych	265
2. Jednostronne rozwiązanie stosunku umownego na podstawie przepisów k.c.....	266
§ 4. Przedawnienie roszczeń umownych.....	268
§ 5. Podsumowanie	273
Zakończenie i wnioski	277
BIBLIOGRAFIA	285
ORZECZNICTWO.....	308

Wykaz skrótów	
Dzienniki urzędowe	
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. Min. Inf. i Bud.	Dziennik Urzędowy Ministerstwa Infrastruktury i Budownictwa
Dz. Urz. UE / WE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej / Wspólnot Europejskich
M.P.	Dziennik Urzędowy „Monitor Polski”
Akty normatywne	
ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (austriacki kodeks cywilny)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (niemiecki kodeks cywilny)
CESL	<i>Common European Sales Law</i> (projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży)
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (Projekt Wspólnej Ramy Odniesienia)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny
k.z.	rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań
nowe PZP	ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych
OR	<i>Obligationenrecht</i> (szwajcarskie prawo zobowiązań)
PEL SC	<i>Principles of European Law on Service Contracts</i> (Zasady Prawa Europejskiego w ramach Umów o Świadczenie Usług)
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>

	(amerykański jednolity kodeks handlowy)
uchylone PZP	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych
Literatura	
FP	Forum Prawnicze
GSP	Gdańskie Studia Prawnicze
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
PiP	Państwo i Prawo
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
PS	Przegląd Sądowy
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny
SZN	Studenckie Zeszyty Naukowe
TPP	Transformacje Prawa Prywatnego
Organy	
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
LG	<i>Landgericht</i>
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	Sąd Okręgowy
SR	Sąd Rejonowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TS	Trybunał Sprawiedliwości (Unii Europejskiej)
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny
Inne skróty	
ang.	język angielski
IPU	Istotne Postanowienia Umowy
niem.	język niemiecki
OPZ	Opis Przedmiotu Zamówienia
PPP	Partnerstwo Publiczno-Prywatne

SIWZ / SWZ	Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia / Specyfikacja Warunków Zamówienia
SST	Szczegółowe Specyfikacje Techniczne
tłum.	tłumaczenie
VAT	podatek od towarów i usług

Wstęp

W dzisiejszych czasach największe znaczenie gospodarcze, spośród wszystkich czynności prawnych, mają umowy zobowiązaniowe.¹ W związku z powyższym przede wszystkim kodeks cywilny² (dalej: k.c.) zawiera stosunkowo obszerny katalog umów nazwanych, regulujący prawdopodobnie większość obrotu gospodarczego w Polsce. Ustawowo sprecyzowane typy umów mają jednak swoje ograniczenia, co nie ułatwia realizacji nowatorskich zamierzeń gospodarczych, w konsekwencji nie sprzyjając pionierom biznesowym.³ Wykorzystanie standardowych środków, a więc typowych umów nazwanych, może więc znacznie utrudnić, a w niektórych sytuacjach wręcz uniemożliwić, osiągnięcie zamierzonych i ponadprzeciętnych efektów gospodarczych.⁴ W aktualnych realiach można zauważyć powolne wypieranie klasycznych typów umów na rzecz nowatorskich twórców kontraktowych, co w znacznej mierze zawdzięczamy wpływowi gospodarczemu podmiotów pochodzących między innymi z USA, Kanady czy Niemiec.⁵ Nie jest to zresztą tendencja nowa, gdyż już na początku XX w. wskazywano, że z powodu „(...) wzmożenia się obrotu cywilnego i postępującego w związku z tem procesu różniczkowania i całkowania stosunków prawnych” typowe umowy nazwane są zawierane coraz rzadziej, a podmioty prawa cywilnego preferować zaczynają umowy mieszane.⁶

Nowoczesne prawo cywilne ma w konsekwencji bardzo trudne zadanie – musi nadążyć za galopującymi zmianami gospodarczymi, technicznymi i społecznymi. Wyzwanie to nigdy nie było proste, jednak dzisiaj jest trudne jak nigdy dotąd.⁷ W związku

¹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 353.

² T.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740.

³ J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, Warszawa 2004, s. 1.

⁴ *Op. cit.* J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, s. 1.

⁵ K. Kruczałak, *Umowy w obrocie handlowym krajowym i międzynarodowym. Komentarz, Wzory. Objasnienia*, wyd. 3, Warszawa 1999, s. 37.

⁶ L. Domański, *System Kodeksu Zobowiązań*, Warszawa 1934, s. 12.

⁷ P. Machnikowski, *Prawo zobowiązań w 2025 roku. Nowe technologie, nowe wyzwania* [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.), D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015, s. 379.

z tym przewiduje się, że liczba empirycznie wyodrębnionych umów nienazwanych będzie znacznie rosła, gdyż „stare” przepisy kodeksu nie będą już odpowiednie dla „nowych” stosunków gospodarczych.⁸ Tendencja ta jest zdecydowanie widoczna już w roku 2021.

Bardzo wyraźnie rośnie także znaczenie szeroko pojętych usług. Jak wskazują dane, aż 70% PKB państw będących członkami Unii Europejskiej opiera się na usługach.⁹ To umowy o świadczenie usług, a nie umowy zobowiązaniowe o innym charakterze, są więc aktualnie kluczowym i najbardziej pojemnym elementem prawa umów.¹⁰

Kodeksowo uregulowane umowy o świadczenie usług (przede wszystkim umowa o dzieło, umowa o roboty budowlane¹¹ oraz umowa zlecenie) nie przystają jednak do skomplikowanej rzeczywistości gospodarczej, ponieważ coraz rzadziej dochodzi do zawierania umów dających się przyporządkować wyłącznie jednemu konkretnemu typowi ustawowemu.¹² W związku z tym podmioty tak prywatne jak i publiczne zaczęły wdrażać zagraniczne koncepcje świadczenia usług, obce dotychczas polskiemu obrotowi gospodarczemu – umowy oparte na wydajności (osiąganych rezultatach). Genezy tych umów należy dopatrywać się w systemach *common law*, gdzie uzyskały one nazwę -

⁸ *Op. cit.* P. Machnikowski, *Prawo zobowiązań...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.), D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 388-390.

⁹ M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług jako wyzwanie legislacyjne*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.), D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 561.

¹⁰ Na gruncie prawa cywilnego usługi to działania (czynności) spełniane dla innej osoby, por. rozważania nad przedmiotową tematyką zawarte w rozdziale IV, s. 144 i n.

¹¹ Tak umowa o dzieło jak i umowa o roboty budowlane powinny zostać przyporządkowane do grupy umów o świadczenie usług. Już na gruncie kodeksu zobowiązań (Dz. U. z 1933 r. nr 82 poz. 598; dalej w skrócie k.z.) umowa o dzieło była bowiem ustawowo zakwalifikowana do grupy umów o świadczenie usług (por. Tytuł XI k.z. - „Umowy o świadczenie usług”). Tak wskazuje się także w literaturze – por. w szczególności A. Brzozowski, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie za wady dzieła*, Warszawa 1986, s. 10; *tenże*, *Konsumencka umowa o dzieło (w świetle art. 627¹ Kodeksu cywilnego)*, Warszawa 2013, s. 41; *tenże* [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, tom 7, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 410, 413; M. Gutowski, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, wyd. 2, Warszawa 2019, pkt I 1; W. Wyrzykowski, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] M. Fras (red.), M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, 2018, pkt I.1; R. Tanajewska, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] J. Ciszewski (red.), P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2019, nb. 1; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, wyd. 13, Warszawa 2019, s. 164. Odmienne (umowa o dzieło nie jest umową o świadczenie usług) L. Ogiegiło, *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989, s. 200 i n.

¹² *Op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.), D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 574-575.

performance-based contracts.¹³ Na język polski zwrot *performance-based contract* przetłumaczyć można również jako „umowy uzależnione od wyników”, jak to uczyniono w ramach Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2006 r.¹⁴, albo umowy zobowiązujące wykonawcę do osiągnięcia konkretnych efektów jakościowych, czy też, co dobrze oddaje zarówno charakter jak i strukturę tych umów – umowy wskaźnikowe.

Pojęcie „umowy wskaźnikowej” jest niezwykle pojemne, gdyż umowy takie mogą być stosowane co do zasady wszędzie tam, gdzie możliwe jest ustalenie szeroko pojętej jakości świadczenia z góry, a więc przede wszystkim w ramach umów o świadczenie usług, w których czynności dłużnika polegają na *facere* (czynieniu). Samą istotę tej umowy można wyrazić w następujący sposób – umowa wskaźnikowa opiera się na rezultatach (jakości) świadczenia dłużnika (w praktyce najczęściej mającego za przedmiot usługi) i z osiągnięcia tych rezultatów (jakości) wierzyciel dłużnika rozlicza („płaci za rezultaty”, ang. *pay-for-performance*).¹⁵ Typowe umowy *performance-based contracts* nie opisują więc świadczenia wykonawcy w kategoriach jak należy realizować zleczone czynności, a wyłącznie jakie konkretnie rezultaty (jakość lub wydajność) należy osiągnąć.¹⁶ Możliwe odstępstwa od warunków umownych (przede wszystkim ustalonych rezultatów) przewiduje się już na etapie tworzenia umowy, a następnie wyszczególnia bezpośrednio w jej treści, poprzez co *ex ante* ustala się, ile dane odstępstwo będzie wykonawcę „kosztowało” (najczęściej - o ile

¹³ Odnotowania wymaga jednak, że sam zrab tego konceptu nie jest zupełnie nowy, a wręcz przeciwnie jego początków należy poszukiwać już w starożytnym Babilonie, por. F. C. Kleemann, *Supplier Relationship Management im Performance-based Contracting. Anbieter-Lieferanten-Beziehungen in komplexen Leistungsbündeln*, Wiesbaden 2014, s. 65 w przypisie.

¹⁴ Decyzja Komisji z dnia 4 kwietnia 2006 r. w sprawie pomocy państwa, którą Zjednoczone Królestwo planuje wprowadzić na ustanowienie Nuclear Decommissioning Authority (notyfikowana jako dokument nr C(2006) 650), 2006/643/WE, Dz. U. L 268 z 27.9.2006, str. 37-57.

¹⁵ Por. B. A. Ambaw, J. Telgen, *The practice of performance-based contracting in developing countries' public procurement: The case of Ethiopia*, *Journal of Public Procurement* 3/2017, s. 7, https://www.researchgate.net/publication/319459438_The_practice_of_performance-based_contracting_in_developing_countries%27_public_procurement_The_case_of_Ethiopia [dostęp 06.05.2019].

¹⁶ W orzecznictwie amerykańskim por. przykładowo United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit - opinion for the Court filed by Senior Circuit Judge Silberman z dnia 11 września 2009 r. w sprawie *Saleh v. Titan Corp.*, 580 F.3d 1 oraz United States Court of Appeals, Third Circuit w opinii z dnia 01 sierpnia 2013 r. w sprawie *Harris v. Kellogg Brown & Root Services, Inc.*, 724 F.3d 458.

można obniżyć wynagrodzenie bazowo należne wykonawcy i obliczone za stu procentową realizację postanowień umownych).

W tej pracy podjęta jest cywilnoprawna problematyka *performance-based contract* w sektorze gospodarczym utrzymania dróg publicznych w Polsce. Od 2010 r. w naszym kraju rozpoczęła się nowa era zarządzania drogami publicznymi, oparta na rozliczaniu wykonawców z wyników.¹⁷ Od tego czasu umowy wskaźnikowe znacznie zyskały na popularności, w związku z czym przewidywać można ich dalszy rozwój oraz coraz szersze zastosowanie, nie tylko na drogach szybkiego ruchu oraz autostradach, a więc drogach podległych Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ale także na drogach niższego rzędu. Przedmiotowe umowy, określane w przetargach publicznych najczęściej mianem umów o „kompleksowe, całoroczne utrzymanie infrastruktury drogowej”, są konstrukcjami niezwykle skomplikowanymi i bogatymi w treść, a praktyka pokazuje, że problematyczna jest ich kwalifikacja prawna. Jeżeli nie wiadomo, z jakim konkretnie typem umowy mamy do czynienia, nietransparentne staje się także stosowanie prawa. W związku z tym centralnym zagadnieniem niniejszej pracy będzie kwalifikacja prawna przedmiotowej umowy na gruncie polskiego prawa cywilnego.

Niniejsza praca ma przede wszystkim na celu udowodnienie hipotezy, w myśl której umowa wskaźnikowa mająca za przedmiot utrzymanie dróg publicznych nie jest umową o świadczenie usług „gdzie indziej nieuregulowaną”, do której w myśl art. 750 k.c. należy odpowiednio stosować przepisy umowy zlecenia (jak wskazuje polska judykatura), ale jest nienazwaną umową mieszaną składającą się z kilku elementów o różnorodnym charakterze prawnym, a zarazem umową tak dalece przepełnioną elementami oraz cechami umowy o dzieło, że przede wszystkim należy odpowiednio stosować do niej przepisy umowy o dzieło, a nie przepisy właściwe dla umowy zlecenia.

¹⁷ M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja umów dotyczących zarządzania drogami publicznymi w Polsce i na świecie*, GSP 1/2018, s. 283.

W celu uzyskania odpowiedzi na kluczowe pytania dotyczące analizowanej umowy przeprowadzona została analiza treści umów wskaźnikowych, a także analiza przepisów prawa, literatury oraz orzecznictwa. Istotne światło na rozwiązywane problemy rzucają badania prawnoporównawcze koncentrujące się na prawie *common law* (USA, Wielka Brytania), Niemiec, Austrii oraz Szwajcarii. Odwołania do prawa *common law* są uzasadnione z uwagi na rodowód tych umów. Wnioski wynikające ze spostrzeżeń doktryny oraz orzecznictwa niemieckiego są cenne z polskiego punktu widzenia, ponieważ w tym kraju dochodzi do zawierania licznych umów wskaźnikowych¹⁸ oraz z uwagi na istotne podobieństwa polskiego i niemieckiego prawa umów. W Austrii oraz Szwajcarii zawieranie umów typu *performance-based contracts* co prawda nie jest częste, aczkolwiek ustawowe konstrukcje umów o charakterze usługowym zbliżone są do konstrukcji obecnych w polskim k.c.,¹⁹ w związku z tym dorobek doktryny oraz orzecznictwa ww. państw może być przydatny także z punktu widzenia prawa polskiego i niniejszej analizy badawczej. Nie sposób pominąć także faktu, że ustawodawstwo i orzecznictwo cywilne Niemiec, Austrii oraz Szwajcarii stoi na ponadprzeciętnie wysokim poziomie i od wielu lat wpływa na kształt oraz stosowanie prawa cywilnego w innych państwach na całym świecie.²⁰

W pracy wykorzystano następujące metody badawcze – dogmatyczną (analiza prawa polskiego), komparatystyczną (analiza prawa obcego), historyczną (analiza prawa już

¹⁸ Jak się wydaje najczęściej umów wskaźnikowych zawiera się w Niemczech (w porównaniu do Austrii oraz Szwajcarii), jednak nawet w tym kraju w ostatnich latach da się zaobserwować ogólny trend do odwrotu od szeroko pojętej prywatyzacji wykonywania zadań publicznych w kierunku ponownego oddawania tych zadań publicznym jednostkom, por. H. Bauer, M. Szewczyk, B. Popowska, M. Meier, A. Fuks (red.), *Publizisierung öffentlicher Aufgaben*, Potsdam 2018.

¹⁹ Warto w tym miejscu zauważyć, że k.z. tworzono w istotnej mierze wzorując się na między innymi austriackim oraz niemieckim k.c., a także na regulacjach obecnych w ustawodawstwie szwajcarskim. W związku z tym genezy aktualnie obowiązującego art. 750 k.c. należy poszukiwać w prawie szwajcarskim (patrz rozdział IV, s. 147 i n.).

²⁰ W szczególności cywilistyka niemiecka nadaje ton europejskiej debacie nad harmonizacją prawa prywatnego, por. T. Giaro, *Rozróżnianie i mieszanie umów nazwanych. Recenzja książki Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, wyd. Francisco Javier Andrés Santos, Christian Baldus, Helge Dedek, FP 5/2012.

nieobowiązującego), a także analizy *legis contractus* (zawieranych umów wskaźnikowych).²¹

Pierwszy rozdział poświęcony został podstawowym zagadnieniom dotyczącym umów wskaźnikowych, stanowi więc punkt wyjścia do dalszych rozważań. Zawarto w nim ogólne informacje o umowach typu *performance-based contract*, przedstawiono ich konstrukcję, genezę oraz zastosowanie w różnorodnych sektorach. Rozdział ten dotyczy tak umów typu *performance-based contract* w ogólności, jak i zawieranych w sektorze utrzymania dróg.

Drugi rozdział koncentruje się na ogólnej charakterystyce umowy wskaźnikowej zawieranej w celu utrzymywania dróg publicznych. Rozpoczyna się od przedstawienia pojęcia oraz cech analizowanej umowy. Następnie omówione zostały kwestie związane z jej zawarciem, w tym strony oraz sposób i forma zawarcia umowy. Dalej wskazano na adhezyjny charakter umowy oraz wpływ tego faktu na jej wykładnię. W jego ramach scharakteryzowano ponadto przedmiot umowy, przeanalizowano pojęcie świadczenia wykonawcy oraz zamawiającego, a także rozkład ryzyka pomiędzy stronami umowy.

W rozdziale trzecim zaprezentowano kwestie związane z treścią umowy wskaźnikowej w utrzymaniu dróg publicznych. Przedstawiono więc tak prawa jak i obowiązki stron przedmiotowej umowy. Szczególny nacisk położono na obowiązki dłużnika świadczenia niepieniężnego, a więc wykonawcy.

Rozdział czwarty dotyczy kwalifikacji prawnej analizowanej umowy. Jest to kluczowy fragment niniejszej pracy, gdyż bez ustalenia miejsca badanej umowy w systemie umów, stosowanie prawa jest zdecydowanie utrudnione.

Z kolei rozdział piąty traktuje o odpowiedzialności stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Na jego łamach analizie poddano kwestię następstw

²¹ Zakres najbardziej popularnej metody dogmatycznej jest swoistym „ polem minowym”, w związku z czym zupełnie niejasne jest co może, a co już nie powinno, być jej przedmiotem, por. D. van Kędziński, *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, TPP 3/2018, s. 13 i n. Powyższa kwestia, choć zupełnie podstawowa, jest więc niezwykle nietransparentna.

niestosowania się stron do postanowień umownych. Zarazem przesądzono, które instytucje prawa cywilnego oraz w jakich sytuacjach należy stosować. Niniejszy rozdział zwięźzony został rozważaniami nad przedawnieniem roszczeń stron.

Rozdział I. *Performance-based contracts* (tzw. umowy wskaźnikowe)

– zagadnienia wprowadzające

§ 1. Wprowadzenie

Niniejszy rozdział poświęcony został podstawowym zagadnieniom dotyczącym umów wskaźnikowych. Rozpoczyna się od rozważań nad pojęciem umowy wskaźnikowej oraz jej ogólną konstrukcją. Następnie wskazane zostały przykłady jej zastosowania w różnorodnych sektorach. W dalszej kolejności omówiono genezę tego nowatorskiego kontraktu, a także jego wady i zalety. Rozdział pierwszy kończy się rozbudowanym przedstawieniem umów wskaźnikowych zawieranych w celu utrzymywania dróg publicznych.

§ 2. Pojęcie oraz podstawowa charakterystyka umowy typu *performance-based contract*

Niektórzy Autorzy zasadnie wskazują²², że najodpowiedniejsza ogólna charakterystyka wskaźnikowego modelu umownego zawarta została w *Principles and practices of public procurement. Public procurement practice. Performance based contracting* przygotowanych przez the Chartered Institute of Procurement and Supply (CIPS) and the Institute for Public Procurement (NIGP)²³. Według powyższego źródła koncepcja określana mianem *performance-based contract* to model umowny

²² J. Liinamaa, M. Viljanen, A. Hurmerinta, M. Ivanova-Gongne, H. Luotola, M. Gustafsson, *Performance-based and functional contracting in value-based solution selling*, Industrial Marketing Management 2016, t. 59, s. 40.

²³ 2012, s. 3, http://principlesandpractices.org/?page_id=173454320 przywoływane w *op. cit.* J. Liinamaa, M. Viljanen, A. Hurmerinta, M. Ivanova-Gongne, H. Luotola, M. Gustafsson, *Performance-based...*, s. 40.

„zorientowany na wyniki, który koncentruje się na wydajności, jakości lub ostatecznych efektach, w ramach którego co najmniej część wynagrodzenia należnego wykonawcy, przedłużenie umowy lub jej odnowienie mogą zostać funkcjonalnie powiązane z osiągnięciem określonych, mierzalnych standardów wydajności i wymagań. Kontrakty takie mogą zawierać pieniężne i niepieniężne zachęty lub czynniki zniechęcające.”²⁴

Analogiczna charakterystyka przedmiotowego modelu umownego obecna jest także w literaturze niemieckojęzycznej (umowy wskaźnikowe zyskały tam nazwę *leistungsbezogene Verträge*). Przykładowo według A. H. Glasa *performance-based contract* „przejawia się w zamówieniach zorientowanych na rezultaty, z cenami zależnymi od wydajności [efektów]”.²⁵ Powyższy opis jest zdecydowanie syntetyczny, ale bardzo dobrze oddaje ideę modelu wskaźnikowego. Inną trafną propozycję przedstawił F. C. Kleemann i według niego model ten to „skoncentrowany na rezultatach koncept umowy przewidziany dla kompleksowych wiązek [pakietów] świadczeń, w ramach którego wynagrodzenie wypłacane jest w powiązaniu z wydajnością („wynagrodzenie zależne od wyników”)”.²⁶ W literaturze zauważano ponadto, że celem umowy wskaźnikowej jest osiągnięcie konkretnych rezultatów (standardów), co też mierzy się za pomocą ustalonych przez strony wskaźników wykonania zobowiązania (niem. *Leistungsindikatoren*).²⁷

²⁴ W oryginale: “(...) a results-oriented contracting method that focuses on the outputs, quality, or outcomes that may tie at least a portion of a contractor's payment, contract extensions, or contract renewals to the achievement of specific, measurable performance standards and requirements. These contracts may include both monetary and non-monetary incentives and disincentives”.

²⁵ W oryginale: „Performance-based Contracting bezeichnet die ergebnisorientierte Beschaffung zu leistungsabhängigen Preisen“, por. A. H. Glas, *Public Performance-based Contracting. Ergebnisorientierte Beschaffung und leistungsabhängige Preise im öffentlichen Sektor*, Wiesbaden 2012, s. 46. Warto zarazem zauważyć, że w języku niemieckim słowo „Leistung“ ma kilka znaczeń i można oznaczać tak świadczenie jak i wydajność, a ponadto rezultat czy też wynik.

²⁶ W oryginale: „Dementsprechend wird PBC als ein ergebnisorientiertes Vertragskonzept für komplexe Leistungsbündel, bei denen die Vergütung leistungsabhängig („Leistungsvergütung“) erfolgt, verstanden.“, por. *op. cit.* F. C. Kleemann, *Supplier Relationship Management...*, s. 68.

²⁷ M. Mundahl [w:] H. D. Lochmann, R. Köllgen, *Facility Management: Strategisches Immobilienmanagement in der Praxis*, Wiesbaden 1998, s. 82-85.

Z powyższych opisów wynikają trzy zasadnicze właściwości wskaźnikowego modelu umownego:

1. położenie nacisku na konkretne rezultaty świadczenia wykonawcy,
2. ustalenie bardziej złożonego modelu wynagradzania wykonawcy niż nieskomplikowane, stałe wynagrodzenie ryczałtowe, a także
3. skupienie się na zachęcaniu wykonawcy do osiągnięcia odpowiedniej wydajności.²⁸

Ad 1. Położenie nacisku na konkretne rezultaty świadczenia wykonawcy

Przedmiotowy model umowny charakteryzuje przede wszystkim **położenie nacisku na osiągnięcie konkretnych wyników**, nie precyzując przy tym jednak nazbyt szczegółowo, w jaki sposób wykonawca powinien te wyniki osiągnąć (ang. *output/outcome-based contract*).²⁹ Umowa wskaźnikowa jest więc konstruowana tak, aby możliwe było obiektywne zbadanie, czy przewidywane przez kontrakt rezultaty zostały spełnione.³⁰

W literaturze niemieckiej wskazano, że ostateczny rezultat o który chodzi stronom może być wykreowany pośrednio, poprzez system różnorodnych wskaźników (patrz ad 2 poniżej). W związku z tym wskazano, że proces tworzenia wzoru umowy powinien składać się zasadniczo z trzech poziomów: 1. **poziomu konstrukcyjnego/teoretycznego** (niem. *Konstruktebene*), na którym określa się teoretyczne założenia oczekiwanej jakości

²⁸ Tak trafnie *op. cit.* J. Liinamaa, M. Viljanen, A. Hurmerinta, M. Ivanova-Gongne, H. Luotola, M. Gustafsson, *Performance-based...*, s. 40.

²⁹ *Op. cit.* B. A. Ambaw, J. Telgen, *The practice of performance-based...*, s. 3.

³⁰ Rezultaty określone przez umowę zasadniczo mogą być dwojakiego rodzaju: *outputs* oraz *outcomes*. Różnicę pomiędzy nimi zobrazowano w doktrynie amerykańskiej przy użyciu następującego przykładu z zakresu medycyny: „operacja była udana, ale pacjent zmarł” – udaną operację utożsamiając z pojęciem *output*, natomiast śmierć pacjenta z pojęciem *outcome*, por. R. J. Wehrle-Einhorn, *Use of Performance-Based Standards in Contracting for Services*, *The Army Lawyer* 8/1993, s. 14. Warto zarazem zauważyć, że opis świadczenia wykonawcy koncentrujący się na efektach określany mianem *performance specifications* to jednak swoisty „parasol koncepcyjny”, w ramach którego wyróżnić można specyfikację świadczenia kładącą nacisk na rezultatach końcowych (ang. *end result specifications*), a także koncepcje pokrewne określane mianem *Quality Assurance Specifications*, *Performance-Related Specifications*, *Performance-Based Specifications*, czy *Warranty Specifications*, por. szerzej M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based specifications for highway construction and maintenance contracts*, National Cooperative Highway Research Program, National Academy of Sciences, 2013, s. 7-8, https://www.pwfinance.net/document/research_reports/Research%20Legal%20Performance.pdf [dostęp 10.10.2019].

świadczenia (najczęściej mającego za przedmiot usługi), 2. **poziomu wskaźników** (niem. *Indikatorenebene*), w którym teoretyczne założenia przekłada się na konkretne wskaźniki oraz 3. **poziomu zakładanych celów** (niem. *Zielebene*), a więc poziomu ostatecznego efektu oczekiwanego przez zamawiającego od wykonawcy w ramach realizacji umowy.³¹

Ostateczny rezultat (jakość) świadczenia można ponadto określić za pomocą trzech podejść:³²

1. Po pierwsze, można tego dokonać koncentrując się na **funkcji**, jakie świadczenie wykonawcy ma spełniać (niem. *funktionsorientiert*).

2. Drugi sposób polega na skoncentrowaniu uwagi na potencjalnej możliwości wykorzystania świadczenia wykonawcy, a więc położenie nacisku nie tylko na samej funkcji świadczenia, ale aż na jego **dostępności** (niem. *verfügbarkeitsorientiert*).

3. Natomiast trzecie podejście jest jeszcze intensywniej skierowane na rezultaty i kładzie emfazę na ostateczne **wyniki/rezultaty (korzyści)**, jakie będą związane ze świadczeniem wykonawcy (niem. *ergebnisorientiert*). Przenosi ono na wykonawcę więcej odpowiedzialności i ryzyk niż dwa poprzednie warianty.

Tabela nr 1. Możliwe podejścia do określania ostatecznego rezultatu świadczenia na przykładzie umowy na utrzymanie myśliwca bojowego.

Poziom skierowania usługi na rezultaty	Poziom I – koncentracja na funkcji	Poziom II - koncentracja na dostępności	Poziom III - koncentracja na wynikach
Długoterminowe utrzymanie myśliwca bojowego	Przeciętny czas naprawy myśliwca (np. 1 dzień)	Dostępność bojowa maszyny	Rzeczywisty czas wykorzystywania samolotu (np. czas w powietrzu)

Źródło: opracowanie na podstawie A. H. Glas, *Public Performance-based Contracting. Ergebnisorientierte Beschaffung und leistungsabhängige Preise im öffentlichen Sektor*, Wiesbaden 2012, s. 255.

³¹ S. Görres, M. Sachs, B. Mittnacht, „Was ist gute Pflege? Überlegungen zur Messung von Ergebnisqualität“, 2007, s. 18, <https://www.hpg-ev.de/download/eqs-pflege-goerres-ergebnisqualitaet.pdf> [dostęp 07.09.2019 r.] z odwołaniem się do dalszej literatury.

³² *Op. cit.* A. H. Glas, *Public Performance-based Contracting...*, s. 49-50, 249 i n.

Tabela nr 2. Możliwe podejścia do określania ostatecznego rezultatu świadczenia na przykładzie umowy na zarządzanie kinem.

Poziom skierowania usługi na rezultaty	Poziom I – koncentracja na funkcji	Poziom II - koncentracja na dostępności	Poziom III - koncentracja na wynikach
Zarządzanie placówką kina	Zadowolenie z obsługi kasy biletowej	Oferta filmów oraz wydarzeń kulturalnych w skali roku	Liczba odwiedzających placówkę w skali roku

Zródło: opracowanie na podstawie A. H. Glas, *Public Performance-based Contracting. Ergebnisorientierte Beschaffung und leistungsabhängige Preise im öffentlichen Sektor*, Wiesbaden 2012, s. 255.

Ad 2. Ustalenie bardziej złożonego modelu wynagradzania wykonawcy niż nieskomplikowane, stałe wynagrodzenie ryczałtowe

Wydajność wykonawcy jest ściśle powiązana jest z systemem jego wynagradzania.³³ Wykonawca będzie uzyskiwał pełne wynagrodzenie, o ile będzie osiągał ustalone przez strony cele kontraktowe (ang. *performance quality levels*).³⁴ Do szczegółowego określenia poszczególnych celów kontraktowych służą natomiast konkretne i obiektywne mierniki (wskaźniki), nazywane też standardami (ang. *performance metrics/standards/indicators/measures*).³⁵ Jeżeli wykonawca nie będzie osiągał (wypełniał) wskaźników kontraktowych, jego wynagrodzenie będzie ulegało stosownemu zmniejszeniu. Powyższe określa się mianem czynników zniechęcających (ang. *discentives*). W praktyce kontraktowej występują jednak także zobowiązania umowne, w ramach których strony

³³ W orzecznictwie USA por. przykładowo United States District Court, District of Columbia - memorandum opinion z dnia 22 grudnia 2016 r., 221 F.Supp.3d 3; United States District Court, D. Connecticut - memorandum of decision and order z dnia 18 kwietnia 2007 r. w sprawie *Cooper v. U.S. Postal Service*, 482 F.Supp.2d 278; podobnie np. w Kanadzie wskazuje się, że “*By performance-based contracts, I mean that the contract prices are paid if the results are reached.*”, por. Ontario Superior Court of Justice – order z dnia 21 czerwca 2001 w sprawie *Biotechnik Inc. v. O’Shanter Development Co.*, 2001 CarswellOnt 4691.

³⁴ Office of Federal Procurement Policy (OFPP), Office of Management and Budget (OMB), Executive Office of the President, *A guide to best practices for performance-based service contracting*, final edition October 1998, Słowo wstępne, https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/procurement_guide_pbpc [dostęp 08.05.2019].

³⁵ Transportation Research Board (Consultant: M. J. Markow), National Cooperative Highway Research Program Synthesis 426: *Performance-based Highway Maintenance and Operations Management. A Synthesis of Highway Practice*, Washington D.C. 2012, s. 5-7 (źródło internetowe oraz data dostępu podane w bibliografii).

ustalają np. dodatkowe wynagrodzenie należne wykonawcy za „ponadprogramowe” spełnienie wskaźników, co należy rozumieć jako zachęty kontraktowe (ang. *incentives*).

Ze względu na konkretnie przyjęty w danej umowie model wynagradzania, możemy mówić o kontrakcie typu *performance-based* w znaczeniu szerokim (*sensu largo*) oraz wąskim (*sensu stricto*). Możliwe są także „kontrakty hybrydowe” (ang. *hybrid contracts*) na podstawie których np. część wynagrodzenia wypłacana jest w formule zwrotu kosztów ponoszonych przez wykonawcę przy realizacji czynności podejmowanych w ramach umowy (ang. *cost-reimbursement component*), a więc np. kosztu materiałów oraz robocizny, a część za osiąganie konkretnych rezultatów (ang. *performance-based component*).³⁶ Umowy mogą również być o tyle mieszane, że nie będą koncentrowały się wyłącznie na rezultatach (ang. *output/outcome-based*) ale także na sposobach dojścia do tych rezultatów (ang. *method-based, input-based, design specifications*).

Rysunek nr 1. Umowa wskaźnikowa w znaczeniu szerokim oraz wąskim.



Źródło: A. H. Glas, *Public Performance-based Contracting. Ergebnisorientierte Beschaffung und leistungsabhängige Preise im öffentlichen Sektor*, Wiesbaden 2012, s. 37.

Ad 3. Skupienie się na zachęcaniu wykonawcy do osiągnięcia odpowiedniej wydajności

Precyzyjny i komplementarny system wskaźników ma za zadanie motywować wykonawcę do pełnej realizacji postanowień umownych. System ten powiązany jest

³⁶ W orzecznictwie USA por. przykładowo United States District Court, E.D. Pennsylvania – opinia z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie *Philadelphia Workforce Development Corporation v. KRA Corporation*, 156 F.Supp.3d 616.

najczęściej z czynnikami zniechęcającymi, a więc uprawnieniem zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia (ang. *payment reduction/deduction*) lub naliczenia określonej kary umownej (ang. *liquidated/stipulated damages*), a czasami także z zachętami, określanymi w umowach najczęściej jako dodatkowe wynagrodzenie przysługujące wykonawcy lub z możliwością przedłużenia albo „odnowienia” umowy (ang. *renewal*). Z punktu widzenia zamawiającego umowa wskaźnikowa zapewniać ma swoistą gwarancję osiągnięcia zakładanych z góry rezultatów jakościowych. Jeżeli nie zostaną one osiągnięte, zamawiający będzie mógł obniżyć wynagrodzenie bazowo należne wykonawcy i obliczone za stuprocentową realizację postanowień umownych. W umowach wskaźnikowych ocena wykonywania umowy, i w konsekwencji wypłacanie wynagrodzenia, zależy bowiem nie od samego wkładu pracy wykonawcy (ang. *input*), a od jego wydajności (ang. *output/outcome*).³⁷ Powyższe można przyrównać do behawioralnej metody wywierania wpływu określanej mianem metody kija i marchewki (ang. *the carrot and stick approach*), w której obecne są zarówno elementy zniechęcające (przysłowiowy kij), jak i zachęcające (przysłowiowa marchewka).

Na koniec warto podkreślić, że umowa wskaźnikowa najczęściej zawierana jest na dłuższy czas, a więc kreuje zobowiązanie o charakterze ciągłym, aczkolwiek niewykluczone jest także skonstruowanie przedmiotowej umowy jako umowy ze świadczeniem jednorazowym.

³⁷ A. Gajurel, *Performance-Based Contracts for Road Projects*, Dordrecht 2014, s. 30-31.

§ 3. Konstrukcja umowy typu *performance-based contract* w prawie zamówień publicznych USA

I. Umowa typu *performance-based contract* jako kontrakt preferowany w federalnych zamówieniach publicznych

W USA umowy wskaźnikowe (w ustawie określane jako *performance-based acquisition*) proklamowano jako preferowaną metodę nabywania usług przez agencje rządowe (Część 37 punkt 102 litera (a) Federalnego Prawa Zamówień Publicznych; dalej w skrócie: FAR³⁸). Według definicji zawartej w Części 2 FAR zwrot „*Performance-based acquisition (PBA)*” należy rozumieć jako „zamówienia ustrukturyzowane wokół rezultatów, które mają zostać osiągnięte, w przeciwieństwie do opisywania sposobów wykonywania prac”.³⁹

W Części 37 punkcie 102 literze (a) punkcie (2) FAR statuuje, że agencje rządowe powinny wykorzystywać następujące typy kontraktów, i to w podawanej poniżej kolejności:

1. umowę wskaźnikową (ang. *performance-based contract*) lub zlecenie zadania (ang. *task order*) ze stałym wynagrodzeniem ryczałtowym (ang. *firm-fixed price*);
2. umowę wskaźnikową lub zlecenie zadania z wynagrodzeniem, które nie jest stałym wynagrodzeniem ryczałtowym; a dopiero w ostateczności
3. umowę lub zlecenie zadania, które nie posiada charakteru *performance-based*.

Co istotne, w zakresie usług komercyjnych (ang. *commercial services*) agencje zasadniczo powinny polegać na sektorze prywatnym (Część 37 punkt 102 litera (b) FAR). Federalne Prawo Zamówień Publicznych statuuje jednak zarazem, że agencje rządowe

³⁸ Federal Acquisition Regulation (w skrócie: FAR), <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>.

³⁹ W oryginale: „Performance-based acquisition (PBA) means an acquisition structured around the results to be achieved as opposed to the manner by which the work is to be performed.”

są zobowiązane do wykorzystywania umów wskaźnikowych w maksymalnym możliwym zakresie, za wyjątkiem zamawiania pewnych usług wskazanych w ustawie.⁴⁰

II. Podstawowe założenia

Federalne Prawo Zamówień Publicznych określa podstawowe wymagania stawiane umowom wskaźnikowym określając tym samym ich elementarną strukturę prawną. Zgodnie z prawem (Część 37 punkt 601 litera (b) punkty (1)–(3) FAR) każdy taki kontrakt powinien zawierać:

1. **Deklarację Wydajności** (ang. *Performance Work Statement*),⁴¹
2. mierzalne **standardy wydajności** (ang. *measurable performance standards*), między innymi **dotyczące czasowości, jakości, ilości, itd.** oraz **metodę szacowania stopnia spełnienia tych standardów**⁴² oraz
3. gdy jest to uzasadnione także **zachęty dla dostawcy** (rozumiane szeroko jako czynniki zachęcające i zniechęcające), powiązane z powyższymi standardami wydajności.

W Części 37 punkcie 602 literze (b) punktach (1)–(3) FAR przewiduje się, że agencje rządowe powinny w najszerszej możliwym zakresie: (1) opisywać prace z punktu widzenia ich rezultatów, a nie sposobów dojścia do zakładanych celów kontraktowych lub liczby godzin, które należy przeznaczyć na prace, (2) umożliwiać ocenę wydajności dostawcy

⁴⁰ Między innymi architekta-inżyniera (ang. *architect-engineer services*) nabywane zgodnie z Tytułem 40 § 1101 i n. Kodeksu Stanów Zjednoczonych (The Code of Laws of the United States of America; w skrócie: U.S. Code lub U.S.C., <http://uscode.house.gov>), budowlanych (ang. *construction*) czy też użyteczności publicznej (ang. *utility services*), a ponadto niedozwolone jest zlecenie podmiotom zewnętrznym wykonywania funkcji z natury rządowych (Część 37 punkt 102 litera (a) punkt (1) punkty (i) – (iv) oraz litera (c) FAR).

⁴¹ Deklarację Wydajności Federalne Prawo Zamówień Publicznych definiuje w Części 2, wskazując, że należy przez nią rozumieć „deklarację prac dla zamówień ustrukturyzowanych wokół rezultatów, która opisuje wymagane rezultaty w transparentnych, konkretnych oraz obiektywnych postanowieniach umownych, z mierzalnymi wynikami” (w oryginale: „Performance Work Statement (PWS) means a statement of work for performance-based acquisitions that describes the required results in clear, specific and objective terms with measurable outcomes”).

⁴² Standardy wydajności ustalają poziom świadczenia (usługi; ang. *performance level*) wymagany przez Rząd w celu osiągnięcia zakładanych celów kontraktowych (Część 37 punkt 603 litera (a) FAR).

biorąc pod uwagę spełnianie/niespełnianie przez niego standardów wydajności, (3) polegać na mierzalnych standardach wydajności i zachętach finansowych aby dostawcy byli zachęceni do stworzenia i wprowadzenia innowacyjnych i efektywnych (tańszych) metod wykonywania zadań.

§ 4. Przykłady zastosowania umów typu *performance-based contract*

Umowy wskaźnikowe mogą być stosowane w wielu, często zupełnie odmiennych, sektorach, gdyż, jak wskazałem już we wstępie, można je zawierać przede wszystkim wszędzie tam, gdzie aktywności ludzkie polegają na czynieniu (*facere*). Przedmiot tych umów może być więc bardzo różny. W związku z powyższym w tej części pracy przedstawione zostały wybrane przykłady zastosowania umów wskaźnikowych.

W USA już od lat sześćdziesiątych XX wieku rozpoczęło się wprowadzanie nowego modelu umownego. Wskaźniki wydajności zaczęto stosować przykładowo w dziedzinie **nauczania**, co powodowało, że im więcej sukcesów odnosili uczniowie w standardowych testach, tym więcej środków budżetowych otrzymywała administracja szkolna.⁴³

Umowy typu *performance-based contract* obecne zaczęły być w przeróżnych dziedzinach, a ponadto implementowano je nie tylko w kręgu prawa *common law*. Jako przykład z dziedziny **sportu** wskazać można włoski klub Juventus Turyn, w którym w roku 2001 na podstawie umów wskaźnikowych rozpoczęto zatrudnianie tak samych graczy,

⁴³ *Op. cit.* F. C. Kleemann, *Supplier Relationship Management...*, s. 65. Warto zarazem zauważyć, że nawet w dzisiejszych czasach przykładowo w Stanie Illinois obowiązuje Illinois School Code z którego norm wynika, że kurator oświaty (ang. *superintendent*) musi być zatrudniany na podstawie umowy typu *performance-based contract* określającej rezultaty w zakresie osiągnięć uczniów oraz wzrostu jakości nauczania, aby możliwe było mierzenie efektywności i wydajności zatrudnionego kuratora, por. United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division - memorandum opinion and order z dnia 18 września 2018 r., 2018 WL 4466389 i przywoływane tam przepisy.

jak i trenera drużyny – ustalono pewne podstawowe wynagrodzenie, natomiast za osiągnięcie konkretnych rezultatów przyznawane były znaczne premie finansowe.⁴⁴

W celu motywacyjnym omawiany model wprowadzono w pewnym zakresie także w **śłużbie cywilnej**. Jako przykład można wskazać Finlandię, gdzie wynagrodzenie urzędnika składa się z zasadniczo dwóch komponentów: stałego (wynagrodzenie podstawowe) oraz zmiennego (wynagrodzenie za wyniki pracy, ang. *performance-related-pay*), przy czym średni udział tego drugiego składnika waha się od 21% do 33% całości wynagrodzenia.⁴⁵ *Performance-related payment* wypłacana jest tylko i wyłącznie jeżeli pracownik osiąga konkretne rezultaty określane w umowach za pomocą wskaźników (kryteriów efektywności; np. wydajność i produktywność, współpraca, a w przypadku stanowisk kierowniczych zdolności i wyniki w zakresie zarządzania i przywództwa), którym nadaje się ponadto różną wagę.⁴⁶

Poprzez wykorzystanie konkretnych mierników (wskaźników) ustalić można także np. konkretne **standardy wydobywania złóż kopalnianych** i powiązać z nimi wydawanie pozwoleń na zwiększone wydobywanie.⁴⁷

W następnej kolejności szerzej omówić warto przykład zastosowania modelu „płać za rezultaty/jakość” w ramach **umów o świadczenie usług medycznych**. Jest to tematyka ponadprzeciętnie interesująca, gdyż ww. umowy są w zasadzie powszechnie uważane

⁴⁴ M. Grodde, *Der Einfluss des Europarechts auf die Vertragsfreiheit autonomer Sportverbände in Deutschland. Ausgleich zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Freizügigkeitsrecht*, Berlin 2007, s. 356.

⁴⁵ Ponadto przewiduje się możliwość wypłaty rocznej premii, która zależna jest od wyników pracy urzędnika (ang. *result-based reward*).

⁴⁶ Akapit na podstawie M. Späth (red.), I. Najda-Jędrzejewska (red.), *Narzędzia Motywacyjne w Śłużbie Cywilnej. Podręcznik dobrych praktyk (Finlandia, Niemcy, Szwecja)*, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, Warszawa 2009, s. 12 i n., s. 82, https://dsc.kprm.gov.pl/sites/default/files/narzedzia_motywacyjne_w_sluzbie_cywilnej_podrecznik_dobrych_praktyk.pdf [dostęp 11.11.2019].

⁴⁷ Por. United States District Court, District of Columbia - memorandum decision z dnia 28 marca 2014 r. w sprawie *Powder River Basin Resource Council v. United States Bureau of Land Management*, 37 F.Supp.3d 59 (“BLM will closely monitor the CBNG operators' compliance with the performance standards and may authorize more drilling if the performance standards are being met or less drilling if the performance standards are not met.”).

za umowy (zobowiązania) starannego działania, a nie umowy (zobowiązania) rezultatu.⁴⁸

Z dniem 01.01.2016 r. w Niemczech weszła natomiast w życie ustawa o reformie struktur opieki szpitalnej⁴⁹, która ma na celu wprowadzenie przedmiotowego modelu do służby zdrowia. Dlaczego uchwalono ww. ustawę? Jak wskazuje Ministerstwo Zdrowia, niemieckie społeczeństwo starzeje się, gdy tymczasem w medycynie przybywa nowoczesnych technologii i metod leczenia, a zdobywane przez ostatnie lata doświadczenia pozwalają na dostarczanie wysokojakościowych usług medycznych. Warto w związku z tym ustanowić jakość jako punkt wyjścia do rozliczania publicznych szpitali. Podstawowym założeniem powinno być: szpital przyszłości musi być dobrze dostępny, bezpieczny i dobry.⁵⁰ Reforma ma na celu objęcie wszystkich szpitali w Niemczech co do zasady⁵¹ jednakowymi kryteriami pomiaru jakości usług medycznych, a więc skierowanie na rezultaty znacznej części systemu zdrowotnego. Mierzenie jakości odbywało się będzie poprzez wskaźniki jakości (niem. *Qualitätsindikatoren*). Wskaźniki mogą dotyczyć jakości struktur (niem. *Strukturqualität*), procesów (niem. *Prozessqualität*), czy też **efektów starań pracowników szpitali** (niem. *Ergebnisqualität*). Jako przykłady podać można odpowiednio mierniki jakości: 1. wyposażenia technicznego lub osobowego (niem. *Qualitätsindikatoren zur technischen oder personellen Ausstattung*), 2. przeprowadzania niezbędnych badań wstępnych

⁴⁸ *Op. cit.* J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, s. 23, P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 348; Z. K. Nowakowski, *Zobowiązanie rezultatu i starannego działania*, RPEiS 2/1959, s. 101; M. Safjan, *Komentarz do art. 353¹ KC* [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, wyd. 9, Warszawa 2018, pkt III 2; J. Mojak, J. Widło, *Polskie prawo kontraktowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 60; patrz także literatura przywoływana w G. Glanowski, *Umowa o świadczenie zdrowotne, praca doktorska*, Kraków 2018, s. 243, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/73395/glanowski_umowa_o_swiadczenie_zdrowotne_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp 02.03.2020], przy czym Autor ten kwestionuje kategoryczność takiego przyporządkowania. Por. ponadto W. Rożdżeński, *Umowa o leczenie w ujęciu prawnoporównawczym*, Internetowy Przegląd Prawniczy 9/2017, s. 151 oraz 159, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/45022/rozdzenski_umowa_o_leczenie_w_ujeciu_prawnoporownawczym_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp 04.03.2020].

⁴⁹ Ustawa z dnia 10 grudnia 2015 r., Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz - KHSG), BGBl 2015 I Nr. 51.

⁵⁰ W oryginale: „Als Grundsatz gilt: Das Krankenhaus der Zukunft muss gut, sicher und gut erreichbar sein.“, por. Bundesministerium für Gesundheit, *Fragen und Antworten zum Krankenhausstrukturgesetz*, <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/k/khsg/faq-khsg.html> [dostęp 28.08.2019].

⁵¹ Inaczej będą traktowane i finansowane między innymi np. szpitale uniwersyteckie, a inaczej niespecjalistyczne szpitale w małych miastach.

lub profilaktyki antybiotykowej (niem. *Durchführung notwendiger Voruntersuchungen oder einer Antibiotikaphylaxe*) oraz 3. wskaźników powikłań i zakażeń (niem. *Komplikationsraten und Infektionsraten*). Przewiduje się dodatki finansowe oraz kary pieniężne (niem. *Qualitätszu- und -abschläge*) za ponadprzeciętne bądź niewystarczające spełnianie mierników jakości. Jeżeli szpital nie będzie spełniał przedmiotowych mierników, możliwe będzie zamknięcie danego oddziału lub nawet całego szpitala. Co ważne, pacjenci będą mieli możliwość sprawdzenia każdej placówki pod kątem jakości usług medycznych przez nią oferowanych, i to tak na jej własnej stronie internetowej, jak i w centralnej bazie.⁵² Reforma nie będzie jednak tania i aby możliwe było jej wprowadzenie w całym kraju przewiduje się istotne wydatki.⁵³ Poprzez zmiany strukturalne systemu zdrowia oczekuje się zarazem oszczędności liczonych w setkach milionów euro.⁵⁴ Z uwagi na pandemię wirusa SARS-CoV-2 i znaczne wydatki na służbę zdrowia oraz przeciążenie szpitali, ostateczna implementacja przedmiotowej reformy może jednak zostać odłożona w czasie.

Warto zarazem odnotować, że opinie środowiska lekarskiego nie są zbyt przychylnie nowej koncepcji. Zauważa się, że czym innym jest podejmowanie się pewnych czynności o charakterze usługowym (niem. *Handlung*), a czym innym wytwarzanie rzeczy (niem. *Herstellung*).⁵⁵ Podkreśla się również, że generowanie liczb jako takich ma swoje ograniczenia i nie zawsze oddaje prawdę o sytuacjach w tych liczbach ocenianych.⁵⁶ Jakość w medycynie jest bowiem osiągnięta przez zapewnienie lekarzom odpowiedniej ilości czasu i spokoju na zajmowanie się pacjentami, a nie poprzez finansowe zachęty.⁵⁷ Nie bez

⁵² *Op. cit.* Bundesministerium für Gesundheit, *Fragen und Antworten...*

⁵³ Około 0,9 mld euro w 2016 r., ok. 1,9 mld euro w 2017 r., ok. 2,2 mld euro w 2018 r., ok. 2,4 mld euro w 2019 r. i ok. 2,5 mld euro w 2020 r. - Bundesministerium für Gesundheit, *Krankenhausstrukturgesetz (KHSG)*, <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/k/khsg.html> [dostęp 28.08.2019]. Co interesujące, na innej stronie niem. Ministerstwa Zdrowia widnieją odmienne szacunki: ok. 600 milionów euro w roku 2016, ok. 1 mld euro w 2017 r., ok. 1,4 mld euro w 2018 r., ok. 1,5 mld euro w 2019 r. i ok. 1,7 mld euro w 2020 r. - *op. cit.* Bundesministerium für Gesundheit, *Fragen und Antworten...*

⁵⁴ *Op. cit.* Bundesministerium für Gesundheit, *Krankenhausstrukturgesetz...*; *op. cit.* Bundesministerium für Gesundheit, *Fragen und Antworten...*

⁵⁵ T. F. Weigel, *Qualität in der Medizin quantifizieren? Eine Begriffsklärung in der Pay-for-Performance-Diskussion*, Wiesbaden 2018, s. 9-10.

⁵⁶ *Op. cit.* T. F. Weigel, *Qualität in der Medizin...*, s. 27.

⁵⁷ G. Maio, „*Ich tue das Richtige nur gegen Belohnung*“. *Eine Kritik an Pay-for-Performance in der Psychiatrie*, *Der Nervenarzt* 11/2015, s. 1356.

znaczenia jest także sam dobór i jakość wskaźników, „w związku z czym potrzebne są wskaźniki jakości do zapewnienia jakości wskaźników jakości”.⁵⁸ Zauważa się także, że np. wskaźnik szybkości przeprowadzenia operacji od wykrycia choroby może doprowadzić do „ekspresowego operowania za wszelką cenę”, co może nie być wcale dla pacjenta odpowiednie.⁵⁹ W konsekwencji zauważa się, że nowoczesny koncept jest nazbyt prostym podejściem do zdecydowanie skomplikowanego problemu.⁶⁰ Niektóre opinie są wręcz skrajnie negatywne⁶¹, co nie jest jednak zaskakujące. Mierzenie jakości usług szpitalnych jest jednak w dzisiejszych czasach, przynajmniej w pewnej części, jak najbardziej możliwe.⁶² Wyraźnego podkreślenia wymaga, że od 2022 r. także w Polsce ma dojść do oceniania placówek medycznych przez pryzmat jakości świadczonych usług, a więc z wykorzystaniem w tym celu systemu wskaźników odnoszących się do następujących obszarów: klinicznego, konsumenckiego oraz zarządczego.⁶³

Umowy wskaźnikowe znalazły zastosowanie również w **utrzymaniu dróg publicznych**. Pierwszym krajem, w którym implementowano *performance-based road maintenance contract*, była Brytyjska Kolumbia (1988 r.), a w kolejnych latach umowy te zyskały bardzo szerokie uznanie, i rozprzestrzeniły się praktycznie na całym świecie.⁶⁴

⁵⁸ W oryginale: „Dies führt dazu, dass Qualitätsindikatoren für die Qualität der Qualitätsindikatoren gefordert werden“, *op. cit.* T. F. Weigel, *Qualität in der Medizin...*, s. 30 z odwołaniem się do dalszej literatury.

⁵⁹ *Op. cit.* T. F. Weigel, *Qualität in der Medizin...*, s. 34-35 z odwołaniem się do opinii Deutsche Gesellschaft für Neurologie.

⁶⁰ N. Hermanns, *Pay for Performance – ein Modell für die Diabetesbehandlung?*, *Der Diabetologe* 2/2011, s. 114.

⁶¹ Por. np. M. Pieper, *Pay for performance: Denn sie wissen nicht, was sie tun*, *Orthopädie & Rheuma* 4/2015, s. 3.

⁶² Por. Chr. Scheu, *Qualität messen & verbessern – Methodenübersicht*, 2016, s. 29, https://www.bbdk.de/vortraege-archiv.html?file=files/bbdk/dokumente/fruehjahrenskolloquium/vortraege_2016/vortrag_scheu.pdf [dostęp 07.09.2019].

Także w innych krajach europejskich jak np. Szwajcarii (por. U. M. Rieger, A. Prengel, S. Burla, M. Rüdiger, G. Pierer, M. Heberer, *Von der Kostenerstattung zur leistungs- und ergebnisorientierten Vergütung - Eine Analyse des schweizerischen Gesundheitswesens mit Fokus auf dem stationären Bereich*, *Praxis* 2009, t. 98, s. 1499-1509), implementowanie nowoczesnego konceptu jest prawdopodobne, natomiast w innych państwach jak np. w USA, koncepcja ta już funkcjonuje.

⁶³ Por. *Ustawa o jakości w ochronie zdrowia trafi do konsultacji publicznych*, Ministerstwo Zdrowia 2021, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/ustawa-o-jakosci-w-ochronie-zdrowia-trafi-do-konsultacji-publicznych> [dostęp 07.09.2021]; J. Ojczyk, *Jest projekt ustawy o jakości w ochronie zdrowia*, 2021, <https://www.prawo.pl/zdrowie/projekt-ustawy-o-jakosci-w-ochronie-zdrowia,509611.html> [dostęp 07.09.2021].

⁶⁴ G. Zietlow, *Cutting Costs and Improving Quality through Performance-Based Road Management and Maintenance Contracts - The Latin American and OECD Experiences*, University of Birmingham (UK), Senior

§ 5. Geneza stosowania umów typu *performance-based contract*

Przedmiotowe umowy, bez względu na ich konkretny przedmiot oraz sektor w którym są stosowane, stanowią przede wszystkim swoiste panaceum na problem niezwykle doniosły, a zarazem charakterystyczny dla umów o świadczenie usług koncentrujących się wyłącznie na starannym działaniu, a nie na konkretnych rezultatach, a więc na immanentne trudności z oceną, czy w danej sprawie doszło do niewykonania lub też nienależytego wykonania zobowiązania. W ramach umów o świadczenie usług istotną trudnością jest bowiem podstawowe ustalenie, jakiej jakości świadczenia mógł, zgodnie z realiami danej branży, uwzględniając obecny stan wiedzy oraz inne czynniki, oczekiwać zamawiający od wykonawcy.⁶⁵ W praktyce często powoduje to konieczność powoływania biegłych sądowych, co jest problematyczne i obciążone niepewnością.⁶⁶

W umowach o świadczenie usług jakość świadczenia niepieniężnego mającego za przedmiot usługi jest pojęciem o rozmytych granicach oraz podlegającym subiektywizacji, a przez co *in casu* trudnym do uchwycenia. Powstaje zatem ogólne pytanie, czy jakość przedmiotowego świadczenia (jakość usługi) powinno się rozumieć jako jego zgodność z wymaganiami (ale jakimi?), a może stopień zadowolenia zamawiającego, czy też zespół cech powodujących to zadowolenie?⁶⁷ Z punktu widzenia nauki o zarządzaniu można przybrać różne perspektywy badania jakości usługi.⁶⁸ Warto jednak zauważyć,

Road Executives Courses 2011, s. 2-4, <http://www.performance-based-road-contracts.com/> [dostęp 13.09.2019]. Szerokie omówienie początków i światowej ekspansji umów typu *performance-based road maintenance contracts* por. *op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 275-280.

⁶⁵ W przypadku umów przenoszących prawa do rzeczy oznaczonych co do gatunku jakość świadczenia została wskazana w ustawie (por. art. 357 k.c.).

⁶⁶ Chociażby ze względu na solidarność zawodową biegłych, por. *op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.), D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 579-580.

⁶⁷ Tak w ramach rozważań nad jakością usług medycznych M. Dobska, P. Dobski, *Zarządzanie jakością w podmiotach leczniczych*, Warszawa 2012, s. 79.

⁶⁸ W niniejszej pracy kilkakrotnie będę się odwoływał do ustaleń naukowych zaprezentowanych na gruncie nauk o zarządzaniu, gdyż odniesienie się do ustaleń badawczych z innych dziedzin i dyscyplin naukowych umożliwiłoby wzbogacenie wykładni prawa, a więc może w konsekwencji powodować wzrost użyteczności oraz wiarygodności pracy naukowej z dziedziny prawa, por. *op. cit.* D. van Kędzierski, *Metodologia i paradygmat...*, s. 28.

że pewne usługi można bez większego problemu poddać standaryzacji, co też stało się w ramach diagnostyki w branży motoryzacyjnej, natomiast inne usługi właściwie również można by poddać standaryzacji, jednak jest to zadanie utrudnione - np. usługi prawne czy medyczne zdają się wymykać takim zabiegom.⁶⁹ Ocena jakości usługi jest zdecydowanie bardziej problematyczna niż ocena jakości nabywanego produktu, między innymi dlatego, że zamawiający często sam staje się w pewnym sensie współtwórcą usługi, a nie jest jedynie biernym adresatem świadczenia.⁷⁰

W ramach umowy wskaźnikowej dokładnie ustalony zostaje standard usługi, a więc oczekiwana jakość świadczenia. Transparentne jest więc ustalenie, kiedy doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, ponieważ rezultat stanowi treść zobowiązania wykonawcy. Możliwy jest więc realny i zarazem obiektywny pomiar jakości usługi. Co ważne, do takiego ustalenia nie ma już potrzeby powoływania biegłych dysponujących specjalistyczną wiedzą, ponieważ przeprowadzenie oceny jest transparentne, a zarazem „zerojedynkowe”.

§ 6. Zalety oraz wady modelu *performance-based contract*

Zalety oraz wady modelu wskaźnikowego przedstawione zostaną przy założeniu, że mamy do czynienia z zamawiającym będącym podmiotem publicznym oraz prywatnym wykonawcą (jak to ma miejsce np. w ramach zlecenia prywatnym jednostkom utrzymywania dróg publicznych).

W literaturze wskazuje się, że z punktu widzenia zamawiającego będącego podmiotem publicznym do zalet modelu wskaźnikowego zaliczyć należy: potencjał

⁶⁹ *Op. cit.* M. Dobska, P. Dobski, *Zarządzanie jakością...*, s. 65; co do problematyki zapewniania jakości usług medycznych por. np. A. Ekkernkamp, H. Haeske-Seeberg, *Qualitätssicherung in der Chirurgie. Konkreter Nutzen oder Buch mit sieben Siegeln?*, *Der Chirurg* 1/1999, s. 102–112.

⁷⁰ *Op. cit.* M. Dobska, P. Dobski, *Zarządzanie jakością...*, s. 70.

obniżenia kosztów kapitałowych, potencjał odciążenia budżetu, potencjał zwiększenia elastyczności, potencjał polepszenia jakości, potencjał zmniejszenia ryzyk, potencjał zyskania dostępu do zewnętrznych zasobów oraz skoncentrowanie się na zadaniach podstawowych. Z tej też perspektywy ujawniają się następujące wady: mamy do czynienia z ryzykiem zależności od wykonawcy i związania się z nim w dłuższym okresie, ryzykiem ekonomicznym, ryzykiem utraty *know-how* oraz ryzykiem oporów wewnętrznych.⁷¹

Z kolei z punktu widzenia prywatnego wykonawcy do zalet należy zaliczyć: potencjał rozwoju rynku, potencjał zdobywania klientów, potencjał związania klientów, potencjał zwiększenia dochodów oraz potencjał wprowadzania innowacyjności. Wady to: ryzyko ekonomiczne, ryzyko wydajności technicznej, ryzyko związane z zachowaniem zamawiającego oraz trudność oszacowania ryzyk.⁷²

Na płaszczyźnie konstrukcyjnej umowy wskaźnikowej warto z kolei zauważyć, że umowa taka najczęściej zawierana jest na dłuższy czas, a nie na wykonanie wyłącznie pojedynczego zadania. Choć jej przedmiot może być zupełnie różny, bardzo często będzie to umowa skomplikowana i wielopłaszczyznowa, a więc składająca się z kilku elementów o różnym charakterze prawnym. Z punktu widzenia nauk prawnych najistotniejszą wadą takiej konstrukcji umownej jest więc daleko sięgająca niepewność prawna co do kwalifikacji prawnej oraz stosowania prawa do zawieranych umów (w szczególności co do terminu przedawnienia roszczeń, którego skutecznie nie można uregulować w samej umowie, a także co do zasad rządzących zakończeniem umowy, przede wszystkim jej ewentualnym rozwiązaniem na podstawie k.c.). Przy punktowym zleceniu poszczególnych czynności (np. robót utrzymaniowych na drodze) w ramach oddzielnych umów, kwalifikacja prawna danego kontraktu, a w konsekwencji stosowanie do niego odpowiednich przepisów k.c., jest znacznie bardziej transparentna niż w przypadku swoistego konglomeratu umów w ramach jednej kompleksowej umowy. Powyższa wada stała się podstawowym

⁷¹ *Op. cit.* A. H. Glas, *Public Performance-based...*, s. 169.

⁷² *Op. cit.* A. H. Glas, *Public Performance-based...*, s. 169.

przyczynkiem do podjęcia się napisania przedmiotowej pracy badawczej. Z praktycznego punktu widzenia (w istocie zamawiającego) wadą umów wskaźnikowych jest zarazem fakt, że stworzenie wzoru takiej umowy jest niezwykle czasochłonne, gdyż już na etapie tworzenia dokumentacji przetargowej trzeba przewidzieć możliwe odstępstwa od warunków umownych (rezultatów) i usankcjonować je konkretną ilością stosownych punktów, przekładających się ostatecznie na obniżenie wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy. Należy zarazem odnotować, że w stosunku do umów o charakterze usługowym koncentrujących się na metodach dojścia do zakładanych celów kontraktowych (ang. *method-based, input-based*), przewaga umów wskaźnikowych koncentrujących się na rezultatach wynika przede wszystkim z niedoskonałości tych pierwszych.⁷³ W ramach umów wskaźnikowych transparentna jest bowiem ocena, czy doszło do niewykonania bądź też do nienależytego wykonania umowy, gdyż rezultat stanowi treść zobowiązania wykonawcy.

Na koniec wskazuję jeszcze, że zlecenie prywatnym jednostkom wykonywania zadań publicznych (np. utrzymywania dróg publicznych) jest przykładem prywatyzacji wykonywania zadań publicznych.⁷⁴ Proces ten następuje na podstawie umów cywilnoprawnych, a nie publicznoprawnych.⁷⁵ Podane wyżej jako przykładowe zlecenie prywatnym jednostkom utrzymywania dróg publicznych z punktu widzenia nauk prawnych nie jest więc formą *outsourcingu* usług. Według prawnej definicji umowy outsourcingowej przyjętej przez W. Robaczyńskiego, *outsourcing* polega bowiem na „zawarciu umowy, na podstawie której powierzający powierza, w ramach prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa, wykonanie określonych usług związanych z prowadzeniem

⁷³ Por. wyszczególnienie wad opisu świadczenia wykonawcy poprzez kryterium metody zawarte w *op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 7, 9-10.

⁷⁴ Co do pojęcia prywatyzacji wykonywania zadań publicznych patrz D. Cendrowicz, *Prywatyzacja form wykonywania zadań publicznych w sferze pomocy społecznej. Uwagi na tle funkcjonowania niepublicznych domów pomocy społecznej*, [w:] J. Blicharz (red.), R. Raszevska-Skałeczka (red.), *Efektywność ekonomiczna jako cel prywatyzacji zadań z zakresu administracji świadczącej. Studium prawn-administracyjne*, Wrocław 2020, s. 74-76 oraz T. Kocowski, *Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych*, [w:] J. Blicharz (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Wrocław 2012, s. 54-58.

⁷⁵ Por. *op. cit.* T. Kocowski, *Prywatyzacja zarządzania...*, s. 57.

przedsiębiorstwa podmiotowi zewnętrznemu, zaś przyjmujący usługi do wykonania zobowiązuje się wykonać je w zamian za wynagrodzenie.”⁷⁶ W literaturze zauważa się, że do zasadniczych elementów umowy *outsourcingowej* zalicza się przede wszystkim: zakres usług, które ma świadczyć przyjmujący (opis zakresu prac zleconych; ang. *scope of work, statement of work*), porozumienie w zakresie poziomu (jakości) świadczonych usług (ang. *service level agreement*, w skrócie: SLA), sposoby komunikacji stron, zasady monitorowania i raportowania przebiegu realizacji zobowiązania, reguły wynagradzania przyjmującego oraz naliczania kar umownych za niedotrzymanie warunków kontraktu, a ponadto zasady dotyczące bezpieczeństwa wymiany danych i odpowiedzialności stron umowy.⁷⁷ W związku z powyższym należy stwierdzić, że pomiędzy umową *outsourcingu* oraz umową wskaźnikową zawieraną pomiędzy zamawiającym będącym podmiotem publicznym oraz prywatną jednostką występują istotne podobieństwa. Zalety oraz wady *outsourcingu* usług (umów *outsourcingowych*) są więc w pewnej mierze aktualne także w sytuacji gdy np. zarządca publicznej drogi zleca jej utrzymywanie prywatnej spółce w modelu wskaźnikowym.⁷⁸

⁷⁶ W. Robaczyński [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, tom 9, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 485.

⁷⁷ Tak D. Nadolna, *Outsourcing procesów biznesowych jako metoda zarządzania w przedsiębiorstwie*, *Studia Ekonomiczne* 2014, t. 202, s. 74 przywołując po części M. Tomkiewicz, *Idealny dostawca usług outsourcingowych – jasne kryteria i dobra komunikacja*, *Harvard Business Review Polska*, czerwiec 2008, s. 142; podobnie A. Malarewicz-Jakubów, R. Tanajewska, *Prawne i Ekonomiczne Aspekty Outsourcingu*, *Optimum. Studia Ekonomiczne* 4/2014, s. 239, przy czym ostatnie Autorki oprócz dwóch pierwszych pozycji oraz wynagrodzenia wymieniają: warunki zarządzania procesem, postanowienia sektorowe, regulacje odnoszące się do własności intelektualnej, okres obowiązywania umowy, warunki jej wypowiedzenia, postanowienia odnoszące się do podwykonawców a ponadto właściwość sądu; zasadniczo analogiczne elementy wymienia się także w literaturze zagranicznej – por. przykładowo R. L. Click, T. N. Duening, *Business Process Outsourcing. The Competitive Advantage*, Hoboken 2005, s. 116.

⁷⁸ Co do zalet oraz wad *outsourcingu* usług patrz np. *op. cit.* R. L. Click, T. N. Duening, *Business Process Outsourcing ...*, s. 112 oraz *op. cit.* D. Nadolna, *Outsourcing procesów biznesowych ...*, s. 75.

§ 7. Umowa o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych jako podstawowy przykład umowy typu *performance-based contract*

I. Wprowadzenie oraz uporządkowanie pojęć

Jak wskazano we wstępie, niniejsza praca koncentruje się wyłącznie na umowach wskaźnikowych w sektorze utrzymania dróg publicznych. Ograniczenie tematyczne było konieczne, ponieważ przedmiot umów wskaźnikowych może być zupełnie różny. Z prawnego punktu widzenia nie sposób natomiast jednakowo oceniać umów tego typu zawieranych w różnych sektorach – inne podejście wymagane jest do umowy wskaźnikowej w sporcie, inne do analogicznej umowy zawieranej w celu świadczenia usług zdrowotnych, a jeszcze inne gdy na podstawie przedmiotowego kontraktu zleca się utrzymywanie dróg publicznych. W związku z powyższym jako podstawowy przykład umowy wskaźnikowej wybrałem umowę o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych. Prawdopodobnie jest to jedna z najbardziej skomplikowanych umów wskaźnikowych, gdyż z punktu widzenia prawa polskiego już *prima facie* wydaje się łączyć cechy (zawierać elementy) tak umowy o dzieło, jak i umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c., a ponadto umowy o roboty budowlane.

W tym miejscu konieczne jest więc uporządkowanie podstawowych pojęć, które będą stosowane w dalszej części pracy. „Umowa typu *performance-based contract*/wskaźnikowa o kompleksowe utrzymanie dróg” oznaczała będzie umowę koncentrującą się na rezultatach i z osiągnięcia tych rezultatów „rozliczającą” wykonawcę, aczkolwiek z ograniczeniem wyłącznie do umów zawieranych w sektorze infrastruktury drogowej (umów o utrzymanie dróg). „Utrzymanie drogi” należy rozumieć jako wykonywanie robót konserwacyjnych, porządkowych i innych zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa i wygody ruchu, w tym także odśnieżanie i zwalczanie

śliskości zimowej (art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych⁷⁹, dalej w skrócie: ustawa o drogach publicznych). „Czynności utrzymaniowe” oznaczały będą w konsekwencji wszelkie aktywności podejmowane przez podmiot zobowiązany do utrzymania drogi i zmierzające do zwiększenia bezpieczeństwa i wygody ruchu, w szczególności roboty konserwacyjne i porządkowe, a także odśnieżanie i zwalczanie śliskości zimowej.⁸⁰ Pojęcie „droga” oznacza budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym⁸¹ (art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych). „Drogą publiczną” jest natomiast droga zaliczona na podstawie ustawy o drogach publicznych do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych (art. 1 ustawy o drogach publicznych). „Zarządzanie drogą” to z kolei wykonywanie czynności z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg, a ponadto wykonywanie poszczególnych zadań należący do zarządcy drogi określonych w art. 20 i n. ustawy o drogach publicznych. „Zarządca drogi” oznacza podmiot do którego właściwości należą sprawy z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg (art. 19 ust. 1 ustawy o drogach publicznych). Za „Wykonawcę” należy natomiast rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną, o której mowa w art. 33¹ § 1 k.c., prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową, której na podstawie umowy cywilnoprawnej powierza się wykonywanie zadania publicznego w postaci utrzymywania drogi publicznej.

⁷⁹ T.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 470 ze zm.

⁸⁰ Dodatkowo por. definicje słowa „utrzymywać” w słowniku języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/utrzymyvac;5513089.html> [dostęp 18.10.2019] oraz słowniku języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/utrzymyvac.html> [dostęp 18.10.2019].

⁸¹ „Pas drogowy” oznacza wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą (art. 4 pkt 1 ustawy o drogach publicznych).

II. Ewolucja podstaw prawnych utrzymywania dróg publicznych

Utrzymywanie dróg publicznych przeszło w ostatnich latach znaczne przemiany. Drogi zalicza się do kategorii dóbr publicznych, w związku z czym muszą być one powszechnie dostępne dla ich użytkowników.⁸² Aby sprostać temu zadaniu zarządcy dróg początkowo sami wykonywali wszelkie niezbędne prace utrzymaniowe (**etap sił własnych**). Z biegiem czasu zaczęło dochodzić do wykonywania poszczególnych prac (np. częściowego remontu jezdni) przy pomocy prywatnych podmiotów (**etap prac zleconych**). Taka strategia okazała się być adekwatna do potrzeb, gdyż prywatne jednostki szybko i profesjonalnie wykonywały zlecane im roboty utrzymaniowe. W ostatnich latach stwierdzono jednak, że wykonywanie poszczególnych robót przy pomocy prywatnych podmiotów jest zdecydowanie uciążliwe, w związku z czym odpowiedniejsze i zarazem tańsze może być powierzenie prywatnym jednostkom wykonywania co do zasady wszystkich czynności utrzymaniowych (prywatyzacja wykonywania zadań publicznych). Powyższe realizuje się poprzez zawieranie z podmiotami prywatnymi kompleksowych, długoterminowych umów utrzymaniowych koncentrujących się na rezultatach (**etap performance-based contract**).⁸³

III. Powody wprowadzenia umów wskaźnikowych w sektorze infrastruktury drogowej

W literaturze wskazuje się, że głównymi powodami wdrożenia nowego modelu umownego w sektorze infrastruktury drogowej były: redukcja kosztów utrzymania dróg, zapewnienie transparentności co do warunków utrzymania tak użytkownikom dróg, administracji drogowej jak i wykonawcom, zwiększenie kontroli nad standardami jakości oraz polepszenie kondycji dróg oraz satysfakcji ich użytkowników.⁸⁴

⁸² I. Sierpowska, *Drogi publiczne jako kategoria dobra publicznego – w świetle poglądów doktryny i rozwiązań normatywnych* [w:] M. Sadowski (red.), P. Szymaniec (red.), *Własność - idea, instytucje, ochrona*, Studia Erasmiana Wratislaviensia, Zeszyt III, Wrocław 2009, s. 309 i n.

⁸³ Por. szerzej *op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 273-275, 281 i n.

⁸⁴ *Op. cit.* G. Zietlow, *Cutting Costs...*, s. 4.

Jednym z głównych celów zastosowania nowatorskiego modelu umownego polegającego na kompleksowym i wieloletnim zleceniu czynności utrzymaniowych prywatnym przedsiębiorcom na podstawie pojedynczej umowy jest więc polepszenie (lub ewentualnie zachowanie dotychczasowej) jakości infrastruktury drogowej, przy jednoczesnym zmniejszeniu (lub ewentualnie zachowaniu dotychczasowych) kosztów jej obsługi. Z założenia długoterminowy kontrakt powinien być przede wszystkim tańszy, niż wykonywanie prac własnymi siłami, realizacja poszczególnych robót przy pomocy prywatnych podmiotów lub nawet i umów zawieranych na dłuższe okresy, jednak koncentrujących się na samej pracy wykonawcy jako takiej, a nie na jej rezultatach (ang. *method-based, input-based contract*).⁸⁵ Założenie leżące u podstaw umowy wskaźnikowej można więc ująć z perspektywy ekonomicznej – w ramach takiego kontraktu zamawiający płaci jedynie za ostateczną wartość świadczeń, które otrzymuje od wykonawcy w ramach umowy, a więc jedynie za konkretne rezultaty jakościowe, a nie za samą pracę wykonawcy jako taką (niedookreślone „staranne działanie”).

Wykorzystanie umów wskaźnikowych faktycznie przynosi realne oszczędności dla zarządców dróg. Przykłady odnotowanych w praktyce redukcji kosztów: 1) Australia – oszczędności na poziomie od około 20% do około 30%⁸⁶, 2) Brytyjska Kolumbia - około

⁸⁵ Opis świadczenia wykonawcy koncentrujący się na samej pracy jako takiej, a więc przede wszystkim na konkretnych metodach jakie należy wykorzystać, aby osiągnąć zakładane cele kontraktowe (ang. *method-based, input-based*), jest podejściem tradycyjnym chociażby w USA, które to było stosowanie w sektorze drogowym przed ewolucją w kierunku opisu świadczenia skoncentrowanego na wynikach (ang. *performance-based*), por. *op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 3, 5. W USA w 2013 r. ta tradycyjna metoda nadal była dominująca w zakresie projektowania oraz budowy (ang. *design and construction*, *tenże*, s. 6), jednakże w ramach utrzymywania dróg na szeroką skalę używa się *performance specifications* (*tenże*, s. 12). Wskazuje się, że w kontraktach typu *method-based* wykonawca najczęściej otrzymuje pełne wynagrodzenie za wykonane prace, bez względu na faktyczną jakość tych prac (*tenże*, s. 7).

⁸⁶ R. Wirahadikusumah, B. Susanti, V. Coffey, Ch. Adighibe, *Performance-based Contracting for Roads – Experiences of Australia and Indonesia*, *Procedia Engineering* 2015, t. 125, s. 7–9, <https://www.infona.pl/resource/bwmeta1.element.elsevier-8b9715bc-7c14-30c8-8c75-8e684e0a4f0b> [dostęp: 30.08.2017]; World Bank, *Performance-based contracting of roads assets: Performance-based Contracting for Roads in Australia, Australia Case Study*, 2006, http://www-esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Case-Australia.htm [dostęp: 30.08.2017].

10%⁸⁷, 3) Finlandia – ponad 30%⁸⁸, 4) Nowa Zelandia – około 30%⁸⁹, 5) USA – Stan Wirginia (około 17%), Floryda (około 15%)^{90, 91}

Umowy wskaźnikowe w utrzymaniu dróg publicznych mają jednak znacznie głębsze uzasadnienie niż wyłącznie o podłożu ekonomicznym. Implementując w Polsce nowy rodzaj umów, brano pod uwagę potrzebę spełnienia celów aż w trzech kluczowych obszarach: finansowym, zarządczym oraz zewnętrznym.⁹² Poprzez zastosowanie przedmiotowych umów możliwe staje się ponadto osiągnięcie celów (postulatów) o charakterze strategicznym, takich jak: profesjonalizacja zarządów dróg, spójna strategia zarządzania utrzymaniem oraz traktowanie użytkowników dróg jako faktycznego interesariusza.⁹³ Wykorzystanie umów wskaźnikowych jest wręcz rekomendowane przez środowiska eksperckie, jeżeli dochodzi do prywatyzacji wykonywania zadania publicznego w postaci utrzymywania dróg.⁹⁴ Co niezwykle istotne, tak polscy zarządcy jak i wykonawcy zgodnie uważają, że umowy wskaźnikowe wykazują liczne zalety.⁹⁵

⁸⁷ World Bank, *Performance-based Contracting for Roads in Canada*, 2006, http://www-esd.worldbank.org/abc_resource_guide/Case-Canada.htm [dostęp: 30.08.2017].

⁸⁸ *Op. cit.* N. Stankevich, N. Qureshi, C. Queiroz, *Performance-based...*, s. 6 i przywoływane tam źródło. W przedmiotowej publikacji znajdziemy dane także o innych państwach takich jak np. Holandia czy Estonia.

⁸⁹ World Bank, *Performance-based Contracting for Roads in New Zealand, New Zealand Case Study*, 2006, http://www-esd.worldbank.org/abc_resource_guide/Case-New%20Zealand.htm [dostęp: 30.08.2017].

⁹⁰ World Bank, *Performance-based Contracting for Roads in USA, USA Case Study*, 2006, http://www-esd.worldbank.org/abc_resource_guide/Case-USA.htm [dostęp: 30.08.2017].

⁹¹ Dokładne dane traktujące o oszczędnościach finansowych są jednak różne. Przykładowo w Asian Development Bank, *Guide to performance-based road maintenance contracts*, 2018, s. 2, <https://www.carecprogram.org/uploads/Guide-Performance-Based-Road-Maintenance-Contracts.pdf> [dostęp: 15.09.2019], powołując się na dalsze źródło wskazano, że w Australii oszczędności wyniosły 10-40%, Brazylii 15-35%, Kanadzie około 20%, Estonii 20-40%, Finlandii 18%, Holandii 30-40%, Nowej Zelandii 15-38%, USA 10-15%; sama Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wskazuje na oszczędności wynoszące około 30%, por. GDDKiA, *Utrzymaj standard – nowy i efektywny model bieżącego utrzymania dróg w regionie świętokrzyskim*, 2013, <https://www.gddkia.gov.pl/pl/a/12293/Utrzymaj-standard-nowy-i-efektywny-model-biezacego-utrzymania-drog-w-regionie-swietokrzyskim> [dostęp 04.07.2020].

⁹² Por. szerzej *op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 283-284.

⁹³ Por. szerzej *op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 285-286; patrz też K. Markowski, *Utrzymaj standard model gdański jako alternatywny system utrzymania dróg krajowych podsumowanie I. roku wdrożenia*, 2017, s. 2 i n., https://kongresdrogowy.pl/files/upload/model%20gdański%20I%20rok_Pomorskie%20Forum%20Drogowe_czerwiec%202017.pdf [dostęp 08.07.2019] oraz N. Wyrwich, *Perspektywy ewolucji sposobów zarządzania drogami w Polsce*, 2018, s. 8, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_NWyrwich.pdf [dostęp 16.08.2019].

⁹⁴ J. Archutowska, J. Pieriegud, *Efektywność zarządzania utrzymaniem dróg krajowych w Polsce*, Warszawa 2012, s. 88.

⁹⁵ R. Wilgusiak, *Rewolucja w zarządzaniu utrzymaniem*, wywiad z K. Markowskim Zastępcą Dyrektora ds. Zarządzania Drogami i Mostami w GDDKiA Oddział Gdańsk, Infrastruktura 1-2/2018, s. 44-50; M. Rogoziński, *Kredyt zaufania dla wykonawców*, Infrastruktura 1-2/2018, s. 51-53; *op. cit.* K. Markowski,

Również w literaturze zagranicznej zaobserwować można pozytywny odbiór umów wskaźnikowych w utrzymaniu dróg. Jako zalety utrzymywania dróg na podstawie przedmiotowych umów wskazuje się: redukcję kosztów utrzymania dróg poprzez zastosowanie bardziej wydajnych procesów organizacji pracy oraz użycie efektywniejszych technologii, wprowadzenie przejrzystości dla użytkowników i zarządców dróg oraz podmiotów odpowiedzialnych za utrzymanie infrastruktury drogowej co do standardów w ramach których drogi mają być utrzymywane, zmniejszenie szans na wystąpienie korupcji, wzmocnienie kontroli oraz wymagalności standardów jakościowych, zredukowanie wysiłków administracyjnych oraz polepszenie ogólnego stanu infrastruktury drogowej wraz ze zwiększeniem zadowolenia użytkowników dróg.⁹⁶

Na koniec należy jednak odnotować, że prywatyzacja wykonywania zadań publicznych w niektórych źródłach uważana jest za tendencję niekoniecznie korzystną.⁹⁷ W tym miejscu przywołać warto przykład Gdyni, w której to ostatecznie stwierdzono, że prywatyzacja utrzymania dróg nie jest korzystna dla miasta, a wykonywanie czynności utrzymaniowych siłami własnymi z punktu widzenia zarządcy drogi będzie lepszym wyborem.⁹⁸

Utrzymaj Standard model gdański..., s. 14-15; wypowiedzi przedstawicieli wykonawców podczas debaty na III Pomorskim Forum Drogowym, która odbyła się w dniu 05.06.2018 r. w Sopocie, zapis debaty dostępny na <https://kongresdrogowy.pl/files/upload/debata%20sopot.pdf> [dostęp 16.08.2019].

⁹⁶ M. Sultana, A. Rahman, S. Chowdhury, *An Overview of Issues to Consider Before Introducing Performance-Based Road Maintenance Contracting*, World Academy of Science, Engineering and Technology 2012, t. 62, s. 350-351, http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/47138/78055_1.pdf;sequence=1 [dostęp 06.06.2019]; *op. cit.* G. Zietlow, *Cutting costs...*, s. 2; N. Stankevich, N. Qureshi, C. Queiroz, *Performance-based Contracting for Preservation and Improvement of Road Assets*, World Bank, Washington, DC 2005, s. 2, http://www-esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Docs-latest%20edition/PBC/trn_27_PBC_Eng_final_2005.pdf [dostęp: 26.11.2017]; *op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...*, s. 2-4. W celu zapoznania się z dalszymi wnioskami wynikającymi z zawierania przedmiotowych umów por. np. M. Bull, R. Brekelmans, L. Wilson, *Lessons learned in output and performance-based road maintenance contracts*, Public-Private Infrastructure Advisory Facility Issue Brief 2014, <https://ppiaf.org/documents/2065/download> [dostęp 03.05.2020].

⁹⁷ Por. np. H. Bauer, *Privatisierung oder Publizisierung? Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse* [w:] H. Bauer, M. Szewczyk, B. Popowska, M. Meier, A. Fuks (red.), *Publizisierung öffentlicher Aufgaben*, s. 31.

⁹⁸ Utrzymanie dróg przez same miasto przy użyciu osiemnastu sprofilowanych pojazdów „(...) zapewni nam wysoką jakość, niezależność, elastyczność i przede wszystkim wydajność. Szacujemy, że w ciągu 2-3 lat jego funkcjonowania, zaoszczędzimy nawet 10 mln zł. (...) Niezwykle ważne są także aspekty związane z ekologią. Już wkrótce to miasto będzie decydować o stopniu zasolenia ulic.” – wiceprezydent Gdyni Marek Łucyk cytowany w *Gdynia zaoszczędzi. Nowy model utrzymania dróg*, Ratusz 29 listopada-5 grudnia 2019 (nr 1389), s. 2.

IV. Utrzymywanie dróg publicznych przy użyciu umowy wskaźnikowej – podstawowe założenia oraz funkcje

Z praktycznego punktu widzenia nowoczesny model umowy przede wszystkim stanowi odejście od utartego podejścia do utrzymania dróg, opartego na każdorazowym zleceniu wykonawcy wykonywania poszczególnych czynności utrzymaniowych (poszczególnych usług) odrębnymi umowami, gdy tylko zarządca drogi ma taką potrzebę. W analizowanym modelu dochodzi więc do konsolidacji wielu usług w ramach jednej umowy zawieranej na dłuższy czas⁹⁹. Ponadto w tym modelu zarządca, zamiast płacić za samą pracę wykonawcy jako taką, płaci za konkretne rezultaty tej pracy, a wręcz za swoisty **rezultat ciągły**, polegający na nieprzerwanym dostarczaniu bezpiecznej, przejezdnej, a zarazem estetycznej infrastruktury drogowej. Przedmiotowy rezultat ciągły jest zarazem istotą i celem gospodarczym umowy – zamawiającemu nie zależy bowiem na poszczególnych czynnościach utrzymaniowych jako takich, ale na ciągłym utrzymywaniu określonego z góry standardu jakościowego.

Zlecenie prywatnemu wykonawcy wykonywania zadania publicznego w postaci utrzymywania drogi następuje na podstawie długoterminowej i kompleksowej umowy, w ramach której wykonawca jest zmotywowany do spełniania konkretnych wymagań stawianych mu przez zarządcę drogi (w istocie utrzymywania określonego rezultatu ciągłego), przy jednoczesnym zmniejszeniu ostatecznych kosztów utrzymania infrastruktury drogowej. Im więcej zamawiający będzie jednak wymagał od wykonawcy w kwestii poziomu usługi (ang. *service level*), tym wynagrodzenie podmiotu prywatnego będzie musiało być wyższe.

⁹⁹ Umowy utrzymaniowe są zawierane zazwyczaj na kilka lat, por. World Bank, *Procurement of works and services under output-and performance-based road contracts and sample specifications. Sample bidding documents*, Washington, D.C. 2006 [aktualizacja z 2009 r.], s. 5, <http://documents.worldbank.org/curated/pt/265661468157785381/pdf/567550WP0sample1Box353732B01PUBIC11.pdf> [dostęp 16.10.2019]. Na świecie znane są jednak kontrakty tak znacznie dłuższe (np. 25 lat) jak i bardzo krótkie, por. E. Bagińska, M. Kosmol, *Optymalny okres obowiązywania umów typu „utrzymaj standard”*, Magazyn Autostrady 10/2018, s. 80-82.

Umowa wskaźnikowa wskazuje minimalne wymagania dotyczące określonych składników infrastruktury drogowej jak np. właściwości drogi, mostów, urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, itd. W ramach takiego kontraktu wykonawca zobowiązuje się utrzymywać ww. składniki na równi lub ponad określoną umownie granicą jakościową.¹⁰⁰ Kontrakt określa więc każdorazowo pewien minimalny standard jakościowy który powinien być stale utrzymany. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca ulepszył dany składnik infrastruktury drogowej, poziom usługi (ang. *service level*) nie może jednak spaść poniżej ustalonej w umowie granicy. Jeżeli wykonawcy nie uda się dochować ustalonego standardu utrzymania, wypłata wynagrodzenia za dany okres rozliczeniowy może w ogóle nie nastąpić.¹⁰¹

Jak wskazywałem już wyżej, dzięki umowom wskaźnikowym miało dojść do traktowania użytkowników dróg jako faktycznych interesariuszy, profesjonalizacji zarządów dróg oraz wprowadzenia spójnej strategii zarządzania utrzymaniem w skali całego kraju. Ponadto brano pod uwagę potrzebę spełnienia celów aż w trzech obszarach: finansowym, zarządczym oraz zewnętrznym.

Z prawnego punktu widzenia umowa wskaźnikowa ma jednak przede wszystkim ułatwiać ewentualną ocenę, czy doszło do niewykonania lub też nienależytego wykonania zobowiązania. Na gruncie przedmiotowych umów jest to zadanie stosunkowo łatwe, gdyż ustalony rezultat może być albo spełniony („1”) albo też niespełniony („0”). Co również istotne, konsekwencje niewykonania lub też nienależytego wykonania zobowiązania (nieosiągnięcia ustalonego rezultatu) są precyzyjnie określone przez samą umowę - kontrakt statuuje bowiem o jaką dokładnie kwotę można obniżyć wynagrodzenie bazowo należne

¹⁰⁰ *Op. cit.* G. Zietlow, *Cutting costs...*, s. 2.

¹⁰¹ *Op. cit.* M. Sultana, A. Rahman, S. Chowdhury, *An Overview...*, s. 350. W praktyce występują także mieszane kontrakty wskaźnikowe, które w pewnych okolicznościach wprowadzają dodatkowo tradycyjne zasady wynagradzania zależne np. od poświęconego czasu i materiałów (ang. *time and material*). W utrzymaniu dróg takie umowy zawierane były chociażby w Estonii, Finlandii czy Norwegii, por. P. Pakkala, *Performance-based Contracts – International Experiences*, 2005, http://www-esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Docs-latest%20edition/cases-and-pdfs/PPakkala_TRB_Workshop_April27_2005_Presentation.pdf [dostęp 26.11.2017].

wykonawcy i dotyczy to bardzo wielu ewentualnych odstępstw od warunków umownych określonych przez strony (zamawiającego) *ex ante*.

V. Umowa wskaźnikowa o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych w modelowych postanowieniach umów utrzymaniowych

World Bank stworzył modelowy i powszechnie dostępny wzór umowy utrzymaniowej¹⁰² zawierający wszystkie potrzebne w procesie zamówienia publicznego dokumenty. Na jego przykładzie warto wskazać na kluczowe aspekty dotyczące *performance-based road maintenance contract*.

1. Zakres (przedmiot) umowy

Zakres czynności utrzymaniowych może być różny, gdyż zależy od konkretnych potrzeb danego zamawiającego. Zazwyczaj umowy koncentrują się na **usługach zarządzania i utrzymania drogi** (ang. *Management and Maintenance Services*), a także mogą przewidywać **roboty remontowe** (ang. *Rehabilitation Works*), które skierowane są na doprowadzenie infrastruktury drogowej do ustalonych standardów¹⁰³, **roboty związane z przebudową/modernizacją** (ang. *Improvement Works*), które mają na celu zmianę parametrów charakterystycznych drogi (dodanie drodze nowych cech)¹⁰⁴ oraz **roboty awaryjne** (ang. *Emergency Works*), a więc prace budowlane przywracające drogę do stanu sprzed zajścia np. nieprzewidywanych zmian pogodowych powodujących uszkodzenie jej substancji¹⁰⁵.

¹⁰² World Bank, *Procurement of works and services under output-and performance-based road contracts and sample specifications. Sample bidding documents*, Washington, D.C. 2006 [aktualizacja z 2009 r.], s. 9, <http://documents.worldbank.org/curated/pt/265661468157785381/pdf/567550WP0sample11Box353732B01PULBIC11.pdf> [dostęp 16.10.2019].

¹⁰³ Punkt 1.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 110.

¹⁰⁴ Punkt 1.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 110.

¹⁰⁵ Punkt 1.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 110.

Zadania utrzymaniowe podzielić można dodatkowo na **rutynowe** (ang. *routine tasks*), a więc np. uzupełnianie ubytków w jezdni czy czyszczenie drogi oraz **okresowe** (ang. *periodic tasks*), czyli np. odnowę warstwy ścieralnej drogi na większym odcinku.¹⁰⁶

Ponadto wyszczególnić można dalszy podział czynności wykonawcy na: **roboty** (ang. *works*) oraz usługi (ang. *services*). Roboty należy rozumieć jako „czynności wymagające od Wykonawcy stworzenia/wybudowania lub instalacji/montażu czegoś w ramach infrastruktury drogowej i przekazania tego Zamawiającemu, przez co należy rozumieć czynności wykonywane w ramach Robót Remontowych, Robót Związanych z Przebudową/Modernizacją oraz Robót Awaryjnych.”¹⁰⁷ Robotami remontowymi będzie np. położenie nowej warstwy ścieralnej asfaltu na drodze (ang. *asphalt resurfacing*), i tak jak roboty związane z przebudową/modernizacją wykonuje się je zasadniczo przed właściwym rozpoczęciem utrzymywania drogi – czasami konieczne jest bowiem doprowadzenie drogi do określonego standardu aby możliwe zaczęło być w ogóle jego utrzymywanie.¹⁰⁸ Powyższe dwie kategorie robót nie będą jednak zawsze wymagane przez umowę.¹⁰⁹ Roboty awaryjne będą natomiast zawsze wykonywane już w trakcie właściwego utrzymywania drogi.¹¹⁰ Z kolei **usługi** „oznaczają wszelkie interwencje na Drodze w ramach Kontraktu oraz wszelkie działania związane z zarządzaniem i oceną Drogi, które są przeprowadzane przez Wykonawcę w celu osiągnięcia i utrzymania Drogowych Standardów Wydajności określonych przez Poziomy Usługi oraz w celu otrzymywania pełnego wynagrodzenia miesięcznego na podstawie umowy.”¹¹¹

¹⁰⁶ *Op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 6-7.

¹⁰⁷ Punkt 1.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych proponowanych przez World Bank, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 112.

¹⁰⁸ Przykładowy wzorcowy Bill of Quantities for Rehabilitation and Improvement Works dla umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 80-83.

¹⁰⁹ Punkt 1.1 przykładowych wzorcowych Instructions to Bidders w ramach umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 21.

¹¹⁰ Przykładowy wzorcowy Bill of Quantities for Emergency Works dla umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 84-87.

¹¹¹ Punkt 1.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 111. Pojęcie usług jest więc znacznie pojemniejsze niż pojęcie robót i można dojść do wniosku, że zawiera w sobie zarówno usługi jak i... roboty. Wskazuje się bowiem, że usługi utrzymania (ang. *Maintenance Services*) obejmują usługi i roboty (ang. *services and works*) wymagane w celu osiągnięcia i utrzymania poziomów usługi (ang. *service levels*) i należy się za nie ryczałtowo

2. Poziomy usługi (ang. *service levels*)

Poprzez ustalenie konkretnych parametrów wydajności (wskaźników) ustala się standard utrzymania drogi. Dochodzi więc do bardzo konkretnego ustalenia jakości usługi utrzymaniowej. Rezultaty, do których wykonawca ma doprowadzać, określa się mianem „poziomów usługi” (ang. *service levels*). Przez „poziomy usługi” należy rozumieć „minimalne standardy wydajności dla poziomu jakości warunków drogowych określone w Specyfikacjach, których Wykonawca powinien przestrzegać”.¹¹² Wykonawcy nie płaci się więc za wykonywanie pracy jako takiej, ale za osiągnięcie konkretnych, z góry ustalonych efektów. Sposób dojścia do tych rezultatów pozostawia się natomiast w gestii wykonawcy, co ma na celu między innymi doprowadzenie do wzrostu efektywności pracy oraz technologicznych innowacji.¹¹³

Do określenia jakości usługi (poziomu usługi) wykorzystuje się transparentnie zdefiniowane oraz obiektywnie mierzalne wskaźniki. W utrzymaniu dróg wyróżniono trzy grupy wskaźników:

1. Mierniki komfortu i obsługi użytkownika drogi (ang. *Road User Service and Comfort Measures*). Można je wyrazić poprzez odwoływanie się np. do pojęć: widoczności oznakowania drogowego, dostępności drogi do korzystania, odwodnienia drogi, czasu reakcji wykonawcy gdy dochodzi do uszkodzenia drogi zagrażającego bezpieczeństwu ruchu drogowego;

2. Mierniki trwałości drogi (ang. *Road Durability Measures*). Jak wyżej można je określić poprzez odwoływanie się np. do pojęć: stanu nawierzchni, przekroju podłużnego drogi, zakresu prac dozwolonych do wykonania zanim konieczne będzie przeprowadzenie większych robót naprawczych;

wynagrodzenie - przykładowy wzorcowy Bill of Quantities and Unit Prices for Maintenance Services dla umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 78.

¹¹² Punkt 1.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 111.

¹¹³ Akapit na podstawie *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 3, 6, 8.

3. **Mierniki związane z procesami wykonawcy** (ang. *Management Performance Measures*): wymogi związane z przesyłaniem danych, wymogi dotyczące sprzętu służącego do wykonywania kontraktu, regularne dostarczanie raportów zamawiającemu, historia czynności utrzymaniowych.¹¹⁴

Tabela nr 3. Przykładowe poziomy usługi (ang. *service levels*) na przykładzie utrzymania znaków informacyjnych i ostrzegawczych.

Przedmiot utrzymania	Poziom usługi (ang. <i>service level</i>)	Sposób mierzenia/wykrywania	Czas na naprawę lub dozwolona tolerancja
Znaki informacyjne	Sygnal (oznakowanie) musi być obecny, kompletny, czysty, czytelny i strukturalnie jednorodny	Inspekcja wizualna	Uszkodzone lub brakujące znaki muszą być wymienione w ciągu 14 dni
Znaki ostrzegawcze	Sygnal (oznakowanie) musi być obecny, kompletny, czysty, czytelny i strukturalnie jednorodny, a także wyraźnie widoczny w nocy	Inspekcja wizualna	

Źródło: World Bank, *Procurement of works and services under output-and performance-based road contracts and sample specifications. Sample bidding documents*, Washington, D.C. 2006 [aktualizacja z 2009 r.], punkt 2.5.1 przykładowej specyfikacji dla kontraktu utrzymaniowego, s. 236.¹¹⁵

Wszystkie wskaźniki inkorporowane do umowy łącznie kreują ostateczny i minimalny poziom usługi (jakość usługi utrzymaniowej) w odniesieniu do konkretnej infrastruktury drogowej objętej kontraktem.¹¹⁶

¹¹⁴ *Op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 7.

¹¹⁵ <http://documents.worldbank.org/curated/pt/265661468157785381/pdf/567550WP0samp11Box353732B01PULBIC11.pdf> [dostęp 16.10.2019].

¹¹⁶ *Op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 8; przykłady dalszych poziomów usług dla dróg nieutwardzonych i utwardzonych patrz *tamże*, s. 198-199, ponadto s. 202 i n.

3. Wynagrodzenie za czynności utrzymaniowe

W procesie przetargowym wykonawcy konkurują ze sobą poprzez proponowanie konkretnych kwot wynagrodzenia ryczałtowego (ang. *fixed lump-sum*). Wynagrodzenie to najczęściej obliczane jest jedynie za utrzymywanie drogi *sensu stricto*, co oznacza, że np. roboty awaryjne rozliczane są z wykonawcą za dodatkowym wynagrodzeniem. Co jednak bardzo istotne, wykonawca będzie uzyskiwał pełną kwotę miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego wyłącznie, jeżeli będzie wypełniał wskaźniki, a więc dotrzymywał ustalonych poziomów usługi, w przeciwnym razie kwota ta będzie stosunkowo zmniejszana.¹¹⁷

Uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia (ang. *payment reduction/deduction*) przewidywane jest bezpośrednio w umowach i nie należy go automatycznie utożsamiać z karą umowną.¹¹⁸ Uprawnienie to aktywuje się, jeżeli wyniki kontroli wykażą, że wykonawca nie wypełnia ustalonych poziomów usługi. W tej mierze jednak zazwyczaj wyznacza się wykonawcy konkretny termin na usunięcie niezgodności z umową i dopiero po jego bezskutecznym upływie obniżenie wynagrodzenia staje się możliwe. W zależności od treści danej umowy, stosowne obniżenie może mieć, bądź też nie mieć, górnych granic, a ponadto nieistotne są powody dla czego wykonawca nie doprowadził w wyznaczonym czasie do zgodności z umową.¹¹⁹ Jeżeli zamawiający uzyska uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia, wykonawcy nie wypłaca się całej jego kwoty w danym miesiącu.¹²⁰ Konkretny sposób naliczania kwot możliwych do potrącenia z wynagrodzenia są różne i zależą od treści danego kontraktu, a kwestia ta wydaje się być niezwykle istotna – jeżeli możliwe będzie znaczne zmniejszenie wynagrodzenia, wykonawcy będą oferowali wyższe

¹¹⁷ Akapit na podstawie *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 6, 9-10.

¹¹⁸ Patrz np. punkt 39.2 oraz punkt 47.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, odpowiednio s. 148 i s. 154, a wykonawca nie ma możliwości odzyskania prawa do pełnego wynagrodzenia, jeżeli następczo doprowadzi do standardu przewidywanego przez umowę (patrz punkt 51.4 ww. dokumentu, s. 156-157).

¹¹⁹ Punkt 2.10.1 przykładowej specyfikacji dla kontraktu utrzymaniowego, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 244.

¹²⁰ Punkt 51.4 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 156-157.

wynagrodzenie za swoje usługi aby skompensować sobie powstające ryzyko, a w krańcowych sytuacjach zupełnie zaniechają składania ofert, z drugiej jednak strony zbyt niskie wartości nie będą motywowały ich do w pełni prawidłowego wypełniania zobowiązania.¹²¹ Warto w tym miejscu zauważyć, że omawiana figura *payment reduction/deduction* została transponowana do wielu (aczkolwiek nie wszystkich) polskich wzorców umownych i zyskała (z punktu widzenia prawa cywilnego błędnie, patrz rozdział V, s. 215) miano „potrącenia”.

Tabela nr 4. Przykładowe sposoby obliczania wysokości obniżenia wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy na przykładzie utrzymania drogi nieutwardzonej.

Kryterium	Warunki, które muszą zajść, aby możliwe było obniżenie wynagrodzenia wykonawcy	Wartości jednostkowe za niezgodność z umową
Oznakowanie i bezpieczeństwo na drodze	Sygnalizacja pionowa: jeden lub więcej znaków drogowych jest nieobecny, zniszczony, nieczytelny, nieprawidłowo umieszczony lub niedziałający	25% miesięcznej kwoty ryczału za jeden kilometr, zastosowane do każdego odcinka drogi mierzonego w kilometrach, który jest niezgodny z umową
Komfort użytkownika drogi	Degradacja powierzchni: Maksymalny rozmiar lub liczba przekracza wartości progowe w dowolnym miejscu na odcinku jednego kilometra	50% miesięcznej kwoty ryczału za jeden kilometr, zastosowane do każdego odcinka drogi mierzonego w kilometrach, który jest niezgodny z umową

Uwaga: powyższe wartości jednostkowe stosuje się przez pierwsze 30 dni niezgodności z umową, za okres rozliczeniowy przyjmując jeden dzień; po tym okresie i dalszym występowaniu niezgodności z umową nakłada się już kary umowne¹²².

Źródło: World Bank, *Procurement of works and services under output-and performance-based road contracts and sample specifications. Sample bidding documents*, Washington, D.C. 2006 [aktualizacja z 2009 r.], punkt 2.10.1 przykładowej specyfikacji dla kontraktu utrzymaniowego, s. 246-247.¹²³

¹²¹ *Op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 245.

¹²² Powyższe zdaje się wskazywać, że obniżenie wynagrodzenia to właściwie nic innego jak kara umowna lub też figura do niej bardzo podobna. Tak wynika z analizy treści pozostałych postanowień wzorcowej umowy utrzymaniowej proponowanej przez World Bank – por. w tej mierze cały punkt 2.10 przykładowej specyfikacji oraz cały punkt 39 General Conditions (GC) dla kontraktu utrzymaniowego, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, odpowiednio s. 244-248 i s. 148. Kwestia ta będzie szeroko analizowana w rozdziale V.

¹²³ <http://documents.worldbank.org/curated/pt/265661468157785381/pdf/567550WP0samp11Box353732B01PULBIC11.pdf> [dostęp 16.10.2019].

Kary umowne (ang. *liquidated/stipulated damages*) nalicza się z kolei między innymi w przypadku szeroko pojętego niedopełnienia kryteriów wydajności (ang. *performance criteria*) w ramach realizacji robót remontowych lub robót związanych z przebudową/modernizacją drogi (ang. *Rehabilitation and Improvement Works*)¹²⁴ oraz przy dłuższym niż 30-dniowym niedotrzymywaniu ustalonych poziomów usługi¹²⁵.

Nienależyte wykonywanie zobowiązania o określonym natężeniu, a więc między innymi uporczywe niedochowywanie poziomów usługi, otwiera ponadto możliwość wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy (ang. *Termination for Contractor's Default*).¹²⁶

VI. Niemiecka odsłona umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych

1. Funktionsbauvertrag

Odnotowania wymaga, że w Niemczech stworzono zmodyfikowaną wersję *performance-based contract* o kompleksowe utrzymanie dróg i umowa ta zyskała nazwę *Funktionsbauvertrag*. Pierwszą umowę tego typu zawarto w Niemczech w 2002 r.¹²⁷ Przedmiotowa umowa polega na wybudowaniu albo odnowieniu infrastruktury drogowej oraz późniejszym jej utrzymywaniu przez dłuższy czas, najczęściej 20-30 lat.¹²⁸ W jej ramach określenie świadczenia wykonawcy polega na jak najdokładniejszym opisie

¹²⁴ Patrz punkt 39.3 dotyczący niewykonania robót w terminie oraz punkt 40.3 dotyczący niedotrzymania standardów przez wykonane roboty General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, odpowiednio s. 148 i s. 149 oraz 2.10.2 przykładowej specyfikacji dla kontraktu utrzymaniowego, *tamże*, s. 248.

¹²⁵ Patrz uwagi zawarte w przypisie nr 122.

¹²⁶ Punkt 59.2, a w szczególności punkt 59.2.2 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 164. Warto odnotować w tym miejscu, że zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę w każdym momencie, wówczas jednak będzie to miało inne skutki prawne, patrz punkt 59.1 ww. dokumentu, *tamże*, s. 160-162, a ponadto dysponuje uprawnieniem do zawieszenia (ang. *suspension*) niektórych bądź też wszystkich obowiązków wykonawcy nałożonych na niego umową, patrz punkt 58 ww. dokumentu, *tamże*, s. 159-160.

¹²⁷ P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten Preisgleitklausel für Funktionsbauverträge im Straßenbau*, Kassel 2012, s. 1.

¹²⁸ *Op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 278-279 i przywoływana tam literatura.

funkcji, jakie budowany obiekt ma spełniać, a więc dotyczących samego zadania budowlanego (niem. *Baufaufgabe*), celu umowy (niem. *Zweck*) oraz wymagań dotyczących gotowego już świadczenia (niem. *Anforderung der fertigen Leistung*).¹²⁹ Świadczenie wykonawcy opisywane jest poprzez funkcje jakie budowany obiekt będzie miał w praktyce spełniać (niem. *funktionale Leistungsbeschreibung*), a nie poprzez dokładny opis budowanego obiektu jako takiego. Na pierwszy plan wysuwają się więc konkretne korzyści, wynikające dla zamawiającego z realizacji umowy.¹³⁰

Umowa dzieli się zasadniczo na trzy części: A, B i C. Część A określa prace wstępne konieczne do przeprowadzenia przed właściwą budową/odnowieniem. Część B koncentruje się na infrastrukturze, którą zamierza się wybudować albo odnowić oraz jej funkcjach. Natomiast część C dotyczy samego utrzymania infrastruktury drogowej i nazywana jest także „funkcjonalnym utrzymaniem” (niem. *Funktionserhaltung*).¹³¹

Wynagrodzenie za utrzymywanie infrastruktury przyznawane w ramach części C umowy oparte jest na stałym zapewnianiu ustalonych w umowie wartości funkcjonalnych/użytkowych, w związku z czym wykonawca musi stale zapewniać konkretne standardy jakościowe (niem. *Qualitätsstandards*).¹³² Występuje więc powiązanie wypłacanego wynagrodzenia z osiąganymi rezultatami pracy wykonawcy.¹³³ Nowsze umowy składają się czasami już jedynie z części C, a więc odpowiadają conceptowi znanemu na całym świecie, w tym w Polsce – umowa dotyczy wyłącznie utrzymania infrastruktury, a ponadto zawierana jest na krótszy czas.¹³⁴

¹²⁹ A. Hechtel, *Kooperation im Bauwesen*, Bautechnik 6/2002, s. 400.

¹³⁰ *Op. cit.* A. Hechtel, *Kooperation im Bauwesen*, s. 400.

¹³¹ Akapit na podstawie *op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 279, por. też *op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 5-6.

¹³² Karlsruher Institut für Technologie, Institut für Straßen- und Eisenbahnwesen, *Betrieb und Erhaltung von Straßen. Teil: Straßenbetrieb*, s. od 1-12 do 1-13, https://www.ise.kit.edu/Betrieb_2013_KIT.pdf [dostęp 19.07.19].

¹³³ *Op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 21.

¹³⁴ Jako przykład można wskazać dwie umowy z kraju związkowego Nordrhein-Westfalen zawarte na okres 16 lat, por. *op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 8.

2. Verfügbarkeitsmodell (V-Modell)

Umowa o charakterystyce *performance-based contract* zawierana jest także w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego i zyskała w Niemczech nazwę *Verfügbarkeitsmodell als abgewandelte Form des Ausbaumodells* (V-Modell). Wynagrodzenie za czynności utrzymaniowe jest ściśle uzależnione od rezultatu w postaci dostępności drogi dla jej potencjalnych użytkowników (niem. *verfügbarkeitsabhängiger Vergütung; Verfügbarkeitsentgelt*), zapewnianej w ściśle ustalonym w umowie standardzie jakościowym.¹³⁵ Pierwsza umowa typu V-Modell została zawarta w Niemczech 2009 r.¹³⁶, a w jej ramach wykonawca zasadniczo zobowiązany jest do zaplanowania i rozbudowy (niem. *Ausbau*) infrastruktury, jej obsługi (niem. *Betrieb*), utrzymania (niem. *Erhaltung*) i częściowego finansowania projektu, aczkolwiek model ten nadaje się również do wybudowania infrastruktury od nowa i jej utrzymywania¹³⁷.¹³⁸ Obniżenie wynagrodzenia jest możliwe z powodu ograniczenia dostępności dróg dla jej użytkowników (niem. *Abzüge wegen Verfügbarkeitseinschränkungen*) albo z powodu nienależytego wykonywania poszczególnych świadczeń częściowych (niem. *Abzüge wegen Schlechtleistungen*).¹³⁹ Jeżeli realizacja umowy spowoduje osiągnięcie wyższego standardu niż zostało to ustalone, niewykluczone jest również przyznanie wykonawcy stosownego bonusu finansowego.¹⁴⁰ Kontrakt ten motywuje więc wykonawcę do odpowiedniego przeprowadzania czynności

¹³⁵ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Das V-Modell (Verfügbarkeitsmodell)*, 2013, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-geschaeftsmodelle-v-modell.html> [dostęp 26.07.2019].

¹³⁶ Aczkolwiek niektóre źródła, także powołując się na informacje z Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, wskazują rok 2011 jako datę zawarcia pierwszej umowy tego typu, por. *op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 33.

¹³⁷ Wyłącznie utrzymywanie infrastruktury jest przedmiotem umowy dotyczącej autostrady A 4, od AS Gotha do granicy kraju związkowego Thüringen i Sachsen, por. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Projekte der neuen Generation*, 2017, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-projekte-der-neuen-generation-liste.html> [dostęp 26.07.2019].

¹³⁸ *Op. cit.* Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Das V-Modell...*

¹³⁹ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Häufig gestellte Fragen zur systematischen Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich*, s. 5, https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp%20haeufig%20gestellte%20fragen.pdf?__blob=publicationFile [dostęp 26.07.2019], por. też *op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 33.

¹⁴⁰ Tak jest np. w ramach utrzymania autostrady A 9, por. *op. cit.* Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Das V-Modell...*

utrzymaniowych.¹⁴¹ Przedmiotowa umowa, podobnie jak *Funktionsbauvertrag*, zawierana jest na okres 20-30 lat,¹⁴² a wynagrodzenie wypłacane w odstępach miesięcznych¹⁴³.¹⁴⁴

Na koniec podkreślić należy, że zlecenie prywatnym podmiotom długoterminowego utrzymania dróg publicznych bezpośrednio skierowanego na rezultaty, czy to w formie *Funktionsbauvertrag* lub V-Modell obecnych w Niemczech, czy też jakiegokolwiek innej, jest zupełną rzadkością w Szwajcarii w której powszechnie utrzymuje się drogi siłami własnymi, natomiast w Austrii występują pewne, aczkolwiek zdecydowanie nieliczne, implementacje z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego zbliżone do niemieckiego V-Modell, z wynagrodzeniem uzależnionym od dostępności infrastruktury drogowej dla jej użytkowników (niem. *Verfügbarkeitsentgelt*).¹⁴⁵

§ 8. Podsumowanie

Jak ukazał niniejszy rozdział model wskaźnikowy wydaje się być bardzo dobrą alternatywą dla pojedynczego zlecenia poszczególnych czynności utrzymaniowych prywatnym podmiotom odrębnymi umowami.¹⁴⁶ Skierowanie utrzymania dróg na ostateczne rezultaty (standardy utrzymania poszczególnych zasobów) także wydaje się być założeniem korzystnym, szczególnie z punktu widzenia zamawiającego

¹⁴¹ *Op. cit.* Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Häufig gestellte Fragen...*, s. 1-3.

¹⁴² *Op. cit.* Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Das V-Modell...*

¹⁴³ *Op. cit.* Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Häufig gestellte Fragen...*, s. 4-5.

¹⁴⁴ Wskazuje się, że omawiany koncept jest przyszłościowy i posiada liczne zalety, por. Informationsdienst des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V., *M6 Duna – gelungenes PPP-Bauwerk in Ungarn*, April 2007, s. 12-13, <https://www.bauindustrie-bayern.de/fileadmin/Webdata/Downloads/Verbandsmagazin/id07april.pdf> [dostęp 26.07.2019]; *Strassenerhaltung. Bericht für Hansestadt Lübeck*, s. 31-32, www.stadtentwicklung.luebeck.de/files/bericht_strassenerhaltung_bauausschuss_111219.pdf [dostęp 26.07.2019] oraz (bardziej powściągliwie) M. Korn, *PPP in the Sector of Road Infrastructure on the County and Municipal Level in Germany: A Story for the Future?*, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2008, s. 63.

¹⁴⁵ Por. *op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 65-68; patrz też *op. cit.* J. Archutowska, J. Pieriegud, *Efektywność zarządzania utrzymaniem dróg...*, s. 69, 71 i 73.

¹⁴⁶ W praktyce zaobserwować bowiem można, że rozpisywanie przetargów na poszczególne czynności utrzymaniowo-rentowne jest problematyczne, gdyż nie zawsze w tej mierze występuje odpowiedni odzew ze strony prywatnych podmiotów, a ponadto pewne czynności trzeba wykonać natychmiast, por. P. Dąbek, *Czy w niedalekiej przyszłości zarządcy dróg będą mieć własne zaplecze techniczne?*, *Magazyn Autostrady* 11-12/2018, s. 62-63.

oraz użytkowników dróg, których w takiej konstelacji umownej traktuje się jako faktycznych interesariuszy. W umowie wskaźnikowej jakość świadczenia (usługi utrzymaniowej) jest z góry i precyzyjnie określona, co znacznie ułatwia ocenę, czy zobowiązanie jest prawidłowo realizowane. Ponadto zamawiający nie wydaje ograniczonych środków publicznych na niedookreślone „staranne działanie” wykonawcy, a płaci wyłącznie za bardzo konkretne rezultaty pracy tego podmiotu. Można wręcz powiedzieć, że zamawiający nabywa kompleksowe rozwiązania problemowe (ang. *solutions*), a nie poszczególne świadczenia jako takie.¹⁴⁷

¹⁴⁷ *Op. cit.* A. H. Glas, *Public Performance-based Contracting...*, s. 30-31.

Rozdział II. Ogólna charakterystyka umowy wskaźnikowej

o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych

§ 1. Pojęcie oraz cechy umowy

Z punktu widzenia prawa cywilnego umowa wskaźnikowa o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych to umowa koncentrująca się na świadczeniu usług za określonym wynagrodzeniem. Jej celem jest takie dbanie o powierzoną wykonawcy w dzierżenie infrastrukturę drogową (utrzymanie drogi), aby praktycznie o każdej porze dnia i nocy jej użytkownicy mogli z niej bezpiecznie korzystać, a za czynności wykonawcy do tego celu zmierzające zamawiający zamierza płacić wyłącznie, o ile wykonawca będzie faktycznie wypełniał warunki przewidywane przez umowę, a więc osiągał konkretnie ustalone rezultaty jakościowe (nieprzerwanie utrzymywał ustalony standard drogi).

Analizowana umowa wskaźnikowa to umowa **konsensualna**¹⁴⁸, **dwustronnie zobowiązująca**¹⁴⁹, **odpłatna**¹⁵⁰ oraz **wzajemna**¹⁵¹. Stanowi także przykład umowy **adhezyjnej**.¹⁵²

¹⁴⁸ Por. przykładowo *op. cit.* J. Mojak, J. Widło, *Polskie prawo kontraktowe...*, s. 31.

¹⁴⁹ Por. np. J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *Prawo cywilne*, wyd. 3, Warszawa 1979, s. 213; W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, [aktualizacja] A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, wyd. 11, Warszawa 2009, s. 135.

¹⁵⁰ Por. np. *op. cit.* W. Czachórski, *Zobowiązania...*, [aktualizacja] A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, s. 138; *op. cit.* J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *Prawo cywilne*, s. 213.

¹⁵¹ Por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 14, Warszawa 2020, s. 126; E. Biegun, J. Halikowski, J. Jezioro, T. Kierzyk (red.), *Odpowiedzialność za jakość świadczenia w wybranych umowach*, Wrocław 2006, s. 15; M. Pannert [w:] T. Mróz (red.), U. Drozdowska, P. Konik, M. Pannert, *Zobowiązania*, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 87; W. Czachórski, *Zobowiązania...*, [aktualizacja] A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, s. 136-137; A. Doliwa, *Zobowiązania*, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 45; Z. Gawlik [w:] Z. Gawlik, J. Gajda [pod redakcją S. Wójcika], *Podstawy prawa cywilnego. Zobowiązania część ogólna*, Warszawa 2003, s. 186; *op. cit.* J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *Prawo cywilne*, s. 213; na gruncie k.z. por. J. Górski w *Zarys prawa zobowiązań*, wyd. 2, Poznań 1948, s. 31; A. Ohanowicz, *Zobowiązania. Część ogólna*, Poznań 1954, s. 53-54; J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, t. 1, wyd. 2, Kraków 1936, s. 134-135. Warto zauważyć zarazem, że umowa zawierana w reżimie zamówień publicznych ma zawsze charakter umowy odpłatnej i wzajemnej, co wynika z istoty zamówienia publicznego, por. M. Jaworska, *Komentarz do art. 139 PZP*, [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, nb. 6.

¹⁵² Umowa zawierana w reżimie zamówień publicznych jest umową adhezyjną, do której można przystąpić bądź też nie, por. M. Sieradzka, P. Szustakiewicz, *Komentarz do art. 139 PZP*, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, nb. 3. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt II CSK 197/15, Legalis numer 1461029: „Ograniczeń doznaje także zasada wolności kontraktowej, gdyż treść umowy nie podlega negocjacji. Zamówienie przygotowuje i przeprowadza zamawiający.

Ponadto **niewykluczone jest zaliczenie jej do kategorii zobowiązań rezultatu**, a nie starannego działania. Za wzorem doktryny francuskiej, w Polsce przyjmowany jest bowiem podział zobowiązań lub świadczeń na dwie kategorie: zobowiązania lub świadczenia starannego działania i rezultatu.¹⁵³ Przedmiotowy podział implementowano także do Zasad międzynarodowych kontraktów handlowych UNIDROIT z 1994 r., występuje on również na gruncie PEL SC (por. art. 1:107 oraz art. 1:108), DCFR (por. art. IV.C.-2:105 oraz art. IV.C.-2:106) jak i CESL (por. art. 148), jednakże relacja reguł dotyczących zobowiązań starannego działania i rezultatu nie jest w ramach tych aktów prawnych transparentna.¹⁵⁴ Istotą świadczenia starannego działania jest aktywność dłużnika skierowana na osiągnięcie określonego celu (w postaci pewnego rezultatu lub też rezultatów), jednakże dłużnik nie jest zobowiązany do doprowadzenia do jego ostatecznego ziszczenia/nieziszczenia się, a jedynie do starannego działania w określonym kierunku. Natomiast świadczenie rezultatu charakteryzuje aktywność dłużnika skierowana na osiągnięcie określonego celu (w postaci pewnego rezultatu lub też rezultatów), przy czym dłużnik jest zobligowany do doprowadzenia do jego ostatecznego ziszczenia/nieziszczenia się (zachowując przy tym, tak jak w ramach świadczenia starannego działania, należyta staranność – por. art. 355 k.c. oraz art. 472 k.c.). Druga charakterystyka zdecydowanie odpowiada zobowiązaniu kreowanemu przez analizowaną umowę wskaźnikową, gdyż rezultat stanowi treść zobowiązania wykonawcy - w myśl postanowień umownych wykonawca zobowiązany jest do nieprzerwanego utrzymywania określonego standardu drogi (rezultatu ciągłego), pod sankcją obniżenia wynagrodzenia za każde zarejestrowane

Jedynym uprawnieniem osoby ubiegającej się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest zwrócenie się na podstawie art. 38 ZamPublU do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

¹⁵³ A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 421; T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, wyd. 3, Warszawa 2020, s. 216; H. Witczak, A. Kawałko, *Zobowiązania*, wyd. 5, Warszawa 2015, s. 24; B. Ziemiński [w:] B. Ziemiński, E. Kitłowski, *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 2013, s. 38.

¹⁵⁴ *Op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 570. Por. ponadto M. Loos, *Service Contracts*, 2010, s. 16-19, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542506> [dostęp 09.08.2020].

odstępstwo od założonego efektu.¹⁵⁵ Należy jednak wyraźnie podkreślić, że analizowaną umowę jedynie można by zaliczyć do kategorii zobowiązań rezultatu. Jest tak z tego względu, że wykonawcę obciąża bardzo wiele różnorodnych obowiązków. Obowiązki te razem składając się na pojęcie długu mogą mieć bardzo różny charakter (obowiązek odschnięcia drogi różni się od obowiązku naprawy/wymiany uszkodzonej bariery drogowej). Z tego też względu świadczenie wykonawcy jest świadczeniem złożonym, na które składa się w istocie bardzo wiele aktualizujących się w czasie świadczeń, które z punktu widzenia umowy jako niepodzielnej całości mogą być potraktowane jako świadczenia częściowe (patrz dalej § 4 II 3, s. 80 i n.). Pomimo bardzo skomplikowanej struktury świadczenia wykonawcy umowa kreuje jednak jedno zobowiązanie (o charakterze ciągłym, patrz dalej § 4 II 3, s. 91-92), w związku z tym jednoznaczne zakwalifikowanie przedmiotowego zobowiązania do kategorii zobowiązań rezultatu mogłoby być niedozwolonym uproszczeniem rzeczywistości. Należy raczej *in casu* kwalifikować poszczególne świadczenia (obowiązki) wykonawcy, a nie całe jego świadczenie (złożone) czy też zobowiązanie.¹⁵⁶ Ww. podział na świadczenia lub zobowiązania rezultatu oraz starannego działania powinien być więc raczej podziałem wyłącznie na świadczenia

¹⁵⁵ Analizowana umowa wskaźnikowa zyskała w Polsce już na samym początku nazwę „utrzymaj standard”, a w orzecznictwie amerykańskim bezpośrednio wskazano, że (pogrubienie własne) „[T]ypical ‘performance’ type specifications set forth an objective or **standard to be achieved**, and the successful bidder is expected to exercise his ingenuity in achieving that objective or standard of performance, selecting the means and assuming a corresponding responsibility for that selection.” – orzeczenie *J.L. Simmons Co. v. United States*, 188 Ct. Cl. 684, 412 F.2d 1360, 1362 (1969) przywoływane w *op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 35. Por. ponadto *op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 284-285. W tym miejscu warto także zauważyć, że wykładnia klauzul umownych zawieranych w polskich umowach i poddanych prawu polskiemu, wykształconych jednak pod wpływem prawa i praktyki zagranicznej, w razie wątpliwości może uwzględniać ich macierzysty kontekst prawny, patrz J. Jastrzębski, *Konstrukcje prawa obcego a ustalone zwyczaje przy wykładni klauzul umownych*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 254 i n., s. 266. Prawnoporównawczą metodę wykładni przepisów prawa jako dopuszczalną, aczkolwiek stosowaną w ostatniej kolejności, przyjął także SN w uchwale z dnia 15 marca 2006 r., sygn. akt II UZP 4/06, Legalis numer 73739, a praktyka pokazuje, że SN czasami odwołuje się do zagranicznych prawodawstw, por. K. Michałowska, *Argumenty z prawa obcego w uzasadnieniu uchwał i orzeczeń Sądu Najwyższego*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 472-473.

¹⁵⁶ Por. *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 219, gdzie w pełni zasadnie wskazuje się, że gdy świadczenia jednej ze stron są równorzędne oraz ściśle ze sobą połączone to całościowa kwalifikacja stosunku prawnego do kategorii zobowiązania rezultatu może być nieodpowiednia.

rezultatu albo starannego działania.¹⁵⁷ Ponadto można wyrazić istotne wątpliwości co do nawet tak wskazanego nazewnictwa – jeżeli bowiem dane świadczenie zakwalifikuje się do kategorii świadczenia rezultatu (np. ww. naprawa/wymiana uszkodzonej bariery drogowej), to odpowiedzialność za jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest oparte na rękojmi (za wadę) oraz na art. 471 k.c., w ramach którego przesłanką odpowiedzialności wykonawcy pozostaje co do zasady zachowanie należytej staranności¹⁵⁸. W związku z tym **zasadniczo każde świadczenie jest świadczeniem starannego działania, natomiast pewne świadczenia są świadczeniami tak starannego działania jak i rezultatu, podział świadczeń pod tym kątem powinien więc raczej wyglądać następująco: 1) świadczenia starannego działania i 2) świadczenia starannego działania oraz rezultatu.** Za powyższą koncepcją należy się opowiedzieć, gdyż jak w pełni zasadnie zauważa F. Zoll¹⁵⁹, na gruncie polskim nie powinno się mówić o dychotomicznym podziale na zobowiązania starannego działania oraz zobowiązania rezultatu, gdyż każde zobowiązanie jest zobowiązaniem starannego działania, natomiast pewne zobowiązania mogą przewidywać, że dłużnik zobowiązany jest tak do zachowania należytej staranności, jak i dodatkowo do osiągnięcia pewnego rezultatu.

Na kanwie powyższych rozważań warto także zauważyć, że podział na świadczenia lub zobowiązania starannego działania i rezultatu nie jest powszechnie akceptowany w polskiej doktrynie, gdyż wywołuje liczne wątpliwości. Wskazuje się przykładowo, że myli on przedmiot świadczenia z miarą staranności, podczas gdy art. 355 § 1 k.c. bezpośrednio wskazuje należyłą staranność dłużnika jako miernik prawidłowego wykonania

¹⁵⁷ Por. *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 220, gdzie trafnie podkreślono, że przedmiotem omawianej kwalifikacji jest świadczenie, a nie zobowiązanie. Także np. w Austrii wskazuje się, że świadczenia dzieli się na świadczenia starannego działania (niem. *Leistungshandlung*) oraz świadczenia rezultatu (niem. *Leistungserfolg*), patrz G. Graf, M. W. A. Sonnberger, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, wyd. 13, Wien 2019, s. 19.

¹⁵⁸ Por. *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 219.

¹⁵⁹ F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 1062.

zobowiązania¹⁶⁰, w konsekwencji czego powinien zostać całkowicie odrzucony¹⁶¹. Podobnie L. Ogiegło zauważa, że podział taki rozbija utartą w doktrynie koncepcję świadczenia i niewiele wnosi do rozważań nad problematyką odpowiedzialności kontraktowej¹⁶².¹⁶³ Z drugiej strony niektórzy Autorzy zdecydowanie popierają przedmiotowy podział wskazując, że jest on użyteczny tak z teoretycznego, jak i z praktycznego punktu widzenia, gdyż koresponduje z właściwością (naturą) świadczeń lub zobowiązań, pozwalając na wyznaczanie odpowiednich ram stosunkom zobowiązaniowym¹⁶⁴. Zauważa się ponadto, że w ostatnich latach podział ten nabiera istotnego znaczenia¹⁶⁵. Według mnie podział ten jest zasadny oraz potrzebny, jednak w ujęciu wskazywanym powyżej, a więc uznajęcym, że zasadniczo każde świadczenie jest świadczeniem starannego działania, a pewne świadczenia należy zakwalifikować jako świadczenia starannego działania oraz rezultatu.

Problematyczne jest także zagadnienie ewentualnej kwalifikacji analizowanej umowy wskaźnikowej jako umowy losowej. Jak się wydaje uzasadnione jest stwierdzenie, w myśl którego **analizowana umowa posiada pewne cechy umowy losowej, aczkolwiek umową losową nie jest.**

W literaturze występują różne, z pozoru bardzo do siebie zbliżone, definicje umowy losowej. Z. Radwański i A. Olejniczak wskazują, że umowa losowa to umowa, ze struktury której wynika, iż istnienie świadczenia lub jego rozmiar zależą od przypadku.¹⁶⁶ A. Doliwa stwierdza, że jest to kontrakt, w którego treści istnienie lub rozmiar świadczenia są zależne w pewnym stopniu od przypadku, a ponadto zauważa, iż element losowości stanowi istotny element umowy (np. umowa gry) albo został wprowadzony do umowy przez same strony na

¹⁶⁰ Tak M. Gutowski, *Komentarz do art. 734 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 19.

¹⁶¹ Por. W. Borysiak, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, Legalis 2019, nb. 50.

¹⁶² *Op. cit.* L. Ogiegło, *Usługi jako przedmiot...*, s. 199-200.

¹⁶³ Por. ponadto *op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 420 oraz *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 218-222.

¹⁶⁴ Tak *op. cit.* Z. Gawlik [w:] Z. Gawlik, J. Gajda [pod redakcją S. Wójcika], *Podstawy prawa cywilnego...*, s. 46-47.

¹⁶⁵ Por. *op. cit.* J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *Prawo cywilne*, s. 173.

¹⁶⁶ *Op. cit.* Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, s. 131.

podstawie swobody umów.¹⁶⁷ W. Czachórski zauważa z kolei, iż umowa losowa to umowa, zgodnie z treścią której istnienie świadczenia lub jego wielkość są pewnym stopniu zależne od przypadku, rozumianego jako zdarzenie niepewne.¹⁶⁸ Z kolei według J. Skąpskiego umowy losowe to takie kontrakty, według których treści prawa i obowiązki stron mogą zależeć w pewnym stopniu od zdarzenia niepewnego (a więc od szczęścia, przypadku, ryzyka).¹⁶⁹

Wydaje się, że szczególnie trafna definicja zaprezentowana została przez A. Wiśniewskiego, w myśl której „Umowa jest losowa, gdy z istotnych postanowień umowy wynika, iż świadczenie przysługujące co najmniej jednej ze stron umowy lub rozmiar tego świadczenia, uzależnione są od zdarzenia przyszłego i niepewnego.”¹⁷⁰ Autor odróżnia bowiem umowy losowe od umów jedynie na pozór losowych, a więc takich, w ramach których zaobserwować można wyłącznie „losowość ekonomiczną”. W przypadku umów *stricte* losowych, zdarzenie niepewne jest także celem kontraktu – kontrakt taki zawierany jest właściwie na okoliczność wystąpienia w przyszłości zdarzenia niepewnego/zdarzeń niepewnych (zdarzeń losowych), a obowiązek ewentualnego spełnienia świadczenia/świadczeń wynika z istotnych postanowień¹⁷¹ umowy.¹⁷²

W ramach analizowanego kontraktu dokładny zakres świadczeń, do których spełnienia wykonawca jest zobowiązany, wyznaczony jest losem, ponieważ wynika z bardzo wielu niestałych czynników (zdarzeń o charakterze losowym, przypadkowym). Dotyczy to w szczególności bieżącego stanu utrzymywanej infrastruktury oraz zjawisk pogodowych. Jeżeli np. w zimie będzie obficie padał śnieg, to wykonawca będzie zobowiązany do skierowania znacznych sił do odśnieżania. Może jednak również się zdarzyć, że zima

¹⁶⁷ *Op. cit.* A. Doliwa, *Zobowiązania*, s. 46.

¹⁶⁸ *Op. cit.* W. Czachórski, *Zobowiązania...*, [aktualizacja] A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, s. 140-141.

¹⁶⁹ *Op. cit.* J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *Prawo cywilne*, s. 214.

¹⁷⁰ A. Wiśniewski, *Umowy losowe w prawie polskim*, Warszawa 2009, s. 221.

¹⁷¹ Których nie należy utożsamiać z *essentialia negotii*, por. *op. cit.* A. Wiśniewski, *Umowy losowe...*, s. 19.

¹⁷² *Op. cit.* A. Wiśniewski, *Umowy losowe...*, s. 21 i 218.

będzie ciepła oraz bezopadowa, wówczas wykonawca nie będzie musiał w ogóle zwalczać śliskości zimowej (czynnik warunków atmosferycznych). To samo dotyczy obowiązku naprawy urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego uszkodzonych np. przez kierujących pojazdami (czynnik ludzki), czy też uzupełniania ubytków w powierzchni ścieralnej jezdni powstałych z powodu jej degradacji (czynnik materiałowy).

Warto w tym miejscu także zauważyć, że w niem. orzeczeniu Landgericht Hannover¹⁷³, które zapadło na kanwie umowy z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego dotyczącej zaprojektowania, budowy/rozbudowy, utrzymania i finansowania około 72 km autostrady A1 pomiędzy Hamburgiem i Bremą z wynagrodzeniem partnera prywatnego osiąganym zależnie od natężenia ruchu pojazdów ciężarowych, stwierdzono, że umowa ta nie jest umową losową w znaczeniu wąskim, jednakże ze względu na specyficzne uregulowanie wynagrodzenia zawiera zdecydowanie elementy losowe¹⁷⁴.

Z powyższego wynika, że analizowana umowa wskaźnikowa posiada pewne cechy (elementy) umowy losowej, aczkolwiek nie powinna być uznawana za umowę losową *sensu stricto*.

§ 2. Zawarcie umowy

I. Strony umowy

1. Zlecający prace (zamawiający)

W analizowanych umowach wskaźnikowych po stronie zlecającej prace występuje zarządca drogi. Jak wskazywałem już wcześniej, zarządca drogi to podmiot do którego

¹⁷³ Nieprawomocny wyrok LG Hannover z dnia 07 września 2018 r., sygn. akt 9 O 106/17, juris.

¹⁷⁴ W konsekwencji jeżeli ruch jest mniejszy niż można było przypuszczać (z powodu światowego kryzysu finansowego), a więc z elementu losowości zmaterializowało się związane z nim ryzyko, nie można powoływać się na § 313 BGB w celu zmiany umowy, a możliwość nie tylko nie zarobienia, ale także osiągnięcia nawet i znaczącej straty na zawartej umowie jest normalnym zjawiskiem gospodarczym, z którego nie można wyciągać negatywnych dla drugiej strony konsekwencji prawnych. W sprawie tej istotne było jednak, że ryzyko natężenia ruchu (niem. *Verkehrsmengenrisiko*) wyraźnie przejął na siebie partner prywatny.

właściwości należą sprawy z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg (art. 19 ust. 1 ustawy o drogach publicznych). Zlecającym prace (zamawiającym) praktycznie zawsze będzie więc podmiot publiczny, kontrakty obejmują swoim zakresem bowiem utrzymanie dróg publicznych. Krąg podmiotów zlecających prace jest jednak stosunkowo szeroki, ponieważ może to być tak zarządca będący podmiotem publicznym, jak i (niepubliczna) jednostka wykonująca funkcje zarządcy. W empirycznie analizowanych kontraktach zlecającym prace każdorazowo był dany oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej w skrócie: GDDKiA). Trzeba jednak zauważyć, że stroną umowy zawieranej przez oddział GDDKiA jest zawsze Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad. Warto wskazać w tym miejscu, że GDDKiA jest centralnym urzędem administracji rządowej, obsługującym Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (art. 18a ust. 1 ustawy o drogach publicznych oraz § 1 załącznika do zarządzenia nr 5 Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 9 lutego 2017 r. w sprawie nadania statutu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad¹⁷⁵). W skład GDDKiA wchodzi liczne komórki organizacyjne oraz oddziały wojewódzkie. GDDKiA kieruje Generalny Dyrektor, natomiast każdym oddziałem wojewódzkim kieruje dyrektor danego oddziału. Zlecającym prace może być jednak nie tylko GDDKiA (Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad) ale także zarząd województwa (dla dróg wojewódzkich), zarząd powiatu (dla dróg powiatowych) oraz wójt, burmistrz, prezydent miasta (dla dróg gminnych), a ponadto spółka, z którą zawarto umowę o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, zarząd związku metropolitalnego (gdy w trybie porozumienia zostanie mu powierzona sprawowanie funkcji zarządcy dróg krajowych, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych oraz dróg wojewódzkich) lub, w przypadku zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-privatnym, partner prywatny albo

¹⁷⁵ Dz. Urz. Min. Inf. i Bud. poz. 6 zmienione zarządzeniem nr 20 Ministra Infrastruktury z dnia 8 listopada 2018 roku zmieniającym zarządzenie w sprawie nadania statutu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (Dz. Urz. Min. Inf. i Bud. poz. 51).

też drogowa spółka specjalnego przeznaczenia (art. 19 ust. 2-8 ustawy o drogach publicznych).¹⁷⁶

2. Wykonawca

Z uwagi na charakter czynności utrzymaniowych po stronie podmiotu przyjmującego prace do wykonania występował będzie zawsze przedsiębiorca. Z teoretycznego punktu widzenia wykonawcą może być dowolny podmiot, gdyż zamawiający nie może ograniczać dostępu do zamówienia, ani przez narzucenie wykonawcy zachowania ustalonej formy organizacyjnej, ani przez wykluczenie określonych kategorii podmiotów.¹⁷⁷ Wyrażnego podkreślenia zarazem wymaga jednak, że w przetargu nieograniczonym, w ramach którego zawierane są przedmiotowe umowy wskaźnikowe, może dojść do faktycznego ograniczenia kręgu podmiotów, które będą mogły ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.¹⁷⁸ Podsumowując, za wykonawcę należy uznać osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną, o której mowa w art. 33¹ § 1 k.c., prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową, której na podstawie umowy cywilnoprawnej powierza się wykonywanie zadania publicznego w postaci utrzymywania drogi publicznej.

II. Tryb zawierania umowy

Analizowane umowy wskaźnikowe na utrzymanie dróg publicznych zawierane były zawsze w podstawowym¹⁷⁹ trybie przewidywanym przez uchylone Prawo zamówień publicznych¹⁸⁰ - przetargu nieograniczonym (art. 10 ust. 1 oraz art. 39 i nast. uchylonego Prawa zamówień publicznych; dalej w skrócie: PZP lub uchylone PZP). Polegał on na tym,

¹⁷⁶ Por. R. A. Rychter, *Komentarz do art. 19 ustawy o drogach publicznych*, [w:] R. A. Rychter, *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, wyd. 2, Lex 2019.

¹⁷⁷ R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 104 https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/36762/Umowy-o-zamowienia-publiczne-w-zarysie.pdf [dostęp 20.02.2020].

¹⁷⁸ Możliwe są tak podmiotowe jak i przedmiotowe „ograniczenia” kręgu wykonawców, por. M. Jaworska, *Komentarz do art. 39 PZP*, [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, pkt II B-C.

¹⁷⁹ *Op. cit.* M. Jaworska, *Komentarz do art. 39 PZP*, [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, pkt I 1.

¹⁸⁰ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

że w reakcji na ogłoszenie o zamówieniu podawane do publicznej wiadomości, wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli składać oferty, a zamawiający weryfikował ich wiarygodność, przeprowadzał ocenę złożonych przez nich ofert, a następnie wybierał ofertę najkorzystniejszą.

Także pod rządami nowego Prawa zamówień publicznych¹⁸¹ (dalej w skrócie: nowe PZP) umowy te powinny być zawierane w ramach bazowego¹⁸² przetargu nieograniczonego (art. 129 ust. 2 oraz art. 132 i n. ustawy), ponieważ przekraczają tzw. progi unijne¹⁸³, w związku z czym wprowadzana uproszczona i elastyczna procedura dla zamówień o wartości mniejszej niż ww. progi (Dział III ustawy), nie wchodzi w grę. Funkcjonowanie przetargu nieograniczonego nie uległo bardzo istotnym zmianom, aczkolwiek na etapie przygotowania postępowania zamawiający zobligowany jest do przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań, co służyć ma zwiększeniu efektywności systemu zamówień publicznych.¹⁸⁴

W postępowaniu o udzielenie zamówienia kluczowego znaczenia nabierają zasady równego traktowania (bezstronności), a ponadto uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.¹⁸⁵ Postępowanie przetargowe powinno być bowiem transparentne

¹⁸¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129).

¹⁸² Z punktu widzenia Działu II ustawy – „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne”.

¹⁸³ Zgodnie z załącznikiem do obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. poz. 11), w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 nowego PZP, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 nowego PZP, będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – tzw. próg unijny wynosi 139 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 593 433 zł; natomiast w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych, innych niż określone powyżej – tzw. próg unijny wynosi 214 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 913 630 zł.

¹⁸⁴ Tak w uzasadnieniu do projektu ustawy.

¹⁸⁵ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 63.

i uczciwe, aby żaden wykonawca nie został pokrzywdzony. Powyższe zasady są aktualne tak na gruncie uchylonego jak i nowego PZP.

III. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego przez kilku wykonawców

Z praktycznego punktu widzenia niezwykle istotne jest zjawisko wspólnego przystępowania do postępowania przetargowego przez kilku wykonawców. Sytuacja taka była wprost dozwolona przez art. 23 ust. 1 uchylonego PZP, a wówczas przepisy dotyczące wykonawcy stosowało się odpowiednio do współwykonawców (art. 23 ust. 3 uchylonego PZP). Analogiczne regulacje zawiera także nowe PZP (art. 58 ust. 1 oraz ust. 5 ustawy). W ogólnej praktyce z zakresu zamówień publicznych bardzo często spotkać można się ze współpracą wykonawców w ramach doraźnego konsorcjum, jednakże kooperacja może przybrać także postać spółki cywilnej¹⁸⁶.

Aktualnie kluczowego znaczenia nabiera współpraca wykonawców w ramach umowy konsorcjum. W ramach tego stosunku umownego strony mają daleko idącą swobodę kształtowania zasad wzajemnej współpracy, stąd jest to konstrukcja niezwykle przydatna. Historia umowy konsorcjum sięga początków nowożytności i ma swoją genezę w kooperacjach banków, szczególnie niemieckich, włoskich i niderlandzkich, mających za przedmiot porozumienia emisyjno-kredytowe.¹⁸⁷

Konsorcjum należy postrzegać jako nienazwaną umowę cywilnoprawną kształtowaną przez strony na podstawie art. 353¹ k.c.¹⁸⁸ i nie należy jej mylić ze spółkami prawa handlowego ani też z tzw. *joint venture*, mającym swoje korzenie w prawie *common law*, ponieważ w obydwu ww. przypadkach mamy do czynienia z jednostkami posiadających odrębną podmiotowość prawną, czego nie można w żadnym razie powiedzieć

¹⁸⁶ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 105.

¹⁸⁷ K. Golat, R. Golat, *Umowy nietypowe w obrocie cywilnoprawnym*, wyd. 3, Warszawa-Jaktorów 2003, s. 210.

¹⁸⁸ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 105; J. Olszewska-Stompel, *Umowa konsorcjum*, Publikacje Elektroniczne ABC, Lex; wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 października 2015 r., sygn. akt I ACa 647/15, Legalis numer 1360658.

o stosunku prawnym wynikającym z umowy konsorcjalnej.¹⁸⁹ Umowę konsorcjalną można zdefiniować jako przemijającą formę współpracy kontraktowej kilku niezależnych od siebie podmiotów (przedsiębiorców), realizowaną w postaci współdziałania przy wykonywaniu danego przedsięwzięcia gospodarczego poprzez wspólne ponoszenie ryzyk i dzielenie korzyści.¹⁹⁰

Kontrakt konsorcjalny wykazuje pewne podobieństwa do spółki cywilnej oraz spółki cichej, ale przejawia też znaczne wobec nich odmienności: 1) w obydwu powyższych przypadkach mamy bowiem do czynienia z wyodrębnieniem określonego majątku i stworzeniem z niego współwłasności łącznej (przy spółce cywilnej i cichej), a przy spółce cichej ponadto z przeniesieniem na rzecz wspólnika jawnego pewnych wartości majątkowych (co wykazuje podobieństwo do umowy pożyczki), co raczej nie występuje przy umowie konsorcjum; 2) podmiotowy aspekt jest znacznie mniej istotny w ramach umowy konsorcjum niż w przypadku umowy spółki cywilnej, gdyż skład osobowy konsorcjum zazwyczaj stosunkowo łatwo jest zmodyfikować; a ponadto 3) w umowie konsorcjum, w przeciwieństwie do umowy spółki cywilnej, odpowiedzialność członków konsorcjum nie musi być solidarna.¹⁹¹ W związku z powyższym, stosowanie do umowy konsorcjum pewnych przepisów regulujących spółkę cywilną *per analogiam, in casu* może być uzasadnione.¹⁹²

Warto zarazem zauważyć, że w literaturze wskazuje się, iż ramach oceny oferty składanej przez konsorcjum nie zawsze powinno się dopuszczać do prostego sumowania potencjałów współwykonawców (np. gdy dwóch współwykonawców z osobna nie jest w pełni doświadczonych w wymaganym przez zamawiającego zakresie, łącznie także nie powinno uważać się ich za doświadczonych).¹⁹³

¹⁸⁹ *Op. cit.* K. Golat, R. Golat, *Umowy nietypowe w obrocie cywilnoprawnym*, s. 210-212.

¹⁹⁰ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 105.

¹⁹¹ *Op. cit.* K. Golat, R. Golat, *Umowy nietypowe w obrocie cywilnoprawnym*, s. 212-214.

¹⁹² *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 106; wyrok SN z dnia 23 września 2016 r., sygn. akt II CSK 27/16, Legalis numer 1532461.

¹⁹³ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 108-109.

Pod rządami nowego PZP na etapie ubiegania się o zamówienie zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej, jednak w przypadku udzielenia im zamówienia żądanie przyjęcia takiej formy jest już dozwolone, o ile konkretna forma prawna będzie niezbędna do właściwej realizacji zamówienia (art. 58 ust. 3-4 nowego PZP).¹⁹⁴

Na koniec wskazać należy, że samo zawarcie umowy wskaźnikowej pomiędzy zamawiającym oraz wykonawcami działającymi w ramach konsorcjum (wielopodmiotowość strony), nie powoduje automatycznie, że w przypadku sporu sądowego po stronie konsorcjantów występuje współuczestnictwo konieczne.¹⁹⁵

IV. Ograniczenie swobody umów w reżimie zamówień publicznych

Umowy zawierane w reżimie zamówień publicznych podlegają licznym ograniczeniom wynikającym przede wszystkim z prawa zamówień publicznych. Ograniczenia swobody kontraktowej można zaobserwować tak na etapie zawierania umowy, kształtowania jej treści jak i dopuszczalności zmiany kontraktu.¹⁹⁶ Przedmiotowe ograniczenia są jednak uzasadnione celami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.¹⁹⁷

Zgodnie z prawem zamówień publicznych to zamawiający tworzy wzór umowy stosownie do jego potrzeb, a wykonawca nie ma możliwości złożenia wiążącego zamawiającego wniosku o dokonanie zmian projektowanego kontraktu.¹⁹⁸ W praktyce strony nie są więc równe, a właściwie jedyne co skutecznie może robić wykonawca, to zadawać pytania co do rozumienia poszczególnych klauzul umownych

¹⁹⁴ Tak w uzasadnieniu do projektu ustawy.

¹⁹⁵ Por. *op. cit.* wyrok SN z dnia 23 września 2016 r., sygn. akt II CSK 27/16.

¹⁹⁶ *Op. cit.* M. Sieradzka, P. Szustakiewicz, *Komentarz do art. 139 PZP*, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo Zamówień Publicznych...*, nb. 3.

¹⁹⁷ W tej mierze patrz P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.

¹⁹⁸ Co nie wyklucza jednak zupełnie możliwości zmiany treści projektowanej umowy, co też czasami w praktyce umów wskaźnikowych występuje.

(treści SIWZ/SWZ¹⁹⁹) i postulować o ewentualne korekty wzoru umowy. Umowa zawierana w reżimie zamówień publicznych jest więc w istocie umową adhezyjną, do której można przystąpić bądź też nie.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że nowe PZP w bardzo istotny sposób ogranicza swobodę umów. W art. 433 ustawy wyszczególniono bowiem zamknięty katalog klauzul adhezyjnych, których stosowanie w zamówieniach publicznych jest niedozwolone ze względu na interes wykonawcy,²⁰⁰ a ustawa reguluje ponadto wiele obowiązkowych postanowień umów (przede wszystkim art. 436 nowego PZP). Jest to jednak dobry krok w kierunku zrównywania pozycji stron.

Jednakże nie tylko prawo zamówień publicznych ogranicza wolę stron analizowanego stosunku prawnego. Zawarcie i wykonywanie umowy na utrzymanie dróg publicznych podlega stosunkowo szczegółowej regulacji normatywnej, a normy prawne wpływające na przedmiotowe zobowiązanie znajdują się w wielu aktach prawnych o charakterze tak powszechnie, jak i wewnątrznie, obowiązującym. Oprócz PZP wyszczególnić w tym zakresie należy także stosowne ustawy²⁰¹ oraz rozporządzenia²⁰². Niezwykle istotne są ponadto Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, które w znacznym stopniu oddziałują na ostateczny kształt świadczenia wykonawcy.²⁰³ Na koniec warto zauważyć, że w praktyce spotkać można się z także

¹⁹⁹ W nowej ustawie ustawodawca posługuje się terminem "specyfikacja warunków zamówienia" (w ustawie występuje także skrót: SWZ, por. art. 133 nowego PZP), a nie jak dotychczas "specyfikacja istotnych warunków zamówienia" (potocznie w skrócie: SIWZ).

²⁰⁰ Por. Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Urząd Zamówień Publicznych, *Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych*, 2018, s. 10 i 54-55, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf [dostęp 18.03.2020].

²⁰¹ W utrzymaniu dróg publicznych znaczenie ma przede wszystkim przywoływana już kilkakrotnie ustawa o drogach publicznych.

²⁰² Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. 2016 poz. 124 ze zm.) i rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63 poz. 735 ze zm.), a ponadto dalsze rozporządzenia wyszczególnione na stronie GDDKiA pod adresem <https://www.gddkia.gov.pl/pl/911/akty-prawne> [dostęp 25.02.2020].

²⁰³ Przykładowo wskazać należy Zarządzenie nr 31 z dnia 02 października 2019 roku w sprawie standardów zimowego utrzymania dróg krajowych; Zarządzenie nr 23 z dnia 07 czerwca 2018 roku w sprawie stosowania Ogólnych Specyfikacji Technicznych w GDDKiA; Zarządzenie nr 07 z dnia 19 stycznia 2018 r. w sprawie

z dokumentami o charakterze poleceń służbowych, wydawanymi przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad i kierowanymi do Dyrektorów Oddziałów GDDKiA, w których nakazuje się stosowanie pewnych rozwiązań lub umownych konstrukcji prawnych.²⁰⁴

V. Czas trwania umowy

Dozwolony okres obowiązywania umów wskaźnikowych wynika bezpośrednio z przepisów prawa i stanowi przejaw ograniczenia swobody umów w zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 142 ust. 1 uchylonego PZP (odpowiednio art. 434 ust. 1 nowego PZP) w zamówieniach publicznych umowy zawiera się na czas oznaczony. Powyższe oznacza, że analizowanych umów nie można zawierać na czas nieoznaczony.²⁰⁵ Jednakże również „czas oznaczony” ma konkretne ramy ustawowe, gdyż art. 142 ust. 2 uchylonego PZP (odpowiednio art. 434 ust. 2 nowego PZP) wskazuje, że zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia okresowe (w nowym PZP: „powtarzające się”) lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli: (1) wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub (2) jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.²⁰⁶

wytycznych bieżącego utrzymania oraz prowadzenia czynności utrzymaniowych na drogach krajowych; Zarządzenie nr 31 z dnia 05 września 2017 w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg” czy też Zarządzenie nr 10 z dnia 15 lutego 2013 r. w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zakładania i utrzymania zieleni przydrożnej”.

²⁰⁴ Przykładem takiego dokumentu (polecenia służbowego) jest pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad do Dyrektorów Oddziałów GDDKiA z dnia 14 czerwca 2017 r., DZ.WZD.4202.107.2017.es, nakazujące zawieranie w projektach umów wskaźnikowych klauzuli umożliwiającej wykonawcy wystąpienie do zamawiającego o cesję celem kompensaty kosztów napraw zniszczonej infrastruktury drogowej przez znanych sprawców szkód.

²⁰⁵ Gdyż nie występuje żaden wyjątek przewidywany przez art. 143 ust. 1 oraz ust. 1a uchylonego PZP (odpowiednio przez art. 435 ust. 1 i 2 nowego PZP).

²⁰⁶ Uchylone PZP w art. 142 ust. 3 przewidywało, że w sytuacji kiedy okres obowiązywania umowy ma być dłuższy niż 4 lata, a wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając zarazem uzasadnienie faktyczne i prawne. Natomiast w nowym PZP zrezygnowano z tego obowiązku (patrz art. 434 ustawy), por. J. Jarosław, *Komentarz do art. 434 nowego PZP*, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, nb. 6; E. Wiktorowska, *Komentarz do art. 434 nowego PZP*,

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że analizowane umowy wskaźnikowe zawsze powinny być zawierane na czas oznaczony. Czas obowiązywania kontraktów co do zasady nie powinien przekraczać 4 lat, jednakże gdy zostaną spełnione przesłanki ustawowe, równie dobrze może być dłuższy. Niezwykle istotne jest, że tak uchylone jak i nowe PZP nie precyzują w tym względzie maksymalnego okresu na jaki kontrakty te można zawierać, kwestię tą pozostawiając w wyłącznej gestii zamawiającego.²⁰⁷

VI. Forma umowy

W prawie cywilnym zasadniczo nie występuje przymus co do formy umów, w związku z tym forma większości umów może być dowolna (art. 60 k.c.). Analizowane umowy wskaźnikowe pod rygorem nieważności (łac. *ad solemnitatem*) powinny być jednak zawierane w formie pisemnej, chyba że przepisy odrębne będą wymagały formy szczególnej (art. 139 ust. 2 uchylonego PZP²⁰⁸, analogicznie art. 432 nowego PZP).²⁰⁹ Umowa zawarta bez wymaganej formy jest zatem od razu bezskuteczna, a następcze potwierdzenie jej na piśmie nie powoduje jej konwalidacji.²¹⁰

W związku z pandemią wirusa SARS-CoV-2 wprowadzono jednak wyraźną regulację, zgodnie z którą w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii oraz związanych z nimi ograniczeń w przemieszczaniu się, umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierane są w formie pisemnej *ad solemnitatem*, albo za zgodą

[w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, nb. 2.

²⁰⁷ Por. E. Bagińska, M. Kosmol, *Czy istnieje prawne ograniczenie czasowe dla umów typu „utrzymaj standard”?*, *Magazyn Autostrady* 11-12/2018, s. 72-73. Odrębną kwestią jest natomiast jaki okres jest najbardziej optymalny oraz jakie relacje zachodzą pomiędzy długością obowiązywania kontraktów a ich kompleksowością, niezbędnymi umiejętnościami wykonawców, czy też ryzykiem kontraktowym – por. szerzej *op. cit.* E. Bagińska, M. Kosmol, *Optymalny okres obowiązywania...*, s. 80-82.

²⁰⁸ Por. J. Pieróg, *Komentarz do art. 139 PZP*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 15, Warszawa 2019, pkt III 1-2, 4.

²⁰⁹ Na marginesie warto odnotować, że przepisów PZP nie stosuje się do zamówień o niskiej wartości (art. 4 pkt 8 uchylonego PZP, odpowiednio art. 2 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 nowego PZP), wyjątek ten nie ma jednak znaczenia na gruncie analizowanych umów.

²¹⁰ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 80.

zamawiającego w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.²¹¹

§ 3. Adhezyjny charakter umowy a dokonywanie jej wykładni

Analizowana umowa stanowi przykład umowy adhezyjnej, gdyż jej treść nie podlega negocjacom. Fakt ten ma niebagatelne znaczenie jeżeli chodzi o przeprowadzanie wykładni umowy. W tym wypadku panuje zasada, w myśl której to strona sporządzająca tekst umowy ponosi ryzyko jej niejasnych postanowień (łac. *in dubio contra proferentem*).²¹² W razie wątpliwości interpretacja postanowień umownych zasadniczo powinna być więc przeprowadzana na korzyść wykonawcy, gdyż podmiot ten praktycznie nie ma wpływu na treść podpisywanej przez siebie umowy.²¹³ Powyższy pogląd znajduje uzasadnienie także w art. II-8:103 (1) Projektu Wspólnej Ramy Odniesienia (dalej w skrócie: DCFR) wprowadzającym regułę interpretacji postanowień umownych przeciwko podmiotowi sporządzającemu umowę.

Zarazem warto jednak zauważyć, że w literaturze wskazuje się, iż zasada *in favorem debitoris*, zgodnie z którą w razie zaistnienia wątpliwości co do zakresu zobowiązania wykonawcy należy przyjąć postawę redukcyjną, w zamówieniach publicznych nie powinna mieć zastosowania, natomiast ww. zasada *in dubio contra proferentem* powinna być stosowana ze znaczną dozą ostrożności, z uwagi na możliwość zadawania pytań

²¹¹ Art. 15r ust. 10 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1842 ze zm.).

²¹² *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 87.

²¹³ Oczywiście wykonawca może zadawać pytania i składać wnioski o zmianę umowy, jednakże praktyka pokazuje, że zamawiający zmieniają umowy praktycznie wyłącznie, gdy wykonawca zauważy jakąś nieścisłość lub niezgodność z powszechnie obowiązującym prawem. Wpływ na kształtowanie treści umowy wskaźnikowej jest więc zupełnie marginalny.

i uzyskiwania wyjaśnień, a więc prowadzenia dialogu pomiędzy wykonawcą a zamawiającym.²¹⁴

Konieczne jest ponadto wskazanie, że w przypadku nietransparentnych postanowień umownych wykonawca powinien zwrócić się do zamawiającego z pytaniem o wyjaśnienie niejasnych treści SIWZ/SWZ, gdyż wymaga tego należyta staranność obciążająca profesjonalistę (art. 38 uchylonego PZP (odpowiednio art. 135 nowego PZP) w zw. z art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 355 § 2 k.c.).²¹⁵ Wyjaśnienia (odpowiedzi na pytania) zamawiającego stanowiły będą autentyczną wykładnię umowy, a ponadto są wiążące dla wykonawców oraz mogą zmienić SIWZ/SWZ poprzez jego uszczegółowienie, przy czym modyfikacja taka nie musi mieć charakteru *stricte* formalnego.²¹⁶

Odnosząc się natomiast do podstawowych reguł wykładni umów należy zauważyć, że na gruncie art. 65 k.c. wyróżnić można trzy metody jej przeprowadzania: (1) metodę subiektywno-indywidualną, koncentrującą się na woli składającego oświadczenie woli, (2) obiektywną (normatywną) metodę wykładni, skupiającą się na zdolności percepcyjnej starannego (rozsądnego) odbiorcy oświadczenia woli oraz (3) metodę kombinowaną, będącą połączeniem dwóch powyższych podejść do interpretacji oświadczeń woli.²¹⁷

²¹⁴ M. Drozdowicz, *Glosa do wyroku SN z 5.6.2014 r., IV CSK 626/13*, Prawo Zamówień Publicznych 4/2014, s. 123-124.

²¹⁵ Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 05 czerwca 2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13, Legalis numer 1765430, „(...) w danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego [zamówienie specjalistycznej śmieciarki] oraz wątpliwości występujących po stronie wykonawcy [co do pojemników na śmieci], art. 38 ZamPublU stanowi w związku z art. 354 § 2 KC nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 KC.” Przedmiotowe niefortunne sformułowanie o obowiązku wykonawcy zostało jednak w doktrynie trafnie skrytykowane, por. np. *op. cit.* M. Drozdowicz, *Glosa do wyroku SN z 5.6.2014...*, s. 120-121 i 132; także w dalszej literaturze wskazuje się na uprawnienie wykonawcy oraz obowiązek zamawiającego - patrz J. Pieróg, *Komentarz do art. 38 PZP*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 1; M. Sieradzka, *Komentarz do art. 38 PZP*, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 1.

²¹⁶ *Op. cit.* wyrok SN z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt II CSK 197/15; wyrok KIO z dnia 31 marca 2014 r., sygn. akt KIO 503/14, Legalis numer 834331.

²¹⁷ K. Mularski, Z. Radwański [w:] A. Olejniczak (red.), Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 2, wyd. 3, Warszawa 2019, s. 86.

Metoda kombinowana wydaje się być aktualnie dominująca w orzecznictwie, a ponadto zyskała znaczne uznanie w doktrynie.²¹⁸ Metoda ta ma za zadanie uwzględnić tak rzeczywistą wolę podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i zaufanie odbiorcy/ów do konkretnych sformułowań przez ten podmiot wykorzystanych.²¹⁹ Warto w tym miejscu odnotować, że w kręgu *common law* niewątpliwie dominuje metoda zobiektywizowana,²²⁰ natomiast metoda kombinowana najwcześniej rozwinęła się w Niemczech, a aktualnie zaobserwować można jej światową ekspansję²²¹. Także w DCFR proponuje wykorzystywanie metody kombinowanej (art. II-8:101-107 DCFR).

Wydaje się, że właśnie metoda kombinowana jest najbardziej sprawiedliwa, stąd w ramach analizowanych umów wskaźnikowych należy przychylić się do jej stosowania. Jako że mówimy o umowie w całości redagowanej przez jedną stronę oraz skierowanej do zasadniczo nieograniczonego kręgu profesjonalnych wykonawców utrzymaniowych, największy nacisk położyć należy na obiektywne interpretowanie zapisów umownych, dokonywane przez pryzmat typowego podmiotu profesjonalnie utrzymującego infrastrukturę drogową.²²²

Na koniec należy zauważyć, że orzecznictwo dotyczące wykładni analizowanych umów wskaźnikowych w utrzymaniu dróg publicznych wskazuje, że przedmiotowe kontrakty trzeba interpretować biorąc pod uwagę, iż umowa stanowi pewną niepodzielną

²¹⁸ P. Machnikowski, *Komentarz do art. 65 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2019, pkt II 1.

²¹⁹ *Op. cit.* P. Machnikowski, *Komentarz do art. 65 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt II 1.

²²⁰ *Op. cit.* K. Mularski, Z. Radwański [w:] A. Olejniczak (red.), Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, tom 2, s. 87.

²²¹ *Op. cit.* K. Mularski, Z. Radwański [w:] A. Olejniczak (red.), Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, tom 2, s. 88-89.

²²² Konieczne jest dokonywanie wykładni właśnie przez pryzmat podmiotu profesjonalnie zajmującego się utrzymywaniem dróg, patrz M. Świerczyński, *Komentarz do art. 65 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, nb. 3, gdzie Autor wskazuje, że przy dokonywaniu wykładni umowy należy uwzględnić status jej stron (np. profesjonalna działalność gospodarcza). Warto wskazać zarazem, że istotną rolę odgrywają reguły znaczeniowe wyspecjalizowanego języka panującego w środowisku podmiotów utrzymujących drogi, por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 15, Warszawa 2019, s. 270.

i funkcjonalną całość, w związku z czym koncentrowanie się np. wyłącznie na danych załącznikach, jest zabiegiem zdecydowanie nieprawidłowym.²²³

§ 4. Przedmiot umowy

I. Wprowadzenie

Poniższe rozważania nad przedmiotem umowy, a w konsekwencji świadczeniami stron (przede wszystkim świadczeniem wykonawcy, gdyż świadczenie zamawiającego jest wzajemnym świadczeniem pieniężnym), opierają się nie tylko na analizie dogmatycznoprawnej, ale również na empirycznej analizie postanowień umownych. Zestawienie kluczowych zagadnień regulowanych wprost w umowach wskaźnikowych mogłoby być jednak niezwykle szerokie. Na przestrzeni ostatnich lat oddziały GDDKiA zawarły bowiem z wykonawcami stosunkowo wiele umów wskaźnikowych, a umowy te są bardzo obszerne. Na przestrzeni lat struktura i treść kontraktów nie uległa może zupełnie rewolucyjnemu przeobrażeniu, jednak liczne kwestie szczegółowe znacznie różnią się między poszczególnymi wzorami umów.²²⁴ Umowy te podlegają bowiem stałemu procesowi ulepszania, w związku z czym w najbliższych latach należy spodziewać się ich dalszej ewolucji.²²⁵ Pewne zmiany w umowach zawieranych po dniu 01.01.2021 r., a więc

²²³ W tym wypadku Karcie kar, por. nieprawomocny wyrok SO w Warszawie z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt XXV C 1827/17, Legalis numer 2271886.

²²⁴ Por. K. Markowski, *Wskaźnikowe modele utrzymania dróg w Polsce - wprowadzenie do dyskusji*, 2018, s. 7-9, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_KMarkowski.pdf [dostęp 16.08.2019] oraz *op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 280-290.

²²⁵ Por. *op. cit.* N. Wyrwich, *Perspektywy ewolucji...*, s. 9-17. Nad implementacją jednolitego modelu zarządzania drogami publicznymi pracuje zespół powołany Zarządzeniem nr 29 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 08 sierpnia 2018 roku w sprawie Zespołu do spraw wdrożenia jednolitego modelu zarządzania utrzymaniem dróg krajowych, których zarządcą jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad. K. Markowski, przewodniczący ww. Zespołu, zaprezentował swoją propozycję modelu docelowego i wskazał, że jego wdrożenie na całej sieci jest planowane do 2023/2025 r., por. *op. cit.* K. Markowski, *Wskaźnikowe modele utrzymania dróg...*, s. 16-18. Ponadto zmian można się spodziewać z uwagi na postulaty środowiska naukowego – por. w szczególności E. Bagińska, K. Jamroz, M. Kosmol, *Zarządzanie ryzykiem kontraktowym i zasady ubezpieczenia szkód spowodowanych uderzeniami pojazdów w drogowe środki bezpieczeństwa*, niepubl. projekt wytycznych dla GDDKiA przedstawiony na Konferencji Naukowej „Drogowe środki bezpieczeństwa ruchu - od nauki do praktyki”, która odbyła się w dniach 12-13 września 2019 r. w Gdańsku na Politechnice Gdańskiej; E. Bagińska, M. Kosmol, *Przesłanki optymalnego*

po dniu wejścia w życie nowego PZP, są natomiast praktycznie pewne, natomiast już w roku 2020 da się zaobserwować dostosowywanie wzorów umów do nowych wymagań.²²⁶ Mając powyższe na uwadze, jako referencyjne przyjąłem wybrane umowy z ostatnich lat – t.j. umowę zawartą w 2019 r. przez GDDKiA oddział w Szczecinie (dalej: szczeciński wzorzec umowny), stanowiącą przykład umowy na utrzymanie pojedynczej drogi (utrzymanie liniowe)²²⁷ oraz dwie umowy zawarte w 2018 r. przez GDDKiA oddział w Kielcach²²⁸ (dalej: kielecki wzorzec umowny) oraz w Opolu²²⁹ (dalej: opolski wzorzec umowny), będące przykładami umowy na utrzymanie kilku dróg (utrzymanie obszarowe).²³⁰ Pozwolą one na przedstawienie głównych założeń umów wskaźnikowych, bez konieczności każdorazowego odwoływania się do bardzo wielu przykładów, natomiast w miarę potrzeb przywoływał będę także inne wzorce umów, w szczególności umowę zawartą w 2019 r. przez GDDKiA oddział w Poznaniu (dalej: poznański wzorzec umowny)²³¹ oraz stosunkowo nową umowę zawartą w 2020 r. przez GDDKiA oddział w Rzeszowie (dalej: rzeszowski wzorzec umowny)²³².

modelu metody dochodzenia odszkodowań za zniszczenie urządzeń infrastruktury drogowej, 2018, s. 16-39, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_EBaginska.pdf [dostęp 06.05.2019].

²²⁶ Warto odnotować w tym miejscu, że w celu zrównoważenia pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego nowe PZP pośrednio wprowadza, jak się zdaje, zalecenie kształtowania kontraktów zgodnie z zasadą proporcjonalności, a skuteczność realizacji tego konceptu ogólnego zapewnić ma przede wszystkim implementacja katalogu klauzul abuzywnych (art. 433 nowego PZP).

²²⁷ Dokumentacja przetargowa dostępna pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/106938/caloroczne-kompleksowe-utrzymanie-drogi-ekspresowej-s-6-administrowanej-przez-generalna-dyrekcje-drog-krajowych-i-autostrad-oddzial-w-szczecinie-wraz-ze-wszystkimi-jej-elementami-z-podzialem-na-3-czesci> [dostęp 05.07.2019].

²²⁸ <https://www.gddkia.gov.pl/ajax/zamowieniePubliczneSzczegoly.php?id=24933&lang=pl> [dostęp 05.07.2019].

²²⁹ <https://www.gddkia.gov.pl/ajax/zamowieniePubliczneSzczegoly.php?id=24440&lang=pl> [dostęp: 05.07.2019].

²³⁰ Należy w tym miejscu zauważyć, że w ramach umowy zawartej przez GDDKiA oddział w Kielcach przy powoływaniu się na Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) będę miał każdorazowo na myśli OPZ dla rejonu Busko Zdrój. Przywoływanie także pozostałych dwóch OPZ – odpowiednio dla rejonów w Kielcach oraz Opatowie, nie jest bowiem celowe.

²³¹ <https://gddkia.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/138489/caloroczne-kompleksowe-utrzymanie-w-systemie-wskaznikowym-drogi-ekspresowej-s5-na-odcinku-wezel-mielno-wezel-poznan-wschod> [dostęp 30.01.2020].

²³² <https://gddkia.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/181080/caloroczne-utrzymanie-drog-krajowych-zaradzanych-przez-generalna-dyrekcje-drog-krajowych-i-autostrad-oddzial-w-rzeszowie-wraz-ze-wszystkimi-elementami-z-podzialem-na-dwie-czesci-zamowienia-czesc-nr-1-rejon-w-rzeszowie-oua-debica-czesc-nr-2-rejon-w> [dostęp 01.07.2020].

II. Świadczenie wykonawcy

1. Empiryczne ujęcie ogólne

Jako przedmiot analizowanej umowy wskaźnikowej wskazuje się świadczenie polegające na rozciągniętym w czasie, kompleksowym utrzymaniu przekazanej wykonawcy części infrastruktury drogowej, a więc drogi albo zespołu dróg administrowanych przez zamawiającego (w badanych umowach - dany oddział GDDKiA), wraz ze wszystkimi elementami pasa drogowego.²³³ Zgodnie z wzorcami umów świadczenie wykonawcy polega na wykonywaniu „robót i usług”, zaś ich dokładny zakres określają dokumenty składające się na umowę, a więc przede wszystkim OPZ oraz Specyfikacje Techniczne.²³⁴ Co istotne, wykonawca zobowiązuje się do wykonywania wszystkich czynności koniecznych „do osiągnięcia rezultatu określonego w ust. 1”, a więc kompleksowego utrzymania infrastruktury drogowej²³⁵, „niezależnie od tego, czy wynikają wprost z dokumentów wymienionych w ust. 3”, czyli przede wszystkim z OPZ i Specyfikacji Technicznych.²³⁶

2. Empiryczne ujęcie szczegółowe - podział świadczenia wykonawcy na prace o charakterze rutynowym oraz strukturalnym

Najnowsze umowy wskaźnikowe zawierają podział czynności utrzymaniowych na dwie kategorie: utrzymanie rutynowe oraz utrzymanie strukturalne. **Utrzymanie rutynowe polega na utrzymywaniu dróg w dosłownym tego słowa znaczeniu, a więc obejmuje swoim zakresem przede wszystkim bieżące czyszczenie, drobniejsze naprawy oraz konieczną konserwację infrastruktury drogowej.** Zgodnie z przyjętą praktyką kontraktową utrzymanie rutynowe to prace utrzymaniowe obejmujące swoim spektrum

²³³ Por. § 1 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy (dalej: IPU) szczecińskiego, kieleckiego i opolskiego wzorca umownego.

²³⁴ § 1 ust. 2 i 3 IPU szczecińskiego, kieleckiego i opolskiego wzorca umownego.

²³⁵ Przy czym kielecki wzorzec umowy zawiera w tej mierze oczywistą omyłkę, gdyż bezprzedmiotowo odwołuje się do § 1 ust. 2 IPU.

²³⁶ § 1 ust. 4 IPU szczecińskiego, kieleckiego i opolskiego wzorca umownego, przy czym szczeciński i opolski wzorzec umowy jako czynności wykonawcy wskazuje „wszystkie roboty”, natomiast kielecki „wszystkie roboty/usługi”.

czynności zapewniające utrzymanie oczekiwanego standardu drogi, a zakres i charakter tych czynności szczegółowo określa OPZ i załączniki do niego.²³⁷ Celem nadrzędnym jest więc stałe utrzymywanie określonego standardu infrastruktury drogowej, aby użytkownicy mogli z niej stosunkowo bezpiecznie i komfortowo korzystać. „Roboty i usługi” o charakterze rutynowym realizowane są sukcesywnie zgodnie OPZ, bez dodatkowych poleceń czy zleceń ze strony zamawiającego²³⁸ i należy się za nie wynagrodzenie ryczałtowe określane mianem „Cyklicznego Wynagrodzenia”²³⁹.

Utrzymanie strukturalne to z kolei prace wykraczające swoim zakresem poza utrzymanie rutynowe²⁴⁰, a więc przykładowo²⁴¹: ustawienie nowych (z pkt. widzenia organizacji ruchu) tablic lub znaków drogowych, ustawienie nowych (jw.) odcinków barier drogowych, wycinka drzew, wykonanie remontów cząstkowych na większych powierzchniach, wykonanie usług na innych niż wskazane w OPZ odcinkach infrastruktury drogowej. „Roboty i usługi” strukturalne najczęściej dotyczą napraw bieżących przywracających sprawność techniczną i użytkową zniszczonych lub uszkodzonych elementów infrastruktury drogowej, mają więc charakter prac remontowych lub awaryjnych.²⁴² Zasadniczo są to więc czynności mające już charakter remontu, jednakże takie prace są w ramach umów wskaźnikowych fakultatywne, a zamawiający może zlecać je oddzielnym zamówieniem publicznym innym podmiotom.²⁴³ Prace strukturalne wykonywane są zgodnie z OPZ w miarę występujących potrzeb na sieci drogowej.²⁴⁴ Wykonywanie tych prac jest więc uzależnione od bieżących decyzji zamawiającego i należy

²³⁷ Patrz np. część B punkt 8 OPZ opolskiego wzorca umownego.

²³⁸ § 10 ust. 9 IPU szczecińskiego wzorca umownego, § 9 ust. 8 IPU kieleckiego wzorca umownego przy czym umowa przewiduje wyjątek dla robót i usług o charakterze rutynowym określonych przedmiarem, a także § 9 ust. 9 IPU opolskiego wzorca umownego.

²³⁹ § 4 i § 6 IPU szczecińskiego, § 4 i § 5 IPU kieleckiego oraz opolskiego wzorca umownego.

²⁴⁰ Patrz np. część B punkt 9 OPZ opolskiego wzorca umownego.

²⁴¹ Punkt 6.1 ustęp 2) OPZ opolskiego wzorca umownego.

²⁴² Część B.V punkt 1 lit. A-B oraz punkt 2 lit. A-B OPZ opolskiego wzorca umownego.

²⁴³ Część B.V punkt 1 *in fine* oraz punkt 2 *in fine* OPZ opolskiego wzorca umownego.

²⁴⁴ § 10 ust. 10 IPU szczecińskiego, § 9 ust. 9 IPU kieleckiego, a także § 9 ust. 10 IPU opolskiego wzorca umownego.

się za nie wynagrodzenie ustalane na podstawie obmiaru prac, a więc wynagrodzenie kosztorysowe.²⁴⁵

Warto w tym miejscu zauważyć, że **przedmiot umowy obejmuje (także) czynności wykonawcy mające charakter remontu częściowego** i rozumie się przez nie „roboty utrzymaniowe mające na celu polepszenie wartości parametrów technicznych elementu Drogi, ale bez pełnego odtworzenia wartości projektowanych, w szczególności zapewnienie bezpieczeństwa ruchu drogowego poprzez eliminację ubytków i deformacji nawierzchni mogących stworzyć zagrożenie dla uczestników tego ruchu”²⁴⁶, natomiast **umowa nie obejmuje swoim zakresem remontu pełnego**, przez który należy rozumieć „roboty utrzymaniowe mające na celu polepszenie wartości parametrów technicznych elementu Drogi do poziomu wartości projektowanych”²⁴⁷. Powyższe stanowi próbę rozgraniczenia, gdzie kończy się już utrzymywanie infrastruktury *sensu stricto*, za które wykonawca odpowiada, a gdzie zaczyna jej remont, za który wykonawca odpowiadać nie powinien.

Na koniec wskazuję, że w ramach przedmiotowych umów występują także **prace awaryjne**, jednakże będą one przedstawione dalej (patrz Rozdział III, s. 109 i n.).

Podsumowując należy stwierdzić, że podział czynności utrzymaniowych przyjęty w polskich wzorcach umownych co do zasady jest prawidłowy i zasługuje na aprobatę. Ukształtowanie czynności wykonawcy w ramach zasadniczo dwóch wariantów, a więc utrzymania rutynowego (ang. *routine maintenance*) oraz strukturalnego (ang. *periodic maintenance*), nie jest zresztą zjawiskiem nowym, gdyż stosunkowo podobny model umowny występuje w umowach zawieranych na całym świecie - jako przykłady wskazać można chociażby Urugwaj²⁴⁸, Malezje²⁴⁹ czy Filipiny²⁵⁰.²⁵¹ Implementację umów

²⁴⁵ § 4 i § 6 IPU szczecińskiego, § 4 i § 5 IPU kieleckiego, a także § 4 i § 5 IPU opolskiego wzorca umownego.

²⁴⁶ Część B punkt 5 i 6 OPZ opolskiego wzorca umownego.

²⁴⁷ Część B punkt 5 i 7 OPZ opolskiego wzorca umownego.

²⁴⁸ *Op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...*, s. 22.

²⁴⁹ *Op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...*, s. 22.

²⁵⁰ Na Filipinach utrzymanie strukturalne wynagradzane było na podstawie obmiarowej (ang. *unit price basis*) – por. *op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...*, s. 22-23.

²⁵¹ Jednak nie każdy kraj przyjął przedmiotowy podział. Jako przykład wskazać można Brytyjską Kolumbię, w której występuje następujący układ czynności utrzymaniowych: Utrzymanie infrastruktury

wskaźnikowych z podziałem na czynności rutynowe i strukturalne, zaleca także Asian Development Bank.²⁵² Polska wersja umowy wskaźnikowej różni się jednak istotnie od niemieckiej (przede wszystkim *Funktionsbauvertrag*, jedynie pobocznie V-Modell), gdyż rodzime umowy koncentrują się wyłącznie na utrzymywaniu infrastruktury jako takim, a nie na jej wybudowaniu/gruntownym odnowieniu, aby następnie przez bardzo długi czas ją utrzymywać.

3. Ujęcie dogmatycznoprawne

Zgodnie z art. 353 § 1 k.c. zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Świadczenie może natomiast polegać na działaniu albo na zaniechaniu (art. 353 § 2 k.c.).²⁵³ W doktrynie wskazują się w związku z powyższym, że świadczenie to „zachowanie się (lub zespół zachowań) dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesowi wierzyciela”.²⁵⁴ Celem świadczenia jest zapewnienie wierzycielowi określonej korzyści

(ang. *Maintenance Services*), a więc podstawowe czynności wykonawcy, dzieli się w pierwszej kolejności na **utrzymanie oparte o plan jednostkowych działań** (ang. *Quantified Maintenance Services*) oraz **utrzymanie rutynowe** (ang. *Routine Maintenance Services*). Utrzymanie rutynowe wynagradzane jest na podstawie ryczałtu, natomiast utrzymanie oparte o plan jednostkowych działań, na podstawie wyliczenia sprecyzowanych w umowie kosztów (w tym zakresie mieszczą się np. koszty drobniejszego malowania mostów, koszty naprawy struktur betonowych czy utrzymania poboczy na autostradach), dokonywanego na podstawie cen jednostkowych danych czynności, określonych w załączniku nr 5 do umowy oraz rocznego planu aktywności wykonywanych w jego ramach. W tej prowincji Kanady wyszczególnione zostały ponadto: **utrzymanie dodatkowe** (ang. *Additional Maintenance Services*) oraz **utrzymanie awaryjne** (ang. *Emergency Services*). Czynności wykonawcy w ich ramach wynagradzane są dodatkowo, na podstawie specjalnego sposobu kalkulacyjnego, określonego z załączniku nr 19 do umowy. Ich wykonywanie zależy od realnych potrzeb dotyczących infrastruktury, a zamawiający uprawniony jest do nakładania na wykonawcę obowiązku podjęcia się tych czynności. Powyższe dokonuje się poprzez przedstawienie wykonawcy pisemnego zlecenia (w przypadku utrzymania awaryjnego zlecenie może być dokonane w dowolnej formie, a następnie potwierdzone na piśmie) – por. punkt 5.2 umowy. Patrz wzór umowy utrzymaniowej wraz z załącznikami, <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/transportation/transportation-infrastructure/contracting-to-transportation/highway-bridge-maintenance/highway-maintenance/agreement> [dostęp: 15.09.2018].

²⁵² *Op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...* s. 39-42.

²⁵³ Na gruncie k.z. ustawodawca wskazał, że świadczenie polegać może na daniu, czynieniu, nieczynieniu, zaprzestaniu lub znoszeniu (art. 2 § 2 k.z.), aczkolwiek powyższe pojęcia zasadniczo można sprowadzić do działania (*facere*) lub zaniechania (*non facere*) jak to uczyniono w k.c. Niekiedy podkreśla się jednak pewną odrębność znoszenia (*pati*), charakterystycznego np. dla umowy najmu, por. przykładowo M. Safjan, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 1, pkt IV 2.

²⁵⁴ *Op. cit.* W. Borysiak, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 51; analogicznie *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 201 oraz P. Machnikowski, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt III 1.

wskazanej w treści zobowiązania, co określa się mianem zaspokojenia „słusznego” interesu wierzyciela.²⁵⁵

W ramach analizowanej umowy wskaźnikowej świadczenie wykonawcy polega na utrzymywaniu infrastruktury drogowej. Jest to świadczenie niepieniężne, na które składa się zespół poszczególnych, a zarazem bardzo licznych, czynności utrzymaniowych pogrupowanych w ramach utrzymania rutynowego oraz utrzymania strukturalnego (czynności wykonawcy w ramach utrzymania strukturalnego nie wchodzą jednak do treści świadczenia wykonawcy, dopóki nie zostaną oddzielnie zlecane). Świadczenie wykonawcy polega więc na działaniu w postaci świadczenia usług (*facere*). Kwalifikacje prawna przedmiotowego świadczenia budzi jednak pewne wątpliwości.

Przede wszystkim należy zauważyć, że **świadczenie wykonawcy nie stanowi jednorodnej kategorii.**²⁵⁶ Składają się na nie świadczenia ciągłe (np. nieprzerwane odśnieżanie drogi przez dłuższy okres gdy cały czas pada śnieg), okresowe (np. czynności wykonywane również w ramach utrzymania rutynowego określane jednak z góry harmonogramem i wykonywane w ustalonych odstępach czasu - w niektórych umowach np. ścinanie trawy) oraz jednorazowe (np. naprawa bariery drogowej zniszczonej przez nieznanego sprawcę, a ponadto poszczególne czynności wykonawcy z zakresu utrzymania strukturalnego, zlecane osobno za dodatkowym wynagrodzeniem). Zakres i rodzaj świadczeń, jakie wykonawca jest zobowiązany spełniać, są zmienne i zależą od treści danej umowy, a ponadto od stanu infrastruktury drogowej oraz bieżących potrzeb zamawiającego. Analizowana umowa kreuje więc niejednorodny stosunek prawny, na który

²⁵⁵ *Op. cit.* W. Borysiak, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 51, por. też *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrżyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 208. Na gruncie k.z. por. *op. cit.* A. Ohanowicz, *Zobowiązania. Część ogólna*, s. 11.

²⁵⁶ Tak co do świadczenia, do którego spełniania zobowiązany jest nabywca nieruchomości w ramach umowy dożywocia, B. Lackoroński, *Komentarz do art. 908 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, Wprowadzenie punkt IV i nb 27; w podobnym tonie A. Doliwa, *Komentarz do art. 908 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 2; analogicznie Z. Woźniak, *Umowa o dożywocie w prawie polskim*, Warszawa 2019, s. 195. Na umowę dożywocia składają się bowiem świadczenia ciągłe, okresowe i jednorazowe. Jest to oczywiście umowa o zupełnie odmiennych funkcjach gospodarczych, aczkolwiek pojęcie świadczenia nabywcy nieruchomości na poziomie konstrukcyjnym jest w pewnym sensie zbliżone do pojęcia świadczenia wykonawcy w analizowanej umowie wskaźnikowej.

składa się wiele różnorodnych świadczeń wykonawcy, a świadczenia te aktualizują się dynamicznie stosownie do potrzeb infrastrukturalnych. Konieczność stałego utrzymania drogi w odpowiednim stanie jest wspólnym mianownikiem aktualizowania się obowiązków wykonawcy do spełnienia poszczególnych świadczeń, a także ich dokładnego zakresu.²⁵⁷ Na treść zobowiązania kreowanego przez analizowaną umowę w zasadzie składa się więc **suma świadczeń**, których może żądać od wykonawcy zamawiający.²⁵⁸

Z punktu widzenia analizowanej umowy jako pewnej niepodzielnej całości, mamy jednak na myśli nie sumę autonomicznych i niezależnych od siebie świadczeń, a sumę świadczeń właśnie ściśle od siebie zależnych, ostatecznie składających się na konkretny rezultat ciągle dłużny zamawiającemu (standard utrzymania). Ww. koncepcja o sumie świadczeń musi więc zostać poddana pogłębionej analizie.

Na początek warto wskazać, że w literaturze niemieckiej zauważa się, że umowa wskaźnikowa koncentruje się nie na zamówieniu/nabyciu pojedynczego świadczenia, ale wiązki/pakietu świadczeń (niem. *Leistungsbündel*) na raz²⁵⁹ albo trafniej na zamówieniu **jednego świadczenia krystalizującego się pod postacią wiązki/pakietu świadczeń**²⁶⁰. Z punktu widzenia umowy jako całości, poszczególne świadczenia wchodzące w skład nadrzędnego pojęcia świadczenia wykonawcy, traktować należy więc jako **świadczenia częściowe** (niem. *Teilleistungen*).²⁶¹

W dalszej kolejności należy odwołać się do polskiego orzecznictwa z zakresu prawa publicznego, w którym analizie poddano pojęcie świadczenia wykonawcy w analizowanej

²⁵⁷ Podobnie w ramach umowy dożywocia, por. *op. cit.* Z. Woźniak, *Umowa o dożywocie...*, s. 195.

²⁵⁸ Tak w ramach umowy dożywocia *op. cit.* A. Doliwa, *Komentarz do art. 908 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 5. Zauważa się bowiem, że nabywca nieruchomości zobowiązany jest do spełniania powtarzających się świadczeń (a nie jednego świadczenia), por. *op. cit.* J. Skąpski [w:] S. Grzybowski, *Prawo cywilne*, s. 348.

²⁵⁹ M. Eßig [w:] *op. cit.* A. H. Glas, *Public Performance-based...*, słowo wprowadzające; A. H. Glas w *ibidem*, s. 2 i n. oraz 26 i n.

²⁶⁰ *Op. cit.* F. C. Kleemann, *Supplier Relationship Management...*, s. 66-67.

²⁶¹ D. Kronsbein, *Service-Level-Agreements und Vergütungsmechanismen für PPP-Verfügbarkeitsmodelle im Verkehrswegebau, Verfügbarkeitsmodelle im Straßenbau. Privatwirtschaftliche Lösungen jenseits der PKW-Maut, Die Deutsche Bauindustrie*, s. 39, https://www.bauindustrie.de/media/documents/Verfuegbarkeitsmodelle_Internet_Endf.pdf [dostęp 08.09.2019].

umowie wskaźnikowej. Na gruncie prawa podatkowego sądy starały się odpowiedzieć na pytanie, czy poszczególne czynności wykonawcy składające się na przedmiot umowy są w istocie jednym świadczeniem gospodarczym, a więc stanowią jedno świadczenie kompleksowe (świadczenie złożone), czy też „utrzymywanie dróg” stanowi zbiór poszczególnych i indywidualnych świadczeń. Przedmiotowa problematyka jest niezwykle istotna z punktu widzenia prawa podatkowego, ponieważ przyjęcie tej ostatniej koncepcji powoduje możliwość objęcia poszczególnych asortymentów robót (świadczeń wykonawcy) odmiennymi stawkami podatku VAT (np. obniżoną stawką 8%). Jeżeli natomiast prawidłowa jest teza, w myśl której mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, całość zamówienia zasadniczo powinna zostać objęta podstawową stawką podatku VAT wynoszącą (aż) 23%.

Na gruncie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług²⁶² (dalej w skrócie: ustawa o podatku VAT), kwalifikacja umów obejmujących swoim zakresem kilka odmiennych, aczkolwiek wykonywanych we wspólnym celu gospodarczym, świadczeń wykonawcy (np. umowa na kompleksową usługę transportową obejmująca oprócz samego transportu także czynności okołotransportowe takie jak załadunek, rozładunek, ważenie i informowanie o przybyciu bądź odprawie towarów), w zamian za jedno „wspólne” wynagrodzenie, od lat wywołuje kontrowersje, a rozbieżności stanowisk są znaczne.²⁶³

W interesującym nas zakresie kluczowe znaczenie ma wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 października 2016 r.²⁶⁴ Przedmiotowe orzeczenie zapadło na kanwie odwołania wykonawcy od złożonego przez siebie wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego do Ministra Finansów.

²⁶² T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 685 ze zm.

²⁶³ Por. J. Matarewicz, *Świadczenia złożone w VAT. Zasady stosowania z przykładami nieprawidłowości i nadużyć*, Warszawa 2020, s. 15 i n.; E. Lis, J. Jędrszczyk, *Świadczenia złożone - problemy praktyczne na gruncie przepisów o podatku VAT*, Monitor Podatkowy 6/2006. Z uwagi na brak normatywnej definicji świadczenia złożonego J. Matarewicz *de lege ferenda* zaproponował własną koncepcję tego pojęcia (do celów podatku VAT), por. *op. cit.* J. Matarewicz, s. 322.

²⁶⁴ Sygn. akt I FSK 344/15, Legalis numer 1558538.

W zaskarżonej przez wykonawcę interpretacji indywidualnej Minister Finansów uznał, że dla celów opodatkowania podatkiem VAT, co do zasady każde świadczenie powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednakże gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona. Organ stwierdził, że wszystkie poszczególne aktywności wykonawcy nie stanowią celu samego w sobie, natomiast są środkami służącymi do zachowania standardu autostrady.²⁶⁵ W konsekwencji Minister Finansów zauważył, że w analizowanej sytuacji miała miejsce usługa kompleksowego utrzymania autostrady, którą należy opodatkować jednolitą stawką podstawową w wysokości 23%.²⁶⁶

Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu, odwołując się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) z 22 października 2009 r., C-242/08 *Swiss Re Germany Holding GmbH* przyjął, że w analizowanej sprawie występuje jedno świadczenie złożone, przyjmując następujące kryteria rozróżnienia świadczenia złożonego od zespołu odrębnych świadczeń: (1) znaczenie ekonomiczne transakcji oraz (2) punkt widzenia odbiorcy świadczenia (rozumianego jako przeciętny konsument). Według WSA we Wrocławiu do zapewnienia odpowiedniego standardu drogi (jej przejezdności) tak samo

²⁶⁵ W ramach umowy będącej podstawą stosunku prawnego łączącego wykonawcę i zamawiającego, wykonawca zobowiązany był do realizowania następujących czynności: a) objazd codzienny (przeгляд drogi i obiektów mostowych); b) zimowe utrzymanie drogi: odśnieżanie, likwidowanie śliskości itd.; c) utrzymanie nawierzchni, zabezpieczenie powstałych ubytków poprzez remont cząstkowy mas lub inną technologią; d) utrzymanie czystości jezdni i pasa drogowego wjazdów i zjazdów, przejazdów gospodarczych awaryjnych oraz obiektów mostowych; e) utrzymanie wyposażenia technicznego drogi w dobrym stanie technicznym, niezagrażającym bezpieczeństwu ruchu drogowego i zapewniającym prawidłowe funkcjonowanie wszystkich elementów drogi (w tym między innymi: bariery ochronne i poręcze, ogrodzenie, osłony akustyczne, itd.); f) utrzymanie oznakowania pionowego i słupków prowadzących oraz ich bieżące uzupełnianie (w przypadku zniszczeń, kradzieży, itp.); g) utrzymanie oznakowania poziomego - uzupełnianie ubytków (w miarę potrzeb); h) utrzymanie zieleni przydrożnej - trawniki, drzewa i krzewy; i) utrzymywanie skarp i nasypów - uzupełnianie ubytków i naprawa po kolizjach i zjawiskach atmosferycznych; j) współpraca z administracją drogową, Policją, Pogotowiem ratunkowym, jednostkami Systemu Ratowniczo-Gaśniczego; oraz k) dokonywanie zgłoszeń Policji w stwierdzonych przypadkach dewastacji lub kradzieży elementów wyposażenia drogi oraz w przypadkach uszkodzeń mechanicznych tych elementów wyposażenia. Powyższe czynności wykonawcy objęte były wynagrodzeniem ryczałtowym wypłacanym w odstępach miesięcznych.

²⁶⁶ Na marginesie należy tutaj zauważyć, że w wielu postępowaniach przetargowych GDDKiA samodzielnie określała podatek VAT na różnym poziomie w zależności od asortymentów prac. Po pewnym czasie Organy podatkowe zaczęły to kwestionować, co spowodowało, że wykonawcy byli zmuszani do uzupełnienia brakującej różnicy w podatku VAT. Przywoływany wyrok NSA okazał się w tej mierze niezwykle istotny, gdyż Sąd opowiedział się po stronie wykonawców, którzy działali przeciw w zaufaniu do zamawiającego będącego podmiotem publicznym.

potrzebne są praktycznie wszystkie czynności, jakie podejmowane być mają przez wykonawcę w ramach realizacji umowy. Sąd podkreślił znaczenie ostatecznego celu umowy zauważając, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie którejkolwiek z przewidywanych czynności wykonawcy może spowodować, że przewidywany efekt nie zostanie zrealizowany. Pęknięcie nawet tylko jednego ogniwa w łańcuchu świadczeń wykonawcy może zakończyć się więc powstaniem niebezpieczeństwa na drodze. Ponadto WSA zauważył, że istotny jest ryczałtowy charakter wynagrodzenia, niezwiązany z konkretną ilością czynności podejmowanych przez wykonawcę w danym okresie rozliczeniowym.

Za wyrokami TS z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 *Levob Verzekeringen i OV Bank* oraz z dnia 2 grudnia 2010 r. w sprawie C-276/09 *Everything Everywhere NSA* stwierdził, że gdy co najmniej dwie czynności albo dwa elementy dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny, to mamy do czynienia z jednolitą czynnością, a więc świadczeniem złożonym (kompleksowym). Sąd podkreślił także kryterium zależności bądź niezależności od siebie poszczególnych świadczeń wykonywanych w ramach jednej umowy powołując się na wyrok TS z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 *Part Service*. NSA orzekł, że celem świadczenia, które miał realizować wykonawca, było kompleksowe utrzymanie określonej drogi (Autostradowej Obwodnicy Wrocławia) w latach 2011-2015, a kwestia, że na zadanie to składają się poszczególne czynności określone dokładniej przez strony umowy, jest poboczna. Wszystkie te czynności razem służą bowiem jednemu celowi – utrzymaniu drogi w odpowiednim stanie, a niewykonanie lub nienależyte wykonanie nawet tylko jednej z tych czynności może spowodować, że cel tego zadania nie zostanie osiągnięty. Dodatkowym argumentem przemawiającym za powyższą kwalifikacją jest ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy i powiązanie go z realizacją z góry zakładanego celu, a nie z natężeniem wykonywania poszczególnych czynności w danym

okresie rozliczeniowym. Sąd nie podzielił ponadto stanowiska WSA w Rzeszowie z dnia 10 września 2013 r.²⁶⁷, gdyż nie ma uzasadnienia, aby o świadczeniu kompleksowym można było mówić tylko wtedy, gdy w jego ramach można wyodrębnić świadczenie podstawowe i pomocnicze.

Powyższe orzeczenie NSA oznacza, że na gruncie prawa podatkowego analizowana umowa wskaźnikowa powinna być traktowana jako umowa ze świadczeniem kompleksowym (świadczeniem złożonym), a w konsekwencji powinna podlegać w całości podatkowi VAT w wysokości 23% niezależnie od wykonywanych w jej ramach asortymentów robót.²⁶⁸

Z przywoływanego orzecznictwa można także wyciągnąć wnioski dla potrzeb kwalifikacji świadczenia wykonawcy na gruncie prawa cywilnego. NSA wielokrotnie trafnie zauważał bowiem, że celem umowy nie są poszczególne czynności wykonawcy jako takie, a ciągle utrzymywanie infrastruktury drogowej w ustalonym standardzie. Na świadczenie wykonawcy składa się wiele pomniejszych świadczeń o różnym charakterze i naturze (właściwościach). Wszystkie czynności, niezależnie od ich charakteru prawnego, służą jednak zaspokojeniu tego samego celu – utrzymaniu infrastruktury drogowej w odpowiednim standardzie. W konsekwencji wydaje się, że **świadczenie wykonawcy może być uznane za świadczenie złożone, na które składa się bardzo wiele świadczeń częściowych.**²⁶⁹

W tym miejscu należy zadać sobie jeszcze pytanie, czy przedmiotowe świadczenie złożone z punktu widzenia dogmatyki prawnej może być uznane za **świadczenie ciągle** (gdy na umowę patrzymy pod względem kryterium czasu, a nie struktury świadczenia). *Prima facie* wykazuje ono taki właśnie charakter, gdyż czynnik czasu wpływa na zakres

²⁶⁷ Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 10 września 2013 r., sygn. akt I SA/Rz 497/13, Legalis numer 801781.

²⁶⁸ Podkreślenia wymaga, że powyższe orzeczenie nie jest wyjątkiem. Także nowsze orzecznictwo NSA przyjmuje powyższy pogląd za zasadny – por. wyroki NSA z dnia 17 kwietnia 2019 r., sygn. akt I FSK 494/17, Legalis numer 2195743 oraz z dnia 18 lipca 2019 r., sygn. akt I FSK 725/17, Legalis numer 2293387.

²⁶⁹ Przedmiotowy wniosek jest uzasadniony, gdy umowę analizuje się pod kątem struktury świadczenia.

i rozmiar wysiłków wkładanych przez wykonawcę w realizację przedmiotu umowy, aczkolwiek kwestia ta jest nietransparentna z uwagi na doktrynalne rozbieżności w podejściu do pojęcia świadczenia ciągłego.

Jak wskazuje się w literaturze, świadczenie ciągłe polega na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania zobowiązania.²⁷⁰ Czas jest więc wyznacznikiem rozmiaru oraz treści świadczenia.²⁷¹ Do uznania świadczenia za ciągłe wystarczające jest, jeżeli składa się ono z pewnych powtarzających się stale, następujących po sobie psychofizycznych aktów dłużnika, które, pomimo że oddzielone w czasie, tworzą razem funkcjonalną całość.²⁷² W ramach tego świadczenia interes wierzyciela jest zaspokajany właśnie dlatego, że dane zachowanie się dłużnika ma charakter trwały.²⁷³ Co najistotniejsze z punktu widzenia niniejszej analizy, według istotnej części polskiej doktryny **świadczenie ciągłe charakteryzuje się jednak tym, że nie jest możliwe wyodrębnienie w nim poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo części/partie świadczenia.**²⁷⁴ Koronnym przykładem świadczenia ciągłego jest w konsekwencji świadczenie wynajmującego w ramach umowy najmu.²⁷⁵

²⁷⁰ T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 215; *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 237; *op. cit.* J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *Prawo cywilne*, s. 175.

²⁷¹ *Op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 215; *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 237; *op. cit.* W. Borysiak, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 117.

²⁷² *Op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 216; *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 237; *op. cit.* W. Borysiak, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 118.

²⁷³ Z. Radwański przywoływany w *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 216 oraz w *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 237.

²⁷⁴ Z. Gawlik [w:] Z. Gawlik, J. Gajda [pod redakcją S. Wójcika], *Podstawy prawa cywilnego. Zobowiązania część ogólna*, Warszawa 2003, s. 30; *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 215; *op. cit.* W. Borysiak, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 117, *op. cit.* P. Machnikowski, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt III 9.

²⁷⁵ Patrz przykładowo *op. cit.* Z. Gawlik [w:] Z. Gawlik, J. Gajda [pod redakcją S. Wójcika], *Podstawy prawa cywilnego...*, s. 30.

Z drugiej strony zaobserwować jednak można łagodzenie ww. podejścia, a więc odstąpienie od sformułowania, w myśl którego świadczenie ciągle charakteryzuje się tym, że nie jest możliwe wyodrębnienie w nim poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo części/partie świadczenia.²⁷⁶ Wówczas kluczowe jest, aby następujące po sobie działania (czynności) dłużnika, pomimo faktu rozłączności czasowej, składały się wspólnie na pewną funkcjonalną całość.²⁷⁷ W tej mierze wskazano w konsekwencji, że struktura świadczenia ciągłego wcale nie musi być jednorodna (jednolita), a świadczenie to obejmować może różne zachowania dłużnika, o ile będą one stanowiły funkcjonalną całość, skierowaną na ciągłe zaspokajanie tego samego interesu wierzyciela.²⁷⁸

Na kanwie powyższego należy jeszcze zauważyć, że tradycyjny cywilistyczny podział świadczeń pod kątem czasu na świadczenia jednorazowe, ciągłe oraz okresowe²⁷⁹

²⁷⁶ Takie sformułowanie występuje w *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 215, natomiast już nie występuje w *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 237 i n.

²⁷⁷ Por. *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 237. Warto zarazem zauważyć, że aspekt ten został uwypuklony również w *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 215-216. Por. także A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągle jako konstrukcja prawna*, Poznań 2017, s. 145.

²⁷⁸ *Op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 237 oraz *op. cit.* A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągle...*, s. 146-147, jako przykład podając świadczenie nabywcy nieruchomości w ramach umowy o dożywocie, którego to struktura, podobnie jak struktura świadczenia wykonawcy w analizowanej umowie, jest daleka od jednorodności.

²⁷⁹ W tym miejscu na marginesie warto odnotować, że nowe PZP posługuje się pojęciem „świadczeń powtarzających się lub ciągłych” (art. 434 ust. 2 ustawy) podczas gdy uchylone PZP w tej samej mierze posługiwało się pojęciem „świadczeń okresowych lub ciągłych” (art. 142 ust. 2 ustawy). Występują one w kontekście zawarcia umowy na pewien czas. Powyższa zmiana jest albo uważana za nieistotną i „świadczenia powtarzające się” to na gruncie PZP nic innego jak świadczenia okresowe w rozumieniu prawa cywilnego (P. Granecki, I. Granecka, *Komentarz do art. 434 nowego PZP*, [w:] P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, nb. 3; *op. cit.* J. Jarosław, *Komentarz do art. 434 nowego PZP*, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 2 i n.) albo za mniej lub bardziej istotną (M. Jaworska, *Komentarz do art. 434 nowego PZP*, [w:] M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 1, Legalis 2021, pkt B 2, gdzie wskazuje się, że „Cechą świadczenia powtarzającego się jest natomiast powtarzalność określonych świadczeń (dostaw lub usług), które nie mogą być zaspokojone przez jednorazowe zachowanie dłużnika i które mogą być świadczone na podstawie więcej niż jednego stosunku prawnego. Przykładem takiego świadczenia jest usługa sprzątnięcia czy ochrony”, przy czym z punktu widzenia prawa cywilnego w szczególności usługa ochrony trwająca przez pewien czas (np. w ramach umowy zawartej na dwa lata) nie powinna być uznawana za świadczenie okresowe, a za świadczenie ciągłe; por. ponadto *op. cit.* E. Wiktorowska, *Komentarz do art. 434 nowego PZP*, [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 2, wskazując jednak, że „Chodzi o świadczenia powtarzające się co pewien czas, które nie mogą być spełnione przez jednorazowe zachowanie się wykonawcy”, co w zasadzie odpowiada cywilistycznej definicji świadczeń okresowych). Warto zarazem odnotować, że w uzasadnieniu do nowego PZP wprost

niekiedy uzupełnia się jeszcze kategorią **świadczeń sukcesywnych**.²⁸⁰ Pojęcie świadczeń sukcesywnych jest jednak w polskiej doktrynie istotnie nietransparentne,²⁸¹ aczkolwiek jak się zdaje najtrafniej wskazano, że świadczenia sukcesywne polegają na powtarzających się świadczeniach jednorazowych, o takiej samej bądź też zbliżonej dla wierzyciela wadze (są to więc świadczenia równorzędne), i występujących w ramach jednego stosunku zobowiązaniowego.²⁸² Poszczególne świadczenia sukcesywne są świadczeniami jednorazowymi, co ma swoje prawne konsekwencje, a odwołanie się do czynnika czasu występuje wyłącznie na poziomie oznaczenia globalnego rozmiaru świadczeń (im dłużej trwa zobowiązanie, tym więcej świadczeń sukcesywnych będzie należnych).²⁸³ Jako przykłady świadczeń sukcesywnych podano świadczenie dostawcy w umowie dostawy (periodycznej) i świadczenie producenta rolnego w umowie kontraktacji (periodycznej)²⁸⁴, aczkolwiek jest to zastanawiające, skoro co do zasady są to w istocie po prostu świadczenia okresowe²⁸⁵. Na koniec warto zauważyć, że pojęcie świadczeń sukcesywnych nie jest nowe i występuje także w zagranicznych systemach prawnych.²⁸⁶

wskazano, że za świadczenie ciągle można uznać świadczenie wykonawcy polegające na wykonywaniu powtarzających się czynności (usług) w określonym czasie np. ochrony mienia, sprzątanía czy też utrzymania.

²⁸⁰ *Op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 243; *op. cit.* A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągle...*, s. 161-164.

²⁸¹ Por. istotnie różne podejścia doktryny przywoływane w *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 242 i *op. cit.* A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągle...*, s. 161-163.

²⁸² *Op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 243, por. także przywoływane tam definicje odmienne; *op. cit.* A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągle...*, s. 164.

²⁸³ Por. *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 243 wraz z przywoływaną tam literaturą prezentującą pogląd odmienny.

²⁸⁴ *Op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 243.

²⁸⁵ Tak świadczenia te na gruncie umowy o kontraktację kwalifikuje chociażby K. Zaradkiewicz, *Komentarz do art. 613 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, wyd. 9, Warszawa 2018, nb. 10; por. ponadto orzecznictwo dotyczące kontraktacji wieloletniej przywoływane w P. A. Blajer [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5B, Warszawa 2020, s. 1129; co do umowy dostawy por. np. K. Kopaczyńska-Pieczniak, M. Pyka [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5B, Warszawa 2020, s. 968, 992-993, 997-998, 1008; a ponadto W. J. Katner [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań - część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 269 oraz E. Habryn-Chojnacka, *Komentarz do art. 605 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, wyd. 2, Warszawa 2019, pkt D 8.

²⁸⁶ W systemach niemieckojęzycznych przybrały one nazwę *successive Leistungen*, por. przykładowo definicje tych świadczeń na gruncie prawa austriackiego przywoływane w J. Spyra, *Sukcesywne świadczenia w prawie cywilnym i handlowym austriackim*, przedruk z Przeglądu Prawa i Administracji, Lwów 1908, s. 3-10; w szczególności warto zauważyć, że ww. Autor stwierdza, że „prawo żądania poszczególnego świadczenia jest roszczeniem, będącym częścią wierzytelności, wpływającej z tego samego tytułu prawnego, t.j. jednej

Według mnie podział na świadczenia jednorazowe, ciągłe i okresowe jest podziałem wyczerpującym i rozłącznym.²⁸⁷ Wyróżnianie świadczeń sukcesywnych nie wydaje się więc być uzasadnione czy też realnie użyteczne, gdyż świadczenia sukcesywne nie znajdują bezpośredniego oparcia w przepisach k.c. Pojęcie świadczenia ciągłego powinno być raczej interpretowane szeroko, w związku z czym jego ograniczenie w myśl którego za świadczenie ciągłe rozumie się (tylko) świadczenie w ramach którego nie jest możliwe wyodrębnienie poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo części/partie świadczenia, należałoby odrzucić. Odpowiedniejsze wydaje się być zarazem uznanie, że świadczenia sukcesywne, w zależności od interesu wierzyciela oraz celu zobowiązania, mieszczą się w nadrzędnym pojęciu świadczenia ciągłego, są w zasadzie tożsame ze świadczeniami okresowymi albo należy je zakwalifikować jako świadczenie jednorazowe rozłożone na raty (części). Wówczas można również mówić o świadczeniu ciągłym *sensu stricto*/jednorodnym (jednolitym) (np. świadczenie wynajmującego w umowie najmu) oraz *sensu largo*/niejednorodnym (niejednolitym) (np. świadczenie wykonawcy w długoterminowej umowie o wywóz śmieci, gdy śmieci wywożone są nie co tydzień (wówczas uzasadniona mogłaby być teza o świadczeniu okresowym), ale gdy pojemnik w pełni się zapełni (nie będzie to świadczenie okresowe, gdyż sama periodyczność (cykliczność) poszczególnych wywozów istotnie schodzi na dalszy plan); innym przykładem może być świadczenie wykonawcy w analizowanej umowie wskaźnikowej, co zostało uzasadnione poniżej).

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w granicach analizowanej umowy wskaźnikowej wyróżnić można konkretne czynności wykonawcy, które zasadniczo

umowy. Poszczególne świadczenia tworzą same dla siebie całość, a wszystkie łączy w jedność umowa, jako wspólny tytuł zobowiązania. Czy każde sukcesywne świadczenie tworzy z punktu widzenia reszty świadczeń ściślejszą jedność, jest *quaestio facti*, w razie wątpliwości, świadczenie każde tworzy rzecz odrębną; ma to doniosłe znaczenie w razie zwłoki i innych naruszeń wykonania”, *tenże*, s. 14. Na gruncie niemieckim patrz np. C. W. Schend, *Ueber die exceptio non adimpleti contractus und das Retentionsrecht bei gegenseitigen Verträgen*, Archiv für die zivilistische Praxis t. 17, 1834, s. 95, 106.

²⁸⁷ Pomimo wyraźnego wyszczególnienia świadczeń sukcesywnych tak też wprost A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągle...*, s. 161.

mogłyby być traktowane jako autonomiczne świadczenia (tak jednorazowe, okresowe jak i ciągłe). Konieczne jest jednak zauważanie, że samo wykonanie poszczególnych świadczeń składających się na przedmiot umowy nie zaspokaja interesu wierzyciela, jaki ma on w kompleksowym, a więc pełnym, utrzymaniu infrastruktury drogowej. Brak wykonania chociażby jednej przewidywanej przez zobowiązanie czynności (np. wymiany zniszczonych barier) może bowiem bezpośrednio spowodować zachwianie bezpieczeństwa na drodze, czego zamawiający, poprzez analizowane umowy, chce właśnie uniknąć. Wszystkie czynności utrzymaniowe tworzą więc funkcjonalną całość i nie można ich, co do zasady, sztucznie rozdzielać ani też uznawać za w pełni autonomiczne i niezależne od pozostałych. Stałoby to w oczywistej sprzeczności ze słusznym interesem zamawiającego. W zależności od podejścia do rozumienia pojęcia świadczenia ciągłego, świadczenie wykonawcy będzie, bądź też nie będzie, świadczeniem ciągłym, w jego ramach występują bowiem poszczególne świadczenia, które teoretycznie można by uznać za odrębne w stosunku do siebie. Moim zdaniem świadczenie wykonawcy może i **powinno być jednak uznane za świadczenie ciągłe**. Z uwagi na skomplikowaną strukturę świadczenia przedmiotowe świadczenie ciągłe należy uznać za **niejednorodne (niejednolite)**.

Z całą pewnością analizowana umowa kreuje natomiast **zobowiązanie o charakterze ciągłym**. Taką kategorię stosunków zobowiązaniowych wyróżnia się, gdy przedmiotem zobowiązania choćby jednej ze stron jest świadczenie ciągłe lub okresowe.²⁸⁸

²⁸⁸ *Op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 221; *op. cit.* Z. Gawlik [w:] Z. Gawlik, J. Gajda [pod redakcją S. Wójcika], *Podstawy prawa cywilnego...*, s. 30; *op. cit.* Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, s. 52; por. także *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 247, gdzie podkreślono, że przedmiotem zobowiązania o charakterze ciągłym mogą być także świadczenia sukcesywne; por. ponadto *op. cit.* A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągłe...*, s. 211 i n. Analogicznie w Austrii wskazuje się, że zobowiązania w których kontrahent „dłużny” jest pewne zachowanie trwające przez dłuższy czas (niem. *länger dauerndes Verhalten*), a więc np. zobowiązania nastawione na okresowo powtarzające się świadczenia (niem. *periodisch wiederkehrende Leistungen*) to zobowiązania o charakterze ciągłym (niem. *Dauerschuldverhältnisse/Dauerrechtsverhältnisse*), por. R. Welsler, B. Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, wyd. 14, Wien 2015, s. 8. Prezentowane jest także wyraźne rozróżnienie pomiędzy zobowiązaniami o charakterze ciągłym ze świadczeniem ciągłym (niem. *länger dauerndes Verhalten – eine Dauerleistung*) albo z powtarzającymi się świadczeniami (niem. *wiederkehrende Leistungen*), patrz *op. cit.* G. Graf, M. W. A. Sonnberger, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, s. 6. Podobnie w literaturze niemieckiej zauważa się, że zobowiązanie o charakterze ciągłym (niem. *Dauerschuldverhältnis*) realizuje się albo poprzez ciągłe

Warto zarazem podkreślić, że dopuszczalne jest włączenie świadczenia jednorazowego do struktury umownego zobowiązania ciągłego²⁸⁹, co w analizowanej umowie dotyczy czynności zlecanych odrębnie w ramach utrzymania strukturalnego.

Powyższe rozważania przemawiają w konsekwencji za przyjęciem poglądu, w myśl którego w ramach analizowanej umowy wskaźnikowej mamy do czynienia z zobowiązaniem o charakterze ciągłym, a **świadczenie wykonawcy jest niejednolitym (niejednorodnym) świadczeniem złożonym o charakterze ciągłym, na które składa się bardzo wiele poszczególnych, aktualizujących się w czasie świadczeń, które z punktu widzenia umowy jako pewnej niepodzielnej całości uznawać należy za świadczenia częściowe.** Poszczególne świadczenia powinno uznawać za świadczenia częściowe, aby podkreślić prawo zamawiającego do całości świadczenia (przede wszystkim w ramach danej jednostki czasu np. dnia) oraz prawo do poszczególnych świadczeń. Zobrazować może to np. utrzymanie drogi w zimie, kiedy w tym samym czasie (tego samego dnia) trzeba przykładowo odśnieżać drogę, jak i naprawić jej uszkodzony fragment, wymienić skorodowany znak drogowy oraz przepaloną żarówkę w latarni drogowej. Zamawiający ma prawo do wszystkich tych świadczeń, jak i do każdego z nich z osobna, a niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez wykonawcę chociażby jednego z nich może spowodować zagrożenie dla życia i zdrowia uczestników ruchu drogowego. **Nadrzędnym celem analizowanej umowy jest bowiem nieprzerwane utrzymywanie konkretnego poziomu usługi (standardu utrzymania), a nie poszczególne czynności utrzymaniowe jako takie.** Podkreślenia wymaga zarazem, że poszczególne czynności wykonawcy podejmowane w ramach utrzymania strukturalnego na podstawie oddzielnych zleceń stanowią świadczenia

zachowanie dłużnika (niem. *dauerndes Verhalten*) albo poprzez poszczególne świadczenia powtarzające się w pewnych odstępach czasu (niem. *in bestimmten Zeitabschnitten wiederkehrende einzelne Leistungen*), por. F. Nicklisch, *Empfiehl sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? — unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge*, *Juristen Zeitung* 17/1984, s. 761. Pierwsza sytuacja oznacza występowanie świadczenia ciągłego, natomiast druga już nie.

²⁸⁹ A. Pyrzyńska, *Świadczenie jednorazowe w umownym zobowiązaniu ciągłym* [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 590.

jednorazowe, aczkolwiek nie są to świadczenia zupełnie dodatkowe i niewiązane z utrzymaniem drogi w odpowiednim stanie, a raczej należy uznać, że utrzymanie strukturalne zostało implementowane przede wszystkim w celu zmniejszenia losowości kontraktu i ułatwienia wykonawcy kalkulacji oferty, a w konsekwencji zniwelowania ryzyk kontraktowych obciążających wykonawcę (utrzymanie strukturalne będzie szerzej analizowane w dalszej części pracy, patrz rozdział IV, s. 158 i n.), w związku z czym ten element kontraktowy stanowi gospodarczą i funkcjonalną jedność z utrzymaniem rutynowym,

a świadczenia z jego zakresu z punktu widzenia umowy jako pewnej niepodzielnej całości także można uznawać za świadczenia częściowe. W ramach utrzymania rutynowego „aktywuje” je jednak sam wykonawca kiedy tylko uzna to za stosowne w celu sprostanienia surowym wymaganiom kontraktowym, natomiast czynności o charakterze strukturalnym inicjuje zamawiający.²⁹⁰

III. Świadczenie zamawiającego

Jako że świadczenie wykonawcy jest niejednolitym (niejednorodnym) świadczeniem złożonym o charakterze ciągłym na które składa się bardzo wiele poszczególnych, aktualizujących się w czasie świadczeń (częściowych), to także świadczenie wzajemne zamawiającego jest świadczeniem w ramach którego czas odgrywa kluczową rolę. W niniejszym zobowiązaniu czas determinuje tak ilość, jak i wielkość poszczególnych świadczeń, łącznie składających się na nadrzędne pojęcie świadczenia zamawiającego. Skoro podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest comiesięczna zapłata ustalonego wynagrodzenia za czynności o charakterze rutynowym oraz, o ile wystąpią, za czynności o charakterze strukturalnym, to świadczenie zamawiającego jest **świadczeniem**

²⁹⁰ Na marginesie należy jeszcze zauważyć, że świadczenie wykonawcy jest podzielne, przede wszystkim pod kątem czasu, por. wyrok SN z dnia 15 maja 2007 r., sygn. akt V CSK 30/07, Legalis numer 89611.

pieniężnym. *Prima facie* zdaje się ono być świadczeniem okresowym. Świadczenie okresowe polega bowiem na powtarzających się w regularnych odstępach działaniach dłużnika, przy czym poszczególne działania zachowują swoją jurydyczną samodzielność, nie składając się na jakąś z góry określoną wielkość.²⁹¹ Co istotne, świadczenia okresowe mają najczęściej jednakową wysokość (wielkość), jednak nie jest to konstrukcyjna cecha tego typu świadczeń.²⁹² Świadczenia okresowe różnią się od świadczenia jednorazowego rozłożonego na raty (części) tym, że w drugim przypadku całkowity rozmiar świadczenia jest z góry ściśle określony, i dzieje się to w zupełnym oderwaniu od elementu czasu.²⁹³ Poszczególne świadczenia okresowe to w istocie świadczenia jednorazowe, które powtarzają się w dostrzegalnych odstępach czasu, przy czym nie można ich uznać za część z góry ustalonej całości.²⁹⁴ Podkreślenia wymaga, że świadczenie pozostaje okresowym nawet jeżeli można z góry wyliczyć sumę tych świadczeń, a więc w szczególności gdy umowę zawarto na czas określony.²⁹⁵ W doktrynie zauważono ponadto, że czynnik czasu wpływa tak na łączny rozmiar należnych świadczeń, jak i na rozmiar poszczególnego świadczenia okresowego.²⁹⁶ Obowiązek zamawiającego do comiesięcznego wypłacania wynagrodzenia należy więc zakwalifikować jako **świadczenie okresowe**. Jest to oczywiście świadczenie podzielne.

Oprócz obowiązku zapłaty wynagrodzenia zamawiający zobowiązany jest, i to w zupełnie pierwszej kolejności, do wydania wykonawcy infrastruktury drogowej w dzierżenie (wraz z ewentualnymi obiektami technicznymi przekazywanymi wykonawcy

²⁹¹ *Op. cit.* P. Machnikowski, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt III 9; *op. cit.* M. Safjan, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 1, pkt IV 8; *op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 239; *op. cit.* P. Granecki, I. Granecka, *Komentarz do art. 434 nowego PZP*, [w:] P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 3.

²⁹² *Op. cit.* T. Dybowski, A. Pyrzyńska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 240-241.

²⁹³ *Op. cit.* Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania - część ogólna*, s. 51.

²⁹⁴ A. Brzozowski, *Komentarz do art. 118 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 1, nb. 5.

²⁹⁵ P. Machnikowski, *Komentarz do art. 118 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 4.

²⁹⁶ *Op. cit.* A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągle...*, s. 159.

w ramach stosunku użyczenia). Z uwagi na punktowość tego obowiązku należy go zakwalifikować jako **świadczenie jednorazowe**. Ponadto zamawiający powinien zapewniać nadzór inwestorski przez cały okres trwania umowy, przedmiotowy obowiązek można więc uznać za **świadczenie ciągle**. Z kolei jeżeli umowa przewiduje obowiązek dostarczania soli drogowej potrzebnej do utrzymywania drogi w zimie, to taki obowiązek może mieć tak charakter świadczenia jednorazowego (np. dostarczenie soli na cały sezon zimowy z góry jedną dostawą) albo ciągłego (bieżące dostarczanie soli w zależności od potrzeb).

Podsumowując należy wskazać, że na pojęcie świadczenia zamawiającego składają się poszczególne, aktualizujące się wraz z upływem czasu, świadczenia o różnorodnym charakterze. Świadczenie zamawiającego to w konsekwencji kategoria niejednolita, będąca w istocie swoistą „sumą świadczeń”, w szczególności świadczeń pieniężnych o charakterze okresowym (comiesięczna zapłata wynagrodzenia).

§ 5. Rozkład ryzyka pomiędzy stronami umowy

Jak zauważałem już wcześniej, typowe umowy wskaźnikowe, i to niezależnie od sektora w którym są stosowane, nie opisują świadczenia wykonawcy w kategoriach, jak realizować zlecone czynności, ale jakie rezultaty należy osiągać. W związku z powyższym na gruncie prawa amerykańskiego zasadniczo przyjmuje się, że zamawiający nie może wiążąco ingerować w procesy swobodnie wybrane przez wykonawcę w celu realizacji postanowień umownych (osiągnięcia ustalonych rezultatów).²⁹⁷ Gdy na podstawie umowy wskaźnikowej utrzymuje się drogi publiczne, wykonawca zazwyczaj zobowiązany będzie

²⁹⁷ Por. *op. cit.* United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit - opinion for the Court filed by Senior Circuit Judge Silberman z dnia 11 września 2009 r. w sprawie *Saleh v. Titan Corp.*, 580 F.3d 1 oraz *op. cit.* United States Court of Appeals, Third Circuit w *op. cit.* opinion z dnia 01 sierpnia 2013 r. w sprawie *Harris v. Kellogg Brown & Root Services, Inc.*, 724 F.3d 458. Warto zarazem wskazać, że kontrakt nie musi być jednak typowy (nie musi koncentrować się wyłącznie na rezultatach), a ponadto sama praktyka wykonywania danej umowy może odbiegać od jej treści, por. przykładowo United States Court of Appeals, Fourth Circuit - opinion z dnia 20 czerwca 2018 r., 893 F.3d 241.

do samodzielnie zorganizowanej kontroli stanu drogi i nieprzerwanego jej utrzymywania na określonym poziomie, a więc ciągłego zapewniania określonego rezultatu jakościowego (ang. *continually produce a quality product*),²⁹⁸ a nie oczekiwania na zlecenie mu przez zamawiającego poszczególnych prac.

W związku z powyższym należy wskazać, że **ryzyko gospodarcze**, powiązane jednak z brakiem narzucania przez zamawiającego konkretnych rozwiązań technicznych, w umowie wskaźnikowej **zostaje w znacznej części przerzucone na wykonawcę**.²⁹⁹ Skoro bowiem zlecający prace zamawia określony rezultat jakościowy (na który łącznie składają się bardzo liczne rezultaty punktowe), zasadniczo nie wskazując jednak jak ma on zostać osiągnięty, to ma prawo oczekiwać, że rezultat ten będzie spełniony, choćby nawet w pewnych sytuacjach łączyło się to z bardzo znacznymi trudnościami czy też wydatkami po stronie wykonawcy. Konkretny profil ryzyka będzie oczywiście różny w zależności od treści zawartej umowy.³⁰⁰

Przedmiotowej kwestii warto przyjrzeć się bliżej na przykładzie prawa amerykańskiego. Po pierwsze, zgodnie z generalną zasadą strony są zobowiązane do wypełniania swoich zobowiązań, a jest to szczególnie istotne na gruncie umów z opisem świadczenia poprzez kryterium rezultatu (ang. *performance specifications*), a nie poprzez kryterium szeroko pojętej metody wykonywania prac, gdzie wykonawcy z góry narzuca się pewien sposób postępowania zmierzający w kierunku osiągnięcia zakładanych celów

²⁹⁸ Por. Superior Court of Delaware - memorandum opinion and order z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie *Steadfast Insurance Company v. DBi Services, LLC*, 2019 WL 2613195.

²⁹⁹ A. Maciejewski, *Sposoby zarządzania drogami w Polsce i w Europie*, 2018, s. 8, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_AMaciejewski.pdf [dostęp 16.07.2019]; B. Eklund, *The practice of the performance-based contracts on national roads in Sweden*, 2018, s. 6, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_BEklund.pdf [dostęp 16.07.2019]. Czasami przerzucenie ryzyka na wykonawcę idzie jednak zbyt daleko, jak to miało miejsce szczególnie w początkowych umowach zawieranych w Polsce, por. E. Bagińska, M. Kosmol, *Premises for an optimal model of managing the burden of financial losses stemming from damage to road infrastructure*, MATEC Web of Conferences, 2018, s. 3-4, https://www.matec-conferences.org/articles/mateconf/abs/2018/90/mateconf_gambit2018_01001/mateconf_gambit2018_01001.html [dostęp 04.02.2020].

³⁰⁰ Zasadniczo podkreśla się jednak, że przerzucanie ryzyka na wykonawcę w umowach z zakresu utrzymania dróg jest „*sluszne i dokonywane w ramach możliwości rynku wykonawczego*”, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 9.

kontraktowych (ang. *method-based, input-based*). Jeżeli wykonawca realizuje umowę zgodnie z konkretnymi metodami/wytycznymi wskazanymi mu przez zamawiającego (ang. *design specifications*), zamawiający ponosi odpowiedzialność wobec wykonawcy za błędy w specyfikacji (ang. *implied warranty*), jeżeli więc wykonawca zrealizuje umowę według wskazówek zamawiającego, nie będzie odpowiadał za nieosiągnięcie zakładanego celu umowy (innymi słowy wykonawca nie odpowiada za rezultat swoich wysiłków).³⁰¹ Jeżeli natomiast opis świadczenia koncentruje się na szeroko pojętym kryterium rezultatu (ang. *performance specifications*), a wykonawca ma swobodę w dojściu do ustalonego efektu, ww. *implied warranty* już nie występuje, natomiast wykonawca będzie odpowiadał (aż) za efekty swoich starań.³⁰²

Także na gruncie szeroko pojętych umów wskaźnikowych w pewnych sytuacjach możliwe jest jednak wybronie się z zarzutu nieosiągnięcia obiecanego rezultatu poprzez powołanie się na ogólną doktrynę niemożliwości lub nieopłacalności gospodarczej (ang. *impossibility, commercial impracticability*).³⁰³ W większości przypadków przeważająca część orzecznictwa amerykańskiego nie uznaje jednak, aby w ramach umów z opisem świadczenia skierowanym bezpośrednio na rezultaty wykonawca mógł skutecznie powołać się na ww. niemożliwość lub nieopłacalność gospodarczą. Sądy wskazują bowiem, że umowy należy wykonywać, a zawarcie kontraktu o danej treści oznacza przyjęcie na siebie wszelkich ryzyk związanych z realizacją umowy i osiągnięciem ustalonego efektu.³⁰⁴

³⁰¹ Por. istotne orzeczenie *United States v. Spearin*, 248 U.S. 132, 39 S. Ct. 59, 63 L. Ed. 166 (1918), a także liczna dalsza judykatura przywoływana w *op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 33-35, w szczególności orzeczenie *Chantilly Construction Corporation v. Commonwealth of Virginia Department of Highways*, 6 Va. App. 282, 369 S.E.2d 438 (Va. App. 1988), w ramach którego Sąd stwierdził, że wykonawca nie odpowiada za wadliwy beton, jeżeli wykonał go zgodnie ze wskazówkami zamawiającego.

³⁰² Por. orzeczenie *J.L. Simmons Co. v. United States*, 188 Ct. Cl. 684, 412 F.2d 1360, 1362 (1969) oraz dalsze orzecznictwo przywoływane w *op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 35.

³⁰³ *Op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 54-55 i przywoływane tam orzecznictwo.

³⁰⁴ *Op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 55-57 i przywoływane tam licznie orzecznictwo jak np. *Colorado-Ute Electric Association v. Envirotech Corp.*, 524 F. Supp. 1152 (D. Colo. 1981) – orzeczenie dotyczyło umowy typu zaprojektuj i buduj (ang. *design-build*), a próba obrony polegała na zarzucie rzekomej niemożliwości świadczenia; *J.C. Penney Company v. Davis & Davis, Inc.*, 158 Ga. App. 169, 279 S.E.2d 461 (1981) – j.w.; *Wilson Construction, Inc.*, AGBCA No. 89-178-1, 92-2 BCA 24,798 – zarzut polegał na *commercial impracticability* z powodu wydania znacznie większej ilości środków na realizację umowy.

Wraz ze wzrostem ryzyka po stronie wykonawcy zwiększa się jednak możliwość osiągnięcia przez ten podmiot wymiernych zysków. Wykonawca ma bowiem daleko idącą dowolność przy wyborze metod i materiałów, za pomocą których będzie realizował umowę. Jeżeli wprowadzi efektywniejsze metody pracy lub nabędzie tańsze zamienniki materiałowe, na umowie wskaźnikowej może zarobić więcej niż na umowie opartej na metodach/wysiłkach wykonawcy (ang. *method-based, input-based*). Z drugiej strony, w analizowanym modelu umownym występuje znaczne ryzyko niedoszacowania kontraktu, co w krańcowych przypadkach może spowodować nawet zupełny brak zysku, a wręcz i stratę.

Wzrost ryzyka powiązany z możliwością osiągnięcia wymiernego zysku ostatecznie motywuje wykonawcę do prawidłowego wypełniania wszystkich warunków kontraktowych. Aby wykonawcę jeszcze bardziej do tego zachęcić, w umowach wskaźnikowych mogą znajdować się klauzule umowne statuujące, że ponadprzeciętne spełnienie wskaźników spowoduje aktualizację obowiązku zamawiającego do wypłacenia wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia, czyli swoistej premii. Natomiast praktycznie zawsze w treści umów wskaźnikowych znajdziemy odwrotnie funkcjonujące mechanizmy (czynniki zniechęcające) - obniżenie wynagrodzenia lub kary umowne, których ciężar ekonomiczny wykonawca poniesie, jeżeli warunki umowne nie będą spełniane.

Ryzyka kontraktowe to jednak nie tylko ryzyko nieotrzymania wynagrodzenia za podejmowane starania. Podział pozostałych ryzyk między stronami umowy zależy oczywiście od treści danego kontraktu i jest niezwykle istotnym zagadnieniem, ponieważ w trakcie wykonywania umowy bardzo wiele może się wydarzyć. Wzorcowe postanowienia umów utrzymaniowych proponowane przez World Bank prezentują transparentny i sprawiedliwy podział ryzyk kontraktowych – wychodzi się bowiem z racjonalnego założenia, że to zamawiającego jako właściciela infrastruktury (jego przedstawiciela)

obciążają ryzyka związane z następującymi zdarzeniami (wszelkie pozostałe ryzyka obciążają natomiast wykonawcę³⁰⁵):

- 1) wojna, działania wojenne (niezależnie od tego, czy wojna zostanie ogłoszona czy nie), inwazja, akt obcych wrogów;
- 2) bunt, rewolucja, powstanie, władza wojskowa lub przywłaszczona, wojna domowa;
- 3) promieniowanie jonizujące, zanieczyszczenie radioaktywnością z jakiegokolwiek paliwa jądrowego lub jakichkolwiek odpadów jądrowych ze spalania paliwa jądrowego, radioaktywnych toksycznych materiałów wybuchowych lub innych niebezpiecznych właściwości jakiegokolwiek zespołu wybuchowego lub jego elementu jądrowego;
- 4) zamieszki, rozruchy lub nieporządek, chyba że są ograniczone wyłącznie do pracowników Wykonawcy lub jego Podwykonawców i wynikają z prowadzenia Robót i Usług;
- 5) straty i szkody spowodowane użytkowaniem lub zajęciem przez Zamawiającego jakiegokolwiek niedokończonej Sekcji lub części Robót, z wyjątkiem przypadków określonych w Umowie;
- 6) wszelkie działania sił natury, wobec których nie można było zasadnie oczekiwać, żeby doświadczony wykonawca podjął środki ostrożności.³⁰⁶

Warte odnotowania jest także postrzeganie siły wyższej i jej wpływu na realizację umowy. W myśl postanowień modelowych proponowanych przez World Bank, jeżeli siła wyższa wystąpi, to strona która jest nią dotknięta zostaje zwolniona z obowiązku realizowania umowy przez cały okres jej trwania.³⁰⁷ Takie unormowanie jest zgoła odmiennym podejściem niż prezentowane w polskich wzorcach umownych

³⁰⁵ Punkt 33.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 142.

³⁰⁶ Punkt 32.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 141-142.

³⁰⁷ Punkt 38.2 i n. General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 147-148.

- w analizowanych umowach wskaźnikowych powszechnie przyjmuje się bowiem, że **siła wyższa jest (jedynie) przesłanką zmiany umowy.**³⁰⁸ We wzorcowych postanowieniach umownych siła wyższa została ponadto dokładnie zdefiniowana i oznacza (pogrubienia własne z uwagi na niejako przewidzenie przez Twórców modelowego wzoru umowy możliwości nagłego wystąpienia epidemii o znacznych rozmiarach, wywołanej np. przez koronawirusa SARS-CoV-2) „każde zdarzenie poza uzasadnioną kontrolą Zamawiającego lub Wykonawcy, w zależności od przypadku, o ile ma ono bezpośredni wpływ na wykonywanie Usług i Robót objętych niniejszą Umową i które jest nieuniknione pomimo należytej staranności strony nim dotkniętej i obejmuje w szczególności: (a) wojnę, działania wojenne lub operacje wojenne (bez względu na to, czy zostanie ogłoszony stan wojenny), inwazję, akt obcego wroga i wojnę domową; (b) rebelię, rewolucję, powstanie, bunt, uzurpację rządu cywilnego lub wojskowego, spisek, zamieszki, zamieszki obywatelskie i akty terrorystyczne; (c) konfiskatę, nacjonalizację, mobilizację, dowodzenie, rekwizycję przez lub na polecenie jakiegokolwiek rządu lub de jure lub de facto władzy lub władcy, lub jakikolwiek inny czyn lub zaniechanie jakiegokolwiek działania lokalnej stanowej lub krajowej władzy rządowej; (d) strajk, sabotaż, lokaut, embargo, ograniczenia importowe, zatory w portach, brak zwyczajnych środków transportu publicznego i komunikacji, spory przemysłowe, katastrofę morską, brak lub ograniczenie dostaw energii, **epidemię, kwarantannę i plagę**; e) trzęsienie ziemi, osunięcie się ziemi, aktywność wulkaniczną, pożar, powódź lub zalanie, falę pływową, tajfun lub cyklon, huragan, burzę, błyskawicę lub inne niekorzystne warunki pogodowe, fale jądrowe i ciśnieniowe lub inną klęskę żywiołową lub o podłożu man-made; (f) **niedobór siły roboczej, materiałów lub sprzętu, jeżeli są spowodowane okolicznościami, które same są siłą wyższą.**”³⁰⁹ Powyższe jest także sytuacją odmienną od występującej na gruncie polskich wzorców umownych, w ramach

³⁰⁸ Por. M. Kosmol, *Ryzyka kontraktowe w umowach typu „utrzymaj standard”*, Nawierzchnie Asfaltowe 1-2/2018, s. 21.

³⁰⁹ Punkt 38.1 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 146-147.

których siła wyższa jest zazwyczaj jedynie szczątkowo, a ponadto za każdym razem nieco inaczej, określana.³¹⁰

Według wskazań World Banku preferowany kontrakt zawierać powinien także postanowienia dotyczące ryzyk związanych ze zmianami prawa (ang. *change in laws and regulations*) lub wystąpieniem innych niż siła wyższa sytuacji nieprzewidzianych (ang. *unforeseen conditions*), a także przewidywać możliwość/obowiązek wykupienia stosownej polisy ubezpieczeniowej.³¹¹

Podsumowując należy wskazać, że w zobowiązaniu kreowanym przez analizowaną umowę wskaźnikową **ryzyka kontraktowe po stronie wykonawcy są znaczne**. Wykonawca odpowiada bowiem za swoisty rezultat ciągły (standard utrzymania), natomiast dokładny zakres czynności do wykonania w celu jego osiągnięcia oraz stałego utrzymywania (w ramach zasadniczo stałego ryczału) jest stosunkowo trudny do przewidzenia, gdyż w znacznej mierze zależy od czynników na które wykonawca nie ma wpływu: warunków pogodowych, działalności ludzkiej (np. zachowania chuligańskie – o ile wykonawca za nie odpowiada), stanu utrzymywanej infrastruktury, itp. Odpowiedzialność za stan drogi zostaje więc praktycznie w całości przeniesiona na wykonawcę. Rola zamawiającego sprowadza się natomiast jedynie do kontroli wykonawcy (realizacji postanowień umownych) oraz cyklicznego uiszczania ustalonego wynagrodzenia. W pewnym sensie zamawiający staje się więc „biernym obserwatorem” tego co się dzieje na drodze.³¹²

³¹⁰ Por. *op. cit.* M. Kosmol, *Ryzyka kontraktowe...*, s. 21-22.

³¹¹ Stosowne postanowienia zawierają General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 143-146. Na marginesie warto w tym miejscu wskazać, że gdyby polscy twórcy przyjęli podział ryzyka zaprezentowany we wzorcowych postanowieniach umownych, to zakres odpowiedzialności wykonawcy np. w przypadku zakażenia załogi tego podmiotu koronawirusem SARS-CoV-2 byłby stosunkowo transparentny, czego nie można powiedzieć o umowach aktualnie obowiązujących w Polsce, w tym o stosunkowo nowym rzeszowskim wzorcu umownym, którego postępowanie zostało zainicjowane już po wybuchu pandemii.

³¹² Przy czym w szeroko pojętych sytuacjach kryzysowych musi włączyć się do działań obok/za wykonawcę, gdyż to zamawiający pierwotnie odpowiada za stan drogi.

§ 6. Podsumowanie

Podsumowując należy wskazać, że analizowana umowa wskaźnikowa o kompleksowe utrzymanie dróg to umowa o świadczenie usług (utrzymaniowych) za ustalonym wynagrodzeniem. Jest to umowa konsensualna, dwustronnie zobowiązująca, odpłatna, wzajemna, a także adhezyjna. Zawiera ponadto pewne cechy/elementy umowy losowej, nie będąc jednak umową losową.

Poszczególne świadczenia wykonawcy łącznie składające się na zbiorcze pojęcie świadczenia wykonawcy (niejednorodne (niejednolite) świadczenie złożone o charakterze ciągłym) często są świadczeniami rezultatu (starannego działania i rezultatu; np. naprawa uszkodzonego fragmentu drogi). Nie należy natomiast uznawać, że przedmiotowa umowa powinna być zaliczona do kategorii zobowiązań rezultatu (starannego działania i rezultatu), gdyż poszczególne świadczenia wykonawcy wcale nie muszą mieć charakteru świadczeń rezultatu (starannego działania i rezultatu), a jedynie starannego działania (np. patrolowanie drogi). Powyższe doprowadziło ostatecznie do wniosku, że podział na zobowiązania lub świadczenia rezultatu (starannego działania i rezultatu) oraz starannego działania powinien koncentrować się w zasadzie wyłącznie na świadczeniach, a nie na zobowiązaniu, w przeciwnym razie niewykluczone jest dochodzenie do nieprawidłowych wniosków. Rozważania podjęte w niniejszym rozdziale doprowadziły także do postawienia nieco przewrotowej tezy, w myśl której na gruncie polskim w istocie nie powinno się mówić o świadczeniach rezultatu oraz starannego działania, a raczej o „świadczeniach starannego działania” oraz „świadczeniach starannego działania i rezultatu”, gdyż na gruncie art. 471 k.c. tzw. świadczenie rezultatu jest w zasadzie tak samo traktowane jak świadczenie starannego działania (należyta staranność jest przesłanką odpowiedzialności *ex contractu* w obydwu tych przypadkach co wynika bezpośrednio z art. 472 k.c., chyba że strony ustalą zasadę zaostrzoną).

Dalsze wnioski dotyczyły przede wszystkim ograniczeń swobody umów w zamówieniach publicznych. Swoboda umów jest na gruncie prawa zamówień publicznych wyraźnie ograniczona i dotyczy to tak formy zawarcia umowy, jej treści (niedozwolone postanowienia umowne), a także okresu na który może być zawarta. Adhezyjny charakter umowy wiąże się natomiast z jej wykładnią – przy przeprowadzaniu interpretacji poszczególnych postanowień umownych obowiązywać powinna zasada *in dubio contra proferentem*, aczkolwiek reguła ta musi być stosowana z pewną dozą ostrożności, przede wszystkim z uwagi na możliwość zadawania pytań przez wykonawcę i związanym z nią obowiązkiem zamawiającego do udzielenia odpowiedzi.

Szczególnie istotne konkluzje dotyczyły przedmiotu umowy, a przede wszystkim dogmatycznoprawnego podejścia do pojęcia świadczenia wykonawcy. Z analizy wynika, że świadczenie wykonawcy ma istotnie skomplikowaną strukturę, jest więc świadczeniem złożonym. Ponadto świadczenie to ma charakter ciągły. W konsekwencji w ujęciu globalnym należy mówić o niejednorodnym (niejednolitym) świadczeniu złożonym o charakterze ciągłym, na które składają się poszczególne, aktywujące się wraz z upływem czasu, świadczenia, które z punktu widzenia umowy jako pewnej niepodzielnej całości należy uznać za świadczenia częściowe. Odpowiednio świadczenie wzajemne zamawiającego to również kategoria niejednolita, gdyż składają się na nią świadczenia okresowe (comiesięczna zapłata wynagrodzenia), a także świadczenia jednorazowe oraz ciągłe.

Odnosząc się do kwestii podziału ryzyka kontraktowego należy wskazać, że dotychczasowa praktyka kontraktowa pokazuje, iż ryzyko nakładane umową na wykonawcę jest stosunkowo wysokie. Przede wszystkim poszczególne świadczenia wykonawcy są często ukształtowane w formule świadczeń rezultatu (starannego działania i rezultatu), a wynikające z nich rezultaty punktowe łącznie składają się na ostateczny rezultat ciągły należny zamawiającemu (standard utrzymania drogi). Jeżeli wykonawca nie

będzie ich realizował zgodnie z wymogami stawianymi mu przez umowę, jego wynagrodzenie będzie ulegało stosownemu obniżeniu, a kwestia należytej staranności może pozostać w tej mierze bez najmniejszego znaczenia (model „płać za rezultaty”, a nie za samo „staranne działanie”). Co niezwykle ważne, siła wyższa jest (jedyne) przesłanką zmiany umowy, a jej definicja najczęściej cząstkowa, a także nieco odmienna w zależności od danej umowy.

Rozdział III. Treść umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych – prawa i obowiązki stron

§ 1. Wprowadzenie

Niniejszy rozdział poświęcony został prawom i obowiązkom stron analizowanej umowy wskaźnikowej. Jako że świadczenie wykonawcy jest niejednorodnym (niejednolitym) świadczeniem złożonym o charakterze ciągłym, każde z poszczególnych zachowań (świadczeń częściowych) na nie się składających stanowi w zasadzie odrębny obowiązek wykonawcy, a obowiązkowi temu odpowiada roszczenie zamawiającego, którego realizacja może być wymuszona poprzez wykorzystanie drogi sądowej.³¹³ Z uwagi na powyższe niezwykle istotne jest ustalenie przedmiotowych obowiązków i korespondujących z nimi praw stron. Tytułem wstępu wskazuję, że z uwagi na bardzo skomplikowaną strukturę świadczenia wykonawcy, a więc niezliczoną wręcz mnogość obowiązków obciążających ten podmiot, w rozdziale tym pominięto zbędne szczegóły, a skoncentrowano się na najważniejszych obowiązkach oraz prawach stron.

§ 2. Obowiązki wykonawcy

I. Wprowadzenie

Zgodnie z art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonywać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także

³¹³ Tak co do świadczeń złożonych *op. cit.* P. Machnikowski, *Komentarz do art. 353 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt III 1.

w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Wykonawca zobowiązany jest więc realizować przedmiot umowy zgodnie z postanowieniami zawartego kontraktu, a więc w szczególności zgodnie z licznymi szczegółowymi regulacjami zawartymi w OPZ, zasadami sztuki oraz normami powszechnie obowiązującego prawa, zarazem mając na uwadze, że społeczno-gospodarczym celem umowy jest takie dbanie o stan infrastruktury, aby jej potencjalni i rzeczywiści użytkownicy mogli z niej bezpiecznie i stosunkowo komfortowo korzystać. W konsekwencji **ciągłe (bieżące) utrzymywanie drogi stanowi główny obowiązek wykonawcy.**

Jednak aby realizacja przedmiotowego obowiązku w ogóle mogła być możliwa, konieczne jest uprzednie **przejęcie tej infrastruktury w dzierżenie** na podstawie pisemnego protokołu, a także **ciągła współpraca i komunikacja z zamawiającym** przez cały okres związania kontraktem. Z obowiązkiem ciągłego (bieżącego) utrzymywania drogi skorelowane są ponadto pomniejszych obowiązki wykonawcy jak np. **obowiązek prowadzenia dokumentacji prac utrzymaniowych**³¹⁴, **sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia**³¹⁵, itd.³¹⁶

II. Ciągłe (bieżące) utrzymywanie infrastruktury drogowej

Co jednak mieści się w kategorii ciągłego (bieżącego) utrzymywania infrastruktury drogowej? Praktycznie zawsze będą to: codzienne objazdy drogi, likwidacja ubytków w jezdni, konserwacja, naprawa lub wymiana zniszczonych barier drogowych i pozostałych urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, oznakowania pionowego i poziomego, zapewnianie czystości jezdni i pasa drogowego, konserwacja i naprawy w zakresie wyposażenia technicznego oraz odwodnienia, dbanie o zieleń przydrożną oraz odśnieżanie i likwidowanie śliskości zimowej. Podkreślenia wymaga jednak w tym miejscu, że dokładny

³¹⁴ Por. np. B.I.1.3.5. OPZ kieleckiego wzorca umownego.

³¹⁵ Por. np. B.I.1.4.14. OPZ kieleckiego wzorca umownego.

³¹⁶ W kwestii dalszych obowiązków obciążających wykonawcę por. np. § 8 ust. 2 IPU opolskiego wzorca umownego.

zakres obowiązków wykonawcy jest zawsze inny w zależności od treści zawartej umowy. Obowiązkiem wykonawcy często nie będzie jedynie utrzymywanie drogi w ustalonym standardzie w powszechnym rozumieniu tego zwrotu, gdyż wykonawca może być zobowiązany także do jej remontowania, odtwarzania czy odbudowywania (np. w sytuacji naturalnego zużycia drogi albo jej zniszczenia w wyniku powodzi), co *prima facie* trudno uznać za „utrzymanie” infrastruktury.³¹⁷

W praktyce mogą więc pojawić się wątpliwości, jak daleko sięga faktyczna odpowiedzialność wykonawcy za ciągłe (bieżące) utrzymywanie infrastruktury drogowej. W takiej sytuacji ocenę przeprowadzać należy w pierwszej kolejności z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu umowy. Powyższa koncepcja oparta jest na treści umów, ponieważ wzorce umowne statuują, że wykonawca odpowiada za rezultat „kompleksowego utrzymania infrastruktury drogowej”, nawet jeżeli poszczególne klauzule umowne nie wskazują konkretnych czynności, które należy wykonać. Obowiązkiem wykonawcy jest więc taka realizacja umowy, aby zamawiający oddając drogę na utrzymanie za określonym wynagrodzeniem, nie musiał już sam wykonywać żadnych podstawowych czynności utrzymaniowych. Pod ww. pojęciem „podstawowych czynności utrzymaniowych” należy rozumieć utrzymanie dróg *sensu stricto*, a więc wykonywanie robót konserwacyjnych, porządkowych i innych zmierzających do utrzymania bezpieczeństwa ruchu na drogach. Ze względu na zasady współzycia społecznego w tej mierze należy mieć na względzie także uzasadniony interes wykonawcy, aby nie doszło do zachwiania słuszności kontraktowej (art. 354 § 1 k.c.).

Ww. klauzula umowna wymaga jednak pogłębionej analizy. W jej myśl: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania wszystkich robót niezbędnych do osiągnięcia rezultatu określonego w (...) [kompleksowego utrzymania drogi], niezależnie

³¹⁷ Por. odpowiedź zamawiającego na pytanie wykonawcy w ramach katowickiego wzorca umownego - pozycja „Treść zapytań i wyjaśnień”, s. 1-2, <https://www.gddkia.gov.pl/ajax/zamowieniePubliczneSzczegoly.php?id=24871&lang=pl> [dostęp 30.01.2020].

od tego, czy wynikają wprost z dokumentów wymienionych w (...) [Oferty, SIWZ, w szczególności OPZ, oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – Szczegółowe Specyfikacje Techniczne (SST), w tym D-M.00.00.00. Wymagania ogólne]”.³¹⁸ Według mnie przywołane brzmienie klauzuli oznacza, że wola stron (zamawiającego) było podkreślenie, że poszczególne świadczenia składające się na nadrzędne pojęcie świadczenia wykonawcy co do zasady powinny być interpretowane jako świadczenia rezultatu (starannego działania i rezultatu), przy czym, co tutaj kluczowe, dla zamawiającego w istocie nie one się liczą, a jedynie ostateczny rezultat ciągły w postaci nieprzerwanego utrzymywania ustalonego standardu utrzymania drogi. Postanowienie takie ma ponadto na celu zabezpieczenie się zamawiającego przed sytuacją, w której w OPZ będzie brakowało wyszczególnienia pewnych czynności utrzymaniowych (np. przez nieuwagę osób przygotowujących dokumentację przetargową), a czynności te powinny być wykonane, aby droga była zadbane i bezpieczna.

Na gruncie drugiego ustalenia należy jednak wyraźnie podkreślić, że zakres świadczenia wykonawcy powinien być jak najbardziej transparenty oraz precyzyjny. Jak słusznie wskazał bowiem Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 05 października 2017 r.³¹⁹, niedozwolone jest obciążanie wykonawcy ryzykiem nieprzewidzenia rozmiaru prac i ich kosztów, będące rezultatem niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 PZP lub przepisy o charakterze *lex specialis* do ww. normy. Sąd zauważył ponadto, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 3 uchylonego PZP). Wyraźnie wskazał również, że opis przedmiotu zamówienia musi być wyczerpujący i jednoznaczny, a więc uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na

³¹⁸ Por. § 1 ust. 4 IPU szczecińskiego wzorca umownego; por. także § 1 ust. 4 IPU opolskiego i kieleckiego wzorca umownego.

³¹⁹ Sygn. akt V ACa 380/16, Legalis numer 1719952 i przywoływany tam wyrok KIO z dnia 09 maja 2012 r., sygn. akt KIO 809/12, Legalis numer 532507.

sporządzenie oferty, co dotyczy także sytuacji, w której wykonawca ma uzyskiwać wynagrodzenie ryczałtowe. W związku z powyższym ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac obciążające wykonawcę na gruncie art. 632 § 1 k.c. i będące cechą wynagrodzenia ryczałtowego (które stosuje się nie tylko w ramach umowy o dzieło), na gruncie PZP doznaje pewnej modyfikacji.³²⁰ Podobne ustalenia można znaleźć także na gruncie judykatury z zakresu analizowanych umów wskaźnikowych.³²¹ Zamawiający nie może więc zwolnić się z obowiązku dokładnego i transparentnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wykorzystanie analizowanej klauzuli umownej.

III. Czynności utrzymaniowe wykonawcy o charakterze prac awaryjnych

Istotne jest zauważenie, że w analizowanych umowach wskaźnikowych znaleźć można reguły wykonywania prac w **trybie awaryjnym**.³²² Co do zasady kategoria ta ma znaczenie w ramach utrzymania rutynowego, ponieważ wykonawca jest zobowiązany do nieprzerwanego utrzymywania drogi w ustalonych standardach, praktycznie bez względu na okoliczności. Prace awaryjne nie są jednak pozbawione doniosłości także w zakresie

³²⁰ Powyższe poglądy wyrażane przez SA w Gdańsku popiera także doktryna, por. M. Gutowski, *Komentarz do art. 632 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, pkt I 2. Warto ponadto w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z *op. cit.* wyrokiem SN z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt II CSK 197/15, „Za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na wykonawcę ryzyka gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia i błędnej treści wyjaśnień udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia.”

³²¹ W *op. cit.* nieprawomocnym wyroku SO w Warszawie z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt XXV C 1827/17, który zapadł na kanwie oceny prawnej umowy wskaźnikowej w utrzymaniu dróg, Sąd wskazał, że „Zdaniem Sądu, z treści przywołanych postanowień należy wywieść, że obowiązek Wykonawcy utrzymania określonego standardu na ustalonym poziomie, wchodził w rachubę pod warunkiem, że czynność potrzebna do utrzymania standardu wchodziła w zakres usług objętych Umową. Jeżeli danego zdarzenia faktycznego (ad causa – kradzież kabli) nie można zakwalifikować jako objętego Umową – umownego świadczenia Wykonawcy, to pozwany nie ponosi odpowiedzialności za niedotrzymanie standardu z przyczyn od niego niezależnych. Nie wchodzi to bowiem w zakres treści zobowiązania. (...) Bez uwzględnienia powyższych postanowień umownych oraz okoliczności, w ocenie Sądu nie można w sposób właściwy odczytać postanowień kontraktowych traktujących o poszczególnych standardach utrzymania drogi. Zmienia się bowiem w ten sposób cały wydzźwięk stosunku prawnego łączącego strony, prowadząc do nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy, sprzeczności umowy z art. 29 p.z.p. i naruszenia podstawowych zasad prawa zobowiązań. Wykonawca musi bowiem wiedzieć do wykonania jakich świadczeń się zobowiązuje, tudzież powinien mieć obiektywną możliwość wyinterpretowania potencjalnego zakresu świadczonych usług ze względu na specyfikę danego zamówienia. Literalna treść dalszych postanowień na którą powołuje się powód, może być myląca.”

³²² Por. w szczególności: część B.II punkt II opolskiego wzorca umownego – Ustalenia w zakresie wykonywania prac BUD [bieżącego utrzymania dróg] w trybie awaryjnym oraz część B.V - Roboty strukturalne i awaryjne na drogach i obiektach mostowych.

utrzymania strukturalnego, gdyż w przypadku wystąpienia potrzeby przeprowadzenia pewnych prac „remontowych lub awaryjnych”, a więc wykonania „robót strukturalnych lub awaryjnych”, wszczynana jest procedura zlecenia wykonawcy tych prac jako czynności dodatkowych, czyli oddzielnie wynagradzanych.³²³

Z treści umów wskaźnikowych nie wynika jednak bezpośredni podział na wyraźne i odrębne kategorie utrzymaniowe: utrzymanie rutynowe, strukturalne oraz awaryjne, a klauzule umowne dotyczące robót awaryjnych nie są w pełni transparentne – przywoływana powyżej część B.V OPZ przykładowego opolskiego wzorca umownego dzieli dodatkowe roboty (nie mieszczące się w kategorii utrzymania rutynowego) na strukturalne i awaryjne, natomiast SST precyzują szczegółowe specyfikacje techniczne dla robót strukturalnych, w zakresie robót remontowych i awaryjnych.³²⁴ W części B.V wskazuje się jednak, że każdorazowo, a więc niezależnie czy prace mają charakter prac remontowych czy awaryjnych, strony spisują „protokół konieczności wykonania robót remontowych”³²⁵. Jak się więc ostatecznie zdaje, prace awaryjne mogą być wykonywane tak w ramach utrzymania rutynowego (mniejsze/prostsze prace), jak i utrzymania strukturalnego (większe/bardziej skomplikowane prace).

Najważniejsze jest jednak wykonywanie tych prac w ramach utrzymania rutynowego, a więc bez dodatkowego wynagrodzenia. Wykonawca powinien bowiem przewidzieć konieczność wykonywania poszczególnych asortymentów prac w trybie awaryjnym, niezależnie od przyjętego harmonogramu prac utrzymaniowych, w sytuacji, kiedy ich niewykonanie może spowodować zagrożenie dla bezpieczeństwa na drodze. Umowy nie precyzują wszystkich możliwych sytuacji nieprzewidzianych, a jedynie wskazują ich możliwe przykłady jak np.: 1) uszkodzenie drogi i jej elementów

³²³ Por. Część B.V OPZ opolskiego wzorca umownego.

³²⁴ D.4 - Szczegółowe specyfikacje techniczne dla robót strukturalnych w zakresie robót remontowych i awaryjnych na obiektach inżynierskich; D.5 - Szczegółowe specyfikacje techniczne dla robót strukturalnych w zakresie robót remontowych i awaryjnych na drogach, opolskiego wzorca umownego.

³²⁵ Część B.V punkt 1 lit. B oraz punkt 2 lit. B OPZ opolskiego wzorca umownego.

uniemożliwiających bezpieczne z niej korzystanie, w tym ubytki nawierzchni ≥ 3 cm głębokości, uszkodzenia obiektów inżynierskich, uszkodzenia barier ochronnych, balustrad, poręczy, ekranów, znaków drogowych, urządzeń oświetlenia drogi, uszkodzenia ogrodzeń, rozmycia skarp i poboczy; 2) uszkodzenie infrastruktury zlokalizowanej w sąsiedztwie drogi, które zagraża bezpieczeństwu na samej drodze; 3) pozostawianie na drodze elementów obcych, w tym porzuconych przedmiotów, rozsypanych materiałów sypkich, rozlania cieczy bądź substancji mogących spowodować poślizg pojazdów, martwych zwierząt, połamanych gałęzi i pni powalonych drzew, uszkodzonych elementów drogi oraz innych elementów mogących stwarzać zagrożenie dla ruchu na drodze. Koszt realizacji takich prac należy uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym, a ryzyko z tym związane obciąża wykonawcę. Jeżeli wykonawca zidentyfikuje jednak sprawcę zdarzenia, umowy określają stosowne procedury odzyskiwania środków finansowych przeznaczonych na usunięcie jego skutków od zamawiającego, sprawcy zdarzenia lub jego ubezpieczyciela. Prace awaryjne powinny być realizowane w dwóch etapach: 1. zabezpieczenie miejsca zdarzenia, 2. likwidacja zagrożenia; a ponadto muszą być wykonywane w ściśle określonych w umowach terminach (patrz dalej, *Wskaźniki (mierniki) kontraktowe*, s. 112 i n.), gdyż od nich w istotnej mierze zależy bezpieczeństwo użytkowników dróg. Umowy wprowadzają jednak wyjątek w ramach zdarzeń o charakterze katastrofy budowlanej, w których uszkodzenia drogi wymagają przebudowy jej fragmentu bądź całego elementu. Obowiązkiem wykonawcy jest wówczas jedynie zabezpieczenie miejsca zdarzenia do czasu rozpoczęcia przebudowy. Stosowny remont będzie natomiast realizowany na koszt zamawiającego w ramach utrzymania strukturalnego albo zlecony podmiotowi trzeciemu.³²⁶

W tym miejscu warto zauważyć, że w analizowanych umowach wskaźnikowych zawieranych na świecie również występuje figura prawna utrzymania awaryjnego/prac awaryjnych (ang. *emergency maintenance/services/works*). Jako przykłady podać można

³²⁶ Akapit na podstawie części B.II punktu II opolskiego wzorca umownego.

Brytyjską Kolumbię, Australię³²⁷, Stany Zjednoczone Ameryki³²⁸, Afganistan³²⁹ czy Tadżykistan³³⁰. Asian Development Bank zauważa, że kategoria prac wykonywanych w trybie awaryjnym powinna zostać ustalona w kontraktach, a wynagradzane należne wykonawcom za jej wykonywanie obliczane na podstawie cen jednostkowych.³³¹

IV. Ciągłe utrzymywanie określonego standardu infrastruktury drogowej (poziomu usługi) jako główny obowiązek wykonawcy

Zasadniczym elementem umowy będącym zarazem najistotniejszym obowiązkiem obciążającym wykonawcę jest **ciągłe utrzymywanie przez cały okres obowiązywania umowy określonego standardu infrastruktury drogowej (poziomu usługi), czyli dotrzymanie poszczególnych wskaźników** określonych bliżej w treści umowy, **które ostatecznie prowadzą do wymaganej przez zamawiającego jakości usługi** rozumianej jako pewna niepodzielna całość. Kluczowym obowiązkiem wykonawcy jest więc nieprzerwane dostarczanie rezultatu określonego przez umowę. **Na ostateczny rezultat ciągle składają się natomiast pomniejsze rezultaty punktowe/częściowe kreowane przez dane wskaźniki.** Poniżej przedstawionych zostanie kilka przykładów przedmiotowych mierników kontraktowych zaczerpniętych z polskich wzorców umownych i oczekiwanych w związku z ich wprowadzeniem rezultatów.

1. Wskaźniki (mierniki) kontraktowe

W piśmiennictwie występują różne klasyfikacje oraz nazewnictwo wskaźników. J. Archutowska i J. Pieriegud wyszczególniają wskaźniki techniczne (inżynierskie), nietechniczne (operacyjne/efektywności zarządzania) oraz ekonomiczne, grupowania

³²⁷ Por. punkt 5.8 ogólnych warunków umowy utrzymaniowej, 2015, Queensland, Australia, <https://www.tmr.qld.gov.au/business-industry/Technical-standards-publications/Road-maintenance-performance-contract-manual.aspx> [dostęp: 15.09.2018].

³²⁸ *Op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...*, s. 18.

³²⁹ W Afganistanie zawieranie nowoczesnych umów utrzymaniowych jest jednak nadal na nienajlepszym poziomie – por. *op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...*, s. 24.

³³⁰ *Op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...*, s. 24.

³³¹ *Op. cit.* Asian Development Bank, *Guide to performance-based...*, s. 39-41.

dokonując jednak z punktu widzenia oceny nie wykonawcy, a zarządcy drogi (efektywności zarządzania drogami).³³² K. Markowski proponuje natomiast podział wskaźników na mierniki techniczne (szeroka kategoria odnosząca się do parametrów inżynierskich jak np. szorstkość czy równość nawierzchni), ekonomiczne (wskaźniki tworzone z punktu widzenia korzyści finansowych dla zarządcy) oraz behawioralne (wskaźniki koncentrujące się na subiektywnych odczuciach kierowców, np. wskaźnik zadowolenia użytkowników dróg z aktywności wykonawcy). Trafnie wskazuje zarazem, że przy tworzeniu wszelkich wskaźników należy przestrzegać zasady trzech kompromisów – ekonomicznego³³³, technologicznego³³⁴ i społecznego^{335,336}. Poniżej przedstawiam własne nazewnictwo oraz przykłady mierników z analizowanych umów wskaźnikowych.

W pierwszej kolejności wskazać należy bardzo rozpowszechnione **wskaźniki czasowe**. W umowach wskaźnikowych występują one niezwykle liczne i odgrywają kluczową rolę, gdyż od szybkości reakcji wykonawcy zależy bezpieczeństwo użytkowników dróg. Na podstawie utrzymania awaryjnego poniżej przedstawionych zostanie kilka przykładów mierników czasowych. Utrzymanie awaryjne ma miejsce w szczególności, gdy wystąpi określone zdarzenie powodujące powstanie niebezpieczeństwa na drodze. W takiej sytuacji wykonawca powinien podjąć czynności w dwóch etapach: I – zabezpieczenie miejsca zdarzenia, II – likwidacja zagrożenia. Każdy etap został stosownie ograniczony terminem, co też przedstawia poniższa tabelka.

³³² *Op. cit.* J. Archutowska, J. Pieriegud, *Efektywność zarządzania utrzymaniem dróg...*, s. 14-16, patrz także liczne dalsze przykłady poszczególnych wskaźników prezentowane na s. 17-31.

³³³ Będącego korelatem pytania „Czy nas na to stać?”.

³³⁴ Będącego korelatem pytania „Czy to jest wykonalne?”.

³³⁵ Będącego korelatem pytania „Czy wysiłek utrzymaniowy będzie dostrzegany przez użytkowników dróg?”.

³³⁶ *Op. cit.* K. Markowski, *Wskaźnikowe modele utrzymania dróg...*, s. 12-13.

Tabela nr 5. Przykłady wskaźników czasowych w ramach bieżącego utrzymania drogi realizowanego w trybie awaryjnym.

Obowiązek wykonawcy	Wskaźnik czasowy
<p>Etap I zabezpieczenie miejsca zdarzenia</p>	<p>Zasada ogólna: rozpoczęcie zabezpieczania zasadniczo niezwłocznie, jednakże nie dłużej niż 60 minut od momentu stwierdzenia lub otrzymania zgłoszenia. Pełne zakończenie zabezpieczania - w możliwie najkrótszym terminie. Wyjątki³³⁷: Np. w przypadku wystąpienia niebezpiecznego ubytku w jezdni, a więc stwierdzenia ubytku w nawierzchni drogi zagrażającego bezpieczeństwu ruchu drogowego, o głębokości $\geq 5\text{cm}$ – rozpoczęcie zabezpieczania również zasadniczo niezwłocznie, ale nie dłużej niż 60 minut od momentu stwierdzenia lub otrzymania zgłoszenia. Jednakże zabezpieczenie poprzez oznakowanie i niezbędną naprawę doraźną powinno być zakończone w czasie nie dłuższym niż 4 godziny.</p>
<p>Etap II likwidacja zagrożenia</p>	<p>Zasada ogólna: W czasie niezbędnym na dokonanie czynności oraz adekwatnym do skali awarii, lecz nie dłuższym niż 24 godz. Wyjątki: Np. w przypadku wystąpienia ww. niebezpiecznego ubytku w jezdni: trwałe uzupełnienie ubytku w czasie nie dłuższym niż 48 godz. Powyższe nie dotyczy zdarzenia mającego charakter katastrofy budowlanej.</p>

Źródło: opracowanie własne Autora na podstawie B.II.II. i B.II.III.1.3. OPZ kieleckiego wzorca umownego.

Czynności wykonawcy muszą być jednak wykonane nie tylko w określonym czasie, ale także prezentować określoną jakość (**wskaźniki jakościowe** (rezultatu)). GDDKiA wskazuje, że w ramach umowy wskaźnikowej „Podstawą oceny są określone przez Zamawiającego wskaźniki jakości opracowane na podstawie dokładnie sparametryzowanych standardów utrzymania sieci drogowej”.³³⁸ W związku z tym w umowie określa się tzw. „**miary dotrzymania standardów**”, na podstawie których umożliwiona jest ocena, czy usługę cechuje

³³⁷ Jest to jedynie przykład specyficznego uregulowania o charakterze szczegółowym, których w umowach znajdziemy znacznie więcej – przykładowo w ramach uszkodzonych barier ochronnych zagrażających użytkownikom dróg oznakowanie i zabezpieczenie miejsca uszkodzenia musi nastąpić niezwłocznie, jednak nie później niż w ciągu 4 godzin od stwierdzenia/zgłoszenia, natomiast naprawa/wymiana/uzupełnienie elementów barier musi nastąpić nie później niż w ciągu 24 godz. od momentu uszkodzenia elementu (por. B.II.III.2 OPZ kieleckiego wzorca umownego).

³³⁸ Por. *op. cit.* K. Markowski, *Wskaźnikowe modele utrzymania dróg...*, s. 8.

wymagana jakość. Np. w ramach remontów (częściowych) nawierzchni dróg miara dotrzymania standardu wskazuje że „standard nawierzchni jezdni jest spełniony, gdy: (...) wykonane naprawy są wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i nie wykazują widocznych uchybień w ocenie przedstawiciela Zamawiającego (m.in. szczelnie wypełnione spękania, krawędź łąty przylega do krawędzi istniejącej nawierzchni, łąta tworzy jedną płaszczyznę z sąsiadującą powierzchnią jezdni, itp.)”, a w konsekwencji (nie tylko napraw awaryjnych) „nawierzchnia jezdni na całej powierzchni utwardzonych elementów Drogi, również na drogowych obiektach inżynierskich jest pozbawiona ubytków, wykruszeń i spękań zagrażających bezpieczeństwu ruchu drogowego, głębokości ponad 3cm”.³³⁹

Miara dotrzymania standardu (wskaźnik jakościowy (rezultatu)) zazwyczaj stosunkowo transparentnie określa jakość usługi poprzez odwoływanie się do konkretnych efektów. W ramach kolejnych przykładów wskazać można miernik dotyczący utrzymania istniejącego oznakowania pionowego, w myśl którego „Standard jest spełniony, gdy: oznakowanie jest kompletne, tzn. znaki ustawione zgodnie z zatwierdzoną stałą organizacją ruchu; barwa i odbłaskowość lica znaków zgodna z przepisami; słupki znaków ustawione w pionie; tarcze znaków na wymaganej wysokości od poziomu jezdni (zachowana jest skrajnia pionowa i pozioma zgodnie z instrukcją); konstrukcje nośne zgodne z projektem wykonawczym, bez uszkodzeń, elementy mocujące nie są skorodowane; konstrukcje czyste, bez graffiti; lica znaków w okresie zimowym są odsnieżone i wolne od lodu; słupki krawędziowe, blokujące i hektometrowe są kompletne, ustawione w pionie, barwa i odbłaskowość zgodna z przepisami, bez uszkodzeń, czyste.”³⁴⁰

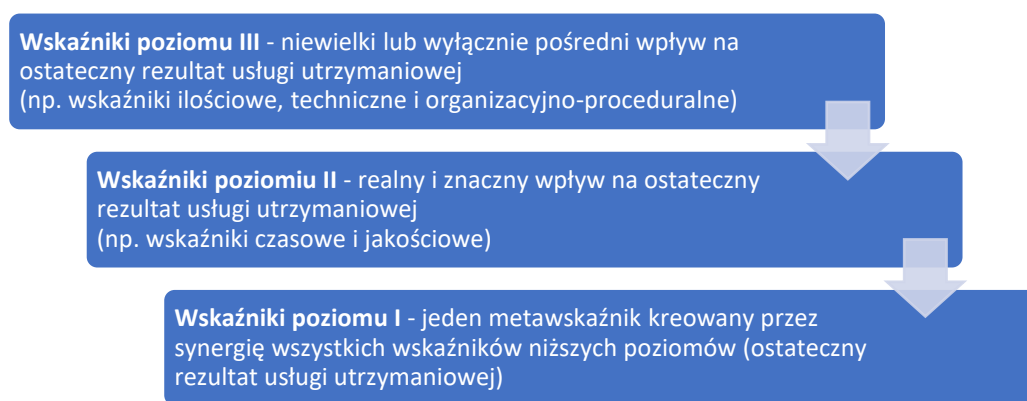
³³⁹ B.II.III.1.3. OPZ kieleckiego wzorca umownego.

³⁴⁰ B.II.III.2. OPZ kieleckiego wzorca umownego. Czynności te są także, w ramach tej samej jednostki redakcyjnej, obwarowane miernikiem czasowym – „W przypadku stwierdzenia odstępstw od standardu należy przystąpić niezwłocznie do niezbędnych prac zabezpieczających. Doprowadzenie do standardu w zakresie kompletności oznakowania i poprawnego stanu wykonać w ciągu 48 godzin (dla oznakowania, którego brak wpływa na bezpieczeństwo niezwłocznie, nie dłużej niż 24 godziny). Parametry odbłaskowości należy doprowadzić do standardu w ciągu 1 tygodnia.”

Umowy przewidują także dalsze wskaźniki, aczkolwiek odgrywają one niejako drugorzędną rolę: **ilościowe** (np. ilość sprzętu, którym ma dysponować wykonawca przez cały okres realizacji kontraktu; mierniki ilościowe najczęściej połączone są wówczas ze wskaźnikami **technicznymi** dotyczącym np. wieku tego sprzętu), **organizacyjno-proceduralne** (określające np. sposób organizacji ekip patrolowych czy wskazujące na konkretne sposoby postępowania w razie zajścia danych zdarzeń). Umowy nie koncentrują się bowiem wyłącznie na konkretnych rezultatach, do których wykonawca ma doprowadzać (standardach utrzymania),³⁴¹ choć jest to przeważający element, ale także na szeroko pojętych sposobach dojścia do tych rezultatów.

Pewne wskaźniki odgrywają więc zasadniczą rolę w kształtowaniu ostatecznego rezultatu usługi (wskaźniki jakościowe (rezultatu) i czasowe), gdy z kolei inne mają w tym znacznie mniejszy bądź też wyłącznie pośredni udział (wskaźniki ilościowe, techniczne i organizacyjno-proceduralne), zasadne jest więc także stwierdzenie, że w zależności od istotności, wskaźniki kontraktowe można podzielić na poziomy. Poniżej proponuję podział na trzy poziomy.

Rysunek nr 2. Proponowany podział wskaźników kontraktowych na poziomy.



Źródło: opracowanie własne Autora.

³⁴¹ Warto w tym miejscu zauważyć, że A. Maciejewski wskazuje, iż wynikające ze wskaźników poziomy świadczenia usług przekładają się na rezultaty strategiczne (bezpieczeństwo, wygoda oraz czystość), *op. cit.* A. Maciejewski, *Sposoby zarządzania drogami...*, s. 5.

W tym miejscu warto jednak odnotować, że dotychczasowe polskie wzorce umowne nie operują bezpośrednio w treści umów pojęciami typu „wskaźnik jakościowy A”, „wskaźnik czasowy B”, itd., a efekty czynności podejmowanych przez wykonawcę rozliczane są bardziej poprzez ocenę spełnienia ustalonego standardu utrzymania, niż przy pomocy wprost w kontraktach wyszczególnionych, nazwanych oraz systematycznie pogrupowanych wskaźników.³⁴² Umowy wskaźnikowe mogą być jednak mniej lub bardziej obwarowane wskaźnikami, gdyż jest to kategoria nader heterogeniczna.

§ 3. Prawa wykonawcy

Podstawowym prawem wykonawcy jest możliwość **żądania zapłaty wynagrodzenia** za zrealizowane czynności utrzymaniowe. Kwestia ta będzie omówiona dalej w ramach obowiązków zamawiającego.

Wykonawca ma także prawo żądać od zamawiającego **wydania mu infrastruktury drogowej** w dzierżenie, co jest tak jego prawem (wiąże się z tym roszczenie o wydanie infrastruktury), jak i obowiązkiem (obowiązek formalnego przejęcia infrastruktury w dzierżenie na podstawie pisemnego protokołu przejęcia). Niewykluczone jest także przekazanie wykonawcy obiektów zaplecza technicznego w ramach stosunku użyczenia. Wykonawca ma także prawo **wymagać od zamawiającego współdziałania** zgodnie z treścią umowy i w sposób odpowiadający jej celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (art. 354 § 2 k.c.), a w szczególności wymagać **zapewnienia nadzoru inwestorskiego**. Jeżeli zamawiający zobowiąże się do dostarczania **materiałów** do wykonywania przedmiotu umowy (w szczególności dotyczy to soli drogowej),

³⁴² Wypowiedź K. Markowskiego na wstępie do debaty na III Pomorskim Forum Drogowym, <https://kongresdrogowy.pl/files/upload/debata%20sopot.pdf> [dostęp 16.08.2019].

to wykonawca zyskuje ponadto roszczenie o ich **wydanie** w terminach określonych w umowie.

§ 4. Obowiązki zamawiającego

I. Wprowadzenie

Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest **zapłata wynagrodzenia** za świadczoną usługę. Jest to główny obowiązek nakładany przez umowy na ten podmiot i będzie on rozwinięty poniżej.

Aby jednak w ogóle możliwa była realizacja umowy, konieczne jest uprzednie **wydanie infrastruktury drogowej** wykonawcy w dzierżenie³⁴³, a także **ciągła współpraca i komunikacja z wykonawcą** przez cały okres związania kontraktem. Konieczność współdziałania wierzyciela z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania przewiduje wprost k.c. w art. 354 § 2, a także nowe PZP w art. 431 ustawy. Z powyższych przepisów wynika między innymi **obowiązek odbierania w terminie prac oddawanych przez wykonawcę** (np. remontów częściowych infrastruktury drogowej). Same umowy wskazują ponadto, że zamawiający zobowiązany jest do **zapewnienia nadzoru inwestorskiego**.³⁴⁴ Niektóre wzorce umowne nakładają na ten podmiot ponadto **obowiązek dostarczania wykonawcy soli drogowej**, potrzebnej do prowadzenia akcji zimowej.³⁴⁵ Praktyka kontraktowa pokazuje również, że niewykluczone jest przekazanie wykonawcy obiektów zaplecza technicznego w ramach stosunku użyczenia.

³⁴³ § 9 ust. 1 lit. a) IPU szczecińskiego; § 8 ust. 1 lit. a) IPU kieleckiego i opolskiego wzorca umownego.

³⁴⁴ § 9 ust. 1 lit. b) IPU szczecińskiego; § 8 ust. 1 lit. c) IPU kieleckiego; § 8 ust. 1 lit. b) IPU opolskiego wzorca umownego.

³⁴⁵ Zamawiający często zobowiązany jest do dostarczania wykonawcy soli drogowej, por. np. § 2 ust. 1, 3-4 oraz § 8 ust. 1 lit. b) IPU kieleckiego a także § 2 ust. 3-4 IPU oraz § 8 ust. 1 lit. e)-f) IPU opolskiego wzorca umownego.

II. Obowiązek zapłaty wynagrodzenia

Głównym obowiązkiem zamawiającego jest cykliczna zapłata wynagrodzenia za zrealizowane czynności utrzymaniowe.³⁴⁶ Wynagrodzenie jest wypłacane w odstępach miesięcznych. Za prace o charakterze rutynowym wykonawcy należy się ustalona z góry kwota będąca wynagrodzeniem ryczałtowym (por. 632 k.c.) nazywanym w umowach „Cyklicznym Wynagrodzeniem”. Natomiast za prace o charakterze strukturalnym wynagrodzenie wypłacane jest na podstawie obmiaru, a więc rzeczywiście zleconego, wykonanego i odebranego rodzaju prac, z uwzględnieniem zakresu tych prac oraz cen jednostkowych wskazanych w Kosztorysie Ofertowym. Wynagrodzenie należne wykonawcy może więc nawet i istotnie się różnić, w zależności od ilości dodatkowych prac, a więc czynności utrzymaniowych wykraczających poza utrzymanie rutynowe i zleczanych odrębnie jako prace strukturalne. Obowiązek cyklicznego uiszczania wynagrodzenia ma charakter długu oddawczego, z uwagi na pieniężny charakter świadczenia (art. 454 k.c.).

Co niezwykle istotne, w przypadku przekroczenia dopuszczalnego poziomu odstępstw od ustalonych w umowie standardów, zamawiający może dokonać obniżenia Cyklicznego Wynagrodzenia, zazwyczaj za miesiąc w którym takie odstępstwo zostanie stwierdzone.³⁴⁷

Umowy najczęściej przewidują ponadto mechanizmy pozwalające na waloryzację ustalonego wynagrodzenia.³⁴⁸

§ 5. Prawa zamawiającego

I. Prawo do przeprowadzenia kontroli wykonywania umowy

Przemysłane połączenie wskaźników kontraktowych z systemem „punktów karnych” powoduje, że wykonawca jest zmotywowany do prawidłowego wykonywania zobowiązania.

³⁴⁶ § 9 ust. 1 lit. c) IPU szczecińskiego; § 8 ust. 1 lit. d) IPU kieleckiego; § 8 ust. 1 lit. c) IPU opolskiego wzorca umownego.

³⁴⁷ Por. np. § 5 ust. 3 IPU opolskiego wzorca umownego.

³⁴⁸ Por. np. § 4a IPU opolskiego wzorca umownego.

Aby tak faktycznie było, konieczne jest jednak przeprowadzanie kontroli przestrzegania warunków umowy. Kontrole dzielą się na **doraźne**, a więc takie o których terminie i miejscu nie informuje się wykonawcy oraz **obszarowe**, gdy stosowny obowiązek informacyjny już występuje, oraz kontrole **procedur**, o których również należy wykonawcę uprzedzić.³⁴⁹

Podczas kontroli doraźnej drogi wykonywanej przez zamawiającego na bieżąco i stwierdzenia nieprawidłowości, albo natychmiast nalicza się „punkty karne” będące podstawą do dokonania obniżenia wynagrodzenia, albo wzywa się wykonawcę do doprowadzenia drogi do stanu zgodnego z umową i dopiero po bezskutecznym upływie określonego terminu na reakcję nalicza się „punkty karne”.³⁵⁰

W ramach kontroli obszarowej drogi sytuacja jest nieco inna, gdyż dopuszcza się tutaj pewien margines w ocenianiu spełnienia wymaganych rezultatów, w związku z czym uznaje się, że standard jest spełniony, gdy „min. 80% wszystkich elementów w każdym obszarze objętym kontrolą na danym odcinku drogi spełnia warunek osiągnięcia standardu. Wyjątkiem jest stan nawierzchni, dla którego standard uznaje się za spełniony, gdy jest on spełniony dla 100% powierzchni nawierzchni.” Jeżeli wynik kontroli będzie negatywny, zamawiający ma prawo naliczyć „punkty karne” będące podstawą do dokonania obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, a wykonawca musi w określonym czasie doprowadzić drogę do ustalonego standardu (pod sankcją naliczenia dalszych „punktów karnych”).³⁵¹

Kontrola procedur koncentruje się z kolei nie tyle na osiągnięciu dłużnych rezultatów umownych, a na przestrzeganiu przez wykonawcę obowiązków o charakterze pobocznym do tych efektów. W jej ramach sprawdza się więc np. zapewnianie ciągłości zatrudniania pracowników na umowę o pracę czy zgodności ubezpieczeń z wymaganiami umowy, a ponadto zapewnienie sprawności i gotowości sprzętu do prowadzenia zadań, czy prawidłowość prowadzenia dokumentacji wymaganej kontraktem. Stwierdzenie nieprawidłowości oraz ich

³⁴⁹ *Op. cit.* M. Rogoziński, *Kredyt zaufania...*, s. 53; por. także np. B.I.4. OPZ kieleckiego wzorca umownego.

³⁵⁰ Por. np. B.I.4.1. OPZ kieleckiego wzorca umownego.

³⁵¹ Por. np. B.I.4.2. OPZ kieleckiego wzorca umownego.

nieusunięcie przez wykonawcę w określonym czasie także otwiera możliwość naliczenia „punktów karnych”.³⁵²

II. Prawo do naliczenia „punktów karnych”

Jak wskazywałem już wyżej, jeżeli wyniki kontroli przeprowadzonej przez zamawiającego doprowadzą do zarejestrowania odstępstw od warunków umownych, zamawiający może obniżyć wynagrodzenie bazowo należne wykonawcy, i obliczone za „stuprocentową” realizację postanowień umownych. Konkretna kwota, o którą można obniżyć wynagrodzenie wynika ze szczegółowych postanowień umownych, najczęściej bardzo rozbudowanych tabel stanowiących załączniki do umowy. Tabele te zawierają liczne pozycje, a każda z nich dotyczy innego obowiązku obciążającego wykonawcę i została obwarowana odmienną liczbą możliwych do naliczenia, jak wskazują same umowy, „punktów karnych”. Umowy wskaźnikowe tworzą więc swoisty reżim „punktów karnych”, a kwestia jego kwalifikacji prawnej będzie poruszona dalej, w rozdziale V dotyczącym odpowiedzialności stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

§ 6. Podsumowanie

Z rozważań wynika przede wszystkim, że ciągłe (bieżące) utrzymywanie drogi stanowi główny obowiązek wykonawcy, aczkolwiek dokładny zakres tego pojęcia może być *in casu* nie do końca transparentny. Wówczas na umowę należy patrzeć przede wszystkim z punktu widzenia jej celu społeczno-gospodarczego oraz zasad współzycia społecznego, jednakże zamawiający zawsze powinien dokładnie konstruować OPZ, aby dług obciążający wykonawcę był wyraźnie sprecyzowany. Zasadniczą powinnością wykonawcy jest ponadto

³⁵² Por. np. B.I.4.3. OPZ kieleckiego wzorca umownego.

nieprzerwane utrzymywanie przez cały okres obowiązywania umowy określonego standardu infrastruktury drogowej (poziomu usługi). Wyraźnego podkreślenia wymaga, że dzięki wskaźnikom kontraktowym już w momencie zawierania umowy możliwe jest dokładne określenie wymaganej przez zamawiającego jakości usługi, kwestia ewentualnego niewykonania/nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę staje się więc zarazem łatwo dostrzegalna. Same wskaźniki kontraktowe można natomiast podzielić przede wszystkim na czasowe i jakościowe (rezultatu), a ponadto wyszczególnić można również mierniki ilościowe, techniczne czy też organizacyjno-proceduralne. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest z kolei cykliczne wypłacanie wykonawcy wynagrodzenia za zrealizowane czynności utrzymaniowe.

Odnosząc się do kwestii najistotniejszych praw stron, należy przede wszystkim podkreślić prawo zamawiającego do przeprowadzenia kontroli wykonywania umowy. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że umowa nie jest prawidłowo realizowana, uzyskuje uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, którego dokonuje się poprzez skorzystanie ze swoistego reżimu „punktów karnych”. Spadek jakości usługi oznacza w konsekwencji także wprost proporcjonalny spadek nakładów, które trzeba na nią ponieść. Prawo wykonawcy do żądania zapłaty ustalonego wynagrodzenia może więc ulec istotnej modyfikacji w trakcie wykonywania zobowiązania.

Rozdział IV. Miejsce umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych w systemie umów

§ 1. Perspektywa prawnoporównawcza

I. Stanowisko prawa amerykańskiego i angielskiego

Na gruncie amerykańskim umowy wskaźnikowe to co do zasady umowy o świadczenie usług (ang. *services contract*).³⁵³ Odnotowania wymaga zarazem, że w przeciwieństwie do prawa angielskiego, umowa o świadczenie usług nie została w USA unormowana w Jednolitym Kodeksie Handlowym (*Uniform Commercial Code*, w skrócie: UCC), ani też w innym akcie prawnym, co daje powód do krytyki UCC jako przestarzałego aktu prawnego.³⁵⁴ Natomiast analizowana umowa wskaźnikowa koncentrująca się na utrzymaniu dróg publicznych nie może być uznana za „czystą” umowę o świadczenie usług, gdyż jest umową mieszaną (ang. *mixed contract, hybrid contract*), ponieważ zdecydowanie zawiera elementy świadczenia usług (np. czyszczenie drogi) oraz sprzedaży (np. zamontowanie nowej bariery drogowej w miejsce bariery zniszczonej), a niewykluczone jest także dostrzeżenie w niej elementów umowy o wykonanie robót budowlanych (ang. *construction contract*)³⁵⁵. Warto zarazem zauważyć, że za *works contract* uważa się w USA umowę, która łączy element usługowy lub świadczenia pracy z przeniesieniem własności rzeczy, jako przykłady wskazując umowę o prace montażowe czy też naprawę rzeczy³⁵⁶, a w treści modelowych postanowień umownych stworzonych

³⁵³ Por. np. *op. cit.* United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit – orzeczenie z dnia 11 września 2009 r. w sprawie *Saleh v. Titan Corp.*, 580 F.3d 1.

³⁵⁴ I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim — w poszukiwaniu modelowych reguł świadczenia usług dla polskiego ustawodawcy*, TPP 3/2014, s. 63 i 98-99.

³⁵⁵ Por. *op. cit.* I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług...*, s. 95. Według FAR za roboty budowlane należy rozumieć wybudowanie, przerobienie lub naprawę (w tym pogłębianie, wykopy i malowanie) budynków, konstrukcji lub innych nieruchomości, również dróg (por. definicja „Construction” zawarta w Części 2 FAR).

³⁵⁶ Por. definicja „Works Contract” w <https://definitions.uslegal.com/w/works-contract/> [dostęp 16.10.2019].

przez World Bank przedmiotową umowę określa się jako umowę o wykonywanie „robót i usług” (ang. *works and services*).

Także w prawie angielskim umowy wskaźnikowe zawierane w ramach utrzymania dróg są umowami o świadczenie usług (ang. *contract for services*) lub umowami mieszanymi zawierającymi przede wszystkim elementy usługowe, a ponadto sprzedaży (ang. *sale of goods*) oraz robót budowlanych (ang. *construction contract*).³⁵⁷ Warto zarazem podkreślić, że w prawie angielskim, w przeciwieństwie do prawa amerykańskiego (oraz polskiego), występuje ustawowa definicja usług (art. 12 ustawy o dostarczaniu towarów i usług³⁵⁸), jednakże jest ona niezwykle szeroka, niejasna, a ponadto zawiera błąd *idem per idem*.³⁵⁹

II. Prawo kontynentalne na przykładzie Niemiec

Z kolei w Niemczech wszelkie umowy wskaźnikowe co do zasady kwalifikowane są jako umowy o dzieło (niem. *Werkvertrag*), a nie umowy o świadczenie usług (niem. *Dienstvertrag*). Jako przykład powyższego wskazać można umowę wskaźnikową zawartą przez klub sportowy z piłkarzem³⁶⁰, czy też przez przedsiębiorcę zamierzającego zlecać zadania na zasadzie *outsourcingu*³⁶¹. Jednakże omawiana już wcześniej

³⁵⁷ Por. np. High Court of Justice Queen's Bench Division Technology and Construction Court – judgement z dnia 14 lipca 2015 r. w sprawie *Portsmouth City Council v Ensign Highways Ltd*, 2015 WL 4172814.

³⁵⁸ Supply of Goods and Services Act z dnia 13 lipca 1982 r.

³⁵⁹ Por. M. Wyrwiński, *Regulacja prawna świadczenia usług w prawie angielskim. Inspiracja dla ustawodawcy polskiego?*, TPP 4/2016, s. 122-123 (umową o świadczenie usług jest „umowa, w ramach której dłużnik („dostawca”) zobowiązuje się do wykonania usługi”).

³⁶⁰ W Bundeslidze zatrudnia się tak niektórych piłkarzy, a także trenerów i managerów. Za kwalifikacją umowy jako umowy o dzieło A. Scharf, *Leistungsbezogene Vergütung im professionellen Fußballunternehmen - Eine motivationstheoretische Analyse*, Norderstedt 2009, s. 7. Należy jednak zauważyć, że gdy „zamawiający” wiążąco wyznacza „przyjmującemu zamówienie” miejsce i czas pracy, a więc występuje podporządkowanie sportowca władzom klubu, to umowę taką co do zasady należy traktować jako umowę o pracę (niem. *Arbeitsvertrag*) – por. J. Busche, *Kommentar zu § 631 BGB*, [w:] M. Henssler (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III*, wyd. 7, München 2018, nb. 17. Ponadto praca na akord przez większość niemieckiej doktryny jest uznawana za umowę o świadczenie usług (o pracę), ponieważ pracownik z góry nie gwarantuje osiągnięcia konkretnych rezultatów, a jedynie za efekty swojej pracy otrzymuje wynagrodzenie, por. B. Merkle, *Kommentar zu § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 164.6 (stan na 01.07.2019).

³⁶¹ Umowa zapewnia wierzycielowi konkretne poziomy usługi (niem. *Zusicherung eines bestimmten Leistungsniveaus*). W zależności od stanu faktycznego uzasadniona może być jednak teza o mieszanym charakterze takiej umowy, gdyż może ona zawierać także elementy nieobwarowane wskaźnikami

Funktionsbauvertrag w dziedzinie drogownictwa może być zakwalifikowana jako umowa o roboty budowlane (niem. *Bauvertrag*), a więc podtyp umowy o dzieło.³⁶² Może to być jednak uzasadnione faktem, że głównym celem umowy jest (zaplanowanie i) wybudowanie bądź też odnowienie infrastruktury drogowej, a nie jedynie wtórnie jej utrzymywanie przez dłuższy czas. Ponadto utrzymanie (niem. *Erhaltung*) w ramach części C umowy rozumie się zasadniczo (istnieją od tego nieliczne wyjątki) wyłącznie jako utrzymanie budowlane (strukturalne; niem. *bauliche Erhaltung*), a utrzymanie bieżące (rutynowe; niem. *betriebliche Unterhaltung*) nie należy do treści tego kontraktu.³⁶³ Prace budowlane w ramach utrzymania budowlanego wykonywane są zazwyczaj wyłącznie po poinformowaniu zamawiającego oraz w porozumieniu z właściwym organem drogowym, a ryczałtowe wynagrodzenie za ich wykonywanie najczęściej należy się dopiero po 9 latach utrzymania, a następnie po każdym 3 oraz na koniec obowiązywania umowy.³⁶⁴

Także umowa zawierana w formule partnerstwa publiczno-prywatnego o charakterystyce V-Modell może być uznana za umowę o roboty budowlane, jednak klasyfikacja taka jest wyłączona, jeżeli świadczenie wzajemne ma postać nie zapłaty wynagrodzenia, a przede wszystkim możliwości korzystania przez partnera prywatnego ze zbudowanej infrastruktury, gdyż wówczas umowa taka ma charakter zbliżony do umowy o dzieło. Należy jednak przypomnieć, że podmiot prywatny najczęściej zobowiązany jest, jak przy *Funktionsbauvertrag*, najpierw do (zaplanowania i) wybudowania/odnowienia/rozbudowania infrastruktury drogowej, a następnie (niejako wtórnie) jej utrzymywania. Ponadto wskazać warto, że na gruncie oceny prawnej A-Modell (niem. *das Ausbaumodell mit Verkehrsmengenrisiko*), a więc modelu także z zakresu PPP,

(np. doradztwo klienta), por. M. Beer, *Outsourcing unternehmensinterner Dienstleistungen: Optimierung des Outsourcing-Entscheidungsprozesses*, Wiesbaden 1998, s. 244-246.

³⁶² Por. *op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 5 i 32.

³⁶³ Por. np. umowa „B 3 OU Friedberg” z 2006 r. przywoływana w *op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 25; patrz także liczne dalsze przykłady z praktyki niemieckiej przywoływane na s. 43-61.

³⁶⁴ *Op. cit.* P. Altmüller, *Entwicklung einer differenzierten...*, s. 25-26. Por. jednak także konkretne umowy przedstawiane na s. 43-61, w ramach których zaobserwować można czasami odmienne zasady jak np. wynagrodzenie płatne w odstępach kwartalnych lub miesięcznych.

aczkolwiek niezależniającego wypłaty wynagrodzenia za utrzymywanie infrastruktury drogowej od osiągniętych rezultatów jakościowych, judykatura wskazała, że umowa taka nie jest jedynie „czystą” umową o dzieło (niem. *bloßer Werkvertrag*), a ze względu na jej wyjątkową złożoność należy ją traktować jako umowę *sui generis*.³⁶⁵

Z punktu widzenia niniejszej analizy istotny jest wyrok BGH z dnia 06.06.2013 r.³⁶⁶ Zgodnie ze stanowiskiem BGH umowa o zwalczanie śliskości zimowej („*Reinigungsvertrag Winterdienst*”) powinna być kwalifikowana jako umowa o dzieło. Istotą przedmiotowego kontraktu jest bowiem obowiązek osiągnięcia konkretnego rezultatu (niem. *Erfolg*). Na niekorzyść takiej kwalifikacji nie przemawia stałe wynagrodzenie należne przyjmującemu zamówienie w określonych odstępach czasowych, ani fakt, że zamawiający płaci mu także za samą gotowość do pracy. Sąd podkreślił wyraźnie, że nie ma znaczenia, iż umowa została zawarta na czas określony, kreując tym samym zobowiązanie o charakterze ciągłym (niem. *Dauerschuldverhältnis*). Także świadczenie o takim charakterze może według BGH stanowić przedmiot umowy o dzieło. W związku z powyższym uzasadnione jest zmniejszenie wynagrodzenia należnego przyjmującemu zamówienie na podstawie § 634 ust. 3 BGB, gdyż nienależytą realizację świadczenia usługowego należy traktować jako wadliwość dzieła, co znajduje uzasadnienie w § 633 ust. 2 zdanie 3 BGB. Warto odnotować zarazem, że identyczne zapatrywanie na kwestię długoterminowych umów dotyczących zwalczania śliskości zimowej prezentowano już także we wcześniejszym orzecnictwie sądów powszechnych³⁶⁷, stąd w literaturze zauważa się, że kontrakt ten jest w przeważającej części judykatury uznawany za umowę o dzieło³⁶⁸.

³⁶⁵ Wyrok OLG München z dnia 12 lutego 2019 r., sygn. akt 9 U 728/18 Bau, BauR 2019, 1156. Sąd orzekł, że budowę wraz z jej zaplanowaniem oraz utrzymanie drogi przez bardzo długi czas (30 lat) należy uznać za „czasową prywatyzację” (niem. „*Privatisierung auf Zeit*”).

³⁶⁶ Sygn. akt VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022.

³⁶⁷ Por. np. wyrok Brandenburgisches OLG z dnia 04 października 2012 r., sygn. akt 12 U 39/12, BauR 2013, 510, w którym Sąd stwierdził, że umowa taka ma charakter umowy o dzieło. Przed przywołanym powyżej wyrokiem BGH z 2013 r. orzecnictwo nie było jednak w tej kwestii jednomyślne, por. *op. cit.* B. Merkle, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 374 (stan na 01.07.2019).

³⁶⁸ U. Rösch, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] M. Herberger (red.), M. Martinek (red.), H. Rüßmann (red.), S. Weth (red.), M. Würdinger (red.), *juris PraxisKommentar BGB*, wyd. 8, juris 2017, nb. 170.

Przywoływany wyrok spotkał się jednak w niemieckiej doktrynie z częściową krytyką, gdyż zauważano, że przedmiotowa umowa powinna być raczej uznana za umowę o świadczenie usług, między innymi z powodu umownego uregulowania wypłaty wynagrodzenia – nie należało się ono tylko i wyłącznie za osiągnięcie ustalonego rezultatu, co przemawiałoby za umową o dzieło, ale stawało się automatycznie wymagalne w odstępach miesięcznych, w z góry ustalonej wysokości, a umowa nie przewidywała kar umownych za nieosiągnięcie rezultatu.³⁶⁹

Warto ponadto zauważyć, że zasadniczo wszelkie umowy o czyszczenie budynków (pomieszczeń), pojazdów,³⁷⁰ a także dróg (niem. *Straßenreinigung*), należy traktować jako umowy o dzieło.³⁷¹ Zauważa się jednak, że przyjmującego zamówienie powinien obciążać obowiązek osiągnięcia pewnego rezultatu sprzątnięcia, a zarazem nie powinien on podlegać kierownictwu zamawiającego.³⁷²

Z kolei umowa serwisowa/dotycząca utrzymania i konserwacji (niem. *Wartungsvertrag*) jest kategorią stosunkowo szeroką, w związku z czym może mieć różny przedmiot i zakres, a także charakter prawny.³⁷³ Zazwyczaj kreuje ona zobowiązanie o charakterze ciągłym³⁷⁴ i obejmuje dbanie (niem. *Pflege*) o utrzymywany przedmiot oraz w razie zajścia takiej potrzeby, przywracanie go do stanu funkcjonalności (naprawy; niem. *Instandsetzung*)³⁷⁵. Ocena prawna takiego kontraktu powinna być zawsze dokonywana *in casu*, ponieważ poszczególne czynności utrzymaniowe mogą być samodzielnie

³⁶⁹ Por. J. Hilger, *BGH v. 06.06.2013 – VII ZR 355/12 (Werk- oder Dienstvertrag?)*, s. 17 https://zrsweb.zrs.rub.de/rubrr2/?wpfb_dl=230 [dostęp 12.08.2019].

³⁷⁰ *Op. cit.* B. Merkle, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 164.4, 314, 344 (stan na 01.07.2019).

³⁷¹ *Op. cit.* U. Rösch, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] M. Herberger (red.), M. Martinek (red.), H. Rüßmann (red.), S. Weth (red.), M. Würdinger (red.), *juris PraxisKommentar BGB*, nb. 144.

³⁷² W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 39 (stan na 01.02.2019).

³⁷³ *Op. cit.* J. Busche, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] M. Henssler (red.), *Münchener Kommentar...*, t. 6, nb. 172; *op. cit.* B. Merkle, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 371-372 (stan na 01.07.2019).

³⁷⁴ *Op. cit.* B. Merkle, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 372 (stan na 01.07.2019).

³⁷⁵ *Op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019).

kwalfikowane jako dzieła lub usługi³⁷⁶, a umowa taka może zawierać zarówno elementy umowy o dzieło, jak i o świadczenie usług, a ponadto innych umów³⁷⁷. Kontrakt ten może inkorporować również postanowienia gwarancyjne.³⁷⁸ Wskazuje się, że gdy zobowiązanie obejmuje obowiązek kontroli oraz dokonywania szeroko pojętych napraw utrzymywanych rzeczy, to kontrakt taki powinien być traktowany jako umowa o dzieło.³⁷⁹ Umowa utrzymania i konserwacji powinna być bowiem uznawana za umowę o dzieło, gdy przyjmującym zamówienie obciąża obowiązek zapewnienia jak najmniej zakłóconego funkcjonowania utrzymywanych rzeczy (osiągnięcia pewnego rezultatu), a nie wyłącznie świadczenia samej pracy jako takiej.³⁸⁰ Za kwalifikacją omawianego kontraktu ukształtowanego w formule zobowiązania o charakterze ciągłym jako umowy o dzieło przemawia także brzmienie § 634a ust. 1 pkt 1 BGB, który normuje przedawnienie tego typu umów. Ustawodawca w BGB wskazał, że dziełem może być serwisowanie/utrzymywanie i konserwacja rzeczy (niem. *Wartung*).³⁸¹ W literaturze wskazuje się czasami, że wszelkie umowy utrzymaniowe należy zawsze kwalifikować jako umowy o dzieło.³⁸² Nie jest to jednak zupełnie oczywiste, gdyż kluczowe jest ustalenie, że wykonawca „jest dłużny”

³⁷⁶ *Op. cit.* J. Busche, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] M. Henssler (red.), *Münchener Kommentar...*, t. 6, nb. 173. Przy czym należy pamiętać, że dzieło jest niczym innym jak rezultatem usługi.

³⁷⁷ *Op. cit.* B. Merkle, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 372 (stan na 01.07.2019).

³⁷⁸ *Op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019).

³⁷⁹ *Op. cit.* U. Rösch, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] M. Herberger (red.), M. Martinek (red.), H. Rüßmann (red.), S. Weth (red.), M. Würdinger (red.), *juris PraxisKommentar BGB*, nb. 168 używając pojęcia „Reparatur”; analogicznie *op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019), co do „*Instandsetzung*”, stanowiącego odpowiednik „*Reparatur*”.

³⁸⁰ Wyrok OLG Stuttgart z dnia 10 grudnia 1976 r., sygn. akt 2 U 90/76, <https://research.wolterskluwer-online.de>, umowa stanowiąca podstawę przedmiotowego wyroku dotyczyła utrzymywania komputerów w gotowości do pracy i możliwie szybkiego usuwania błędów uniemożliwiających ich funkcjonowanie.

³⁸¹ *Op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019).

³⁸² *Por. op. cit.* U. Rösch, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] M. Herberger (red.), M. Martinek (red.), H. Rüßmann (red.), S. Weth (red.), M. Würdinger (red.), *juris PraxisKommentar BGB*, nb. 151; *op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019); F. Peters, F. Jacoby, *Uwagi wprowadzające przed §§ 631 BGB*, [w:] M. Martinek (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, 2014, juris, nb. 41. Z kolei kontrakty mające za przedmiot jedynie jednorazowe czynności o charakterze serwisowym właściwe zawsze będą uznawane za umowy o dzieło, *por. op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019).

zamawiającemu konkretny rezultat swoich aktywności, a czynności o charakterze usługowym (niem. *Serviceleistungen*) nie przeważają.³⁸³ Za kwalifikacją *Wartungsvertrag* jako umowy o świadczenie usług przemawia z kolei między innymi wynagrodzenie płatne wykonawcy za sam czas poświęcany przez niego na jej realizację, w oderwaniu od osiągniętych przez ten podmiot rezultatów.³⁸⁴ Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że długoterminową umowę na zarządzanie i utrzymanie infrastruktury (niem. *Facility Management Vertrag*), a więc odmianę ww. umowy *Wartungsvertrag*, jeżeli obejmuje ona swoim zakresem także naprawy utrzymywanych zasobów (niem. *Instandsetzungsarbeiten*) oraz ich ulepszenia (niem. *Verbesserungen*), należy oceniać przez pryzmat umowy o dzieło, ponieważ wykonawcę obciąża obowiązek osiągnięcia konkretnego rezultatu swoich aktywności.³⁸⁵

Na koniec należy zauważyć, że gdy dochodzi do nienależytego wykonywania (niem. *Leistungsstörung*) umowy o dzieło ukształtowanej w formule zobowiązania o charakterze ciągłym, w wyniku czego zamawiający np. wykryje wady, może on wykorzystać należne mu uprawnienia, jednak w pierwszej kolejności wyłącznie na poziomie tego pojedynczego świadczenia (niem. *Einzelleistung*), które jest dotknięte wadami.³⁸⁶ Pojedyncze świadczenie dotknięte wadami należy jednak rozpatrywać z punktu widzenia umowy jako całości oraz

³⁸³ *Op. cit.* J. Busche, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] M. Henssler (red.), *Münchener Kommentar...*, t. 6, nb. 174. Za umowę o świadczenie usług uznał BGH (wyrok z dnia 08 kwietnia 1997 r., sygn. akt X ZR 62/95, NJW-RR 1997, 942) ponad dziesięcioletni kontrakt na utrzymanie instalacji telekomunikacyjnej, stwierdzając, że przedmiotem umowy było ciągłe świadczenie usług serwisowych. Jednakże kwalifikacja jako umowy o świadczenie usług jest właściwa jedynie, gdy ciągłe świadczenie usług serwisowych jako takie jest wyniesione na pierwszy plan, przed (skierowanym na rezultat) obowiązkiem ciągłego utrzymywania funkcjonalności utrzymywanego obiektu (niem. *Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gegenstands*), por. *op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019).

³⁸⁴ *Op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019).

³⁸⁵ *Op. cit.* B. Merkle, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 323 (stan na 01.07.2019).

³⁸⁶ *Op. cit.* M. Lutzenberger, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 690 (stan na 01.07.2019).

zamierzonego przez nią celu, przez co występowanie wad pojedynczych świadczeń może uprawniać do wypowiedzenia umowy w całości (z ważnego powodu).³⁸⁷

§ 2. Kwalifikacja prawna umowy na gruncie prawa polskiego

I. Próba kwalifikacji umowy jako umowy o dzieło

Ustalenie miejsca analizowanej umowy wskaźnikowej w systemie umów należy rozpocząć od próby zakwalifikowania jej jako konkretnej umowy nazwanej regulowanej bezpośrednio przez przepisy k.c. Jako że przedmiotowa umowa koncentruje się na świadczeniu usług za określonym wynagrodzeniem, a ponadto wykonawca zobowiązany jest osiągać konkretny rezultat (standard utrzymania), zasadne jest rozpoczęcie od próby kwalifikacji jako umowy o dzieło. Umowa o dzieło to bowiem umowa o rezultat usługi.³⁸⁸ Przedmiotowy rezultat może być natomiast tak materialny, jak i niematerialny.³⁸⁹ Ponadto umowa o dzieło może występować w praktyce w postaci przeróżnych podtypów, a jako przykład takiej sytuacji wskazać można umowę serwisową.³⁹⁰ Warto zarazem wskazać,

³⁸⁷ Por. *op. cit.* M. Lutzenberger, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 690.1 (stan na 01.07.2019).

³⁸⁸ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 02 września 2015 r., sygn. akt III AUa 80/15, Legalis numer 1348910; *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 52; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...* s. 25; *tenże* [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, tom 7, s. 410, 413; M. Piekarski, *Umowa o dzieło. Umowa zlecenia. Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia*, Katowice 1965/66, s. 7; G. Kozieł, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, wyd. 2, 2014, nb. 4; *op. cit.* M. Gutowski, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, pkt I 1; J. Górski [w:] A. Ohanowicz, J. Górski, *Zobowiązania. Zarys według Kodeksu cywilnego. Część szczegółowa*, wyd. 3, Warszawa-Poznań 1966, s. 114. Por. ponadto wyrok SN z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt II UK 187/11, Legalis numer 526727, gdzie wskazuje się na rezultat pracy i umiejętności ludzkich. Odmienne (umowa o dzieło nie jest umową o świadczenie usług) *op. cit.* L. Ogiegło, *Usługi jako przedmiot...*, s. 200 i n.

³⁸⁹ Wyroki SA w Lublinie z dnia 26 stycznia 2006 r., sygn. akt III AUa 1700/05, Legalis numer 97474; SA w Szczecinie z dnia 04 lutego 2014 r., sygn. akt III AUa 596/13, Legalis numer 1229650; SA w Gdańsku z dnia 26 czerwca 2014 r., sygn. akt III AUa 1991/13, Legalis numer 1062061; *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 64 i n.; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...* s. 16 i n. wskazując jednak na brak pełnej zgodności poglądów w doktrynie oraz węższe pojmowanie dzieła w najnowszej literaturze; *op. cit.* W. Czachórski, *Zobowiązania...*, [aktualizacja] A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, s. 432; *op. cit.* Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, s. 176; *op. cit.* A. Doliwa, *Zobowiązania*, s. 218; *op. cit.* J. Mojak, J. Widło, *Polskie prawo kontraktowe...*, s. 199; *op. cit.* J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *Prawo cywilne*, s. 296. Odmienne (wyłącznie za rezultatem materialnym) *op. cit.* L. Ogiegło, *Usługi jako przedmiot...*, s. 201.

³⁹⁰ A. Brzozowski, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt I.2. Analogicznie co do umowy o sprawowanie serwisu gwarancyjnego wypowiedział się R. Szostak w *O potrzebie*

że osiągnięcie rezultatu stanowiącego przedmiot umowy o dzieło powinno być wysoce prawdopodobne.³⁹¹

Jednakże umowy mające za przedmiot powtarzalne, ciągłe utrzymywanie w czystości obiektów lub terenów najczęściej uznawane są przez sądy za umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c., a nie umowy o dzieło.³⁹² Zgodnie z judykaturą przemawia za tym regularność podejmowanych aktywności (przede wszystkim codzienna) oraz przemijalność rezultatów.³⁹³ Doktryna trafnie zauważyła jednak, że sama przemijalność rezultatu niekoniecznie powinna być decydująca, a ponadto ustalenie konkretnych „jednostek parametrycznych” umożliwiających zbadanie zgodności wykonanej usługi z treścią zobowiązania sprzyja zakwalifikowaniu umowy o świadczenie usług sprzątania jako umowy o dzieło.³⁹⁴ Pewnym wyjątkiem było uznanie umowy, której przedmiotem było świadczenie usług wywozu odpadów komunalnych polegające na powtarzalnym opróżnianiu kontenerów z odpadów, przy czym wynagrodzenie było ustalone jako iloczyn ceny jednostkowej za opróżnienie kontenera i ilości sztuk wywiezionych kontenerów (a ponadto ustalono możliwość złożenia reklamacji w przypadku wystąpienia zastrzeżeń

usprawnienia kodeksowej regulacji umów o świadczenie usług na warunkach zlecenia [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 683, wskazując, że w takiej sytuacji należy odpowiednio stosować przepisy umowy o dzieło.

³⁹¹ Jak zasadnie za S. Wójcikiem wskazuje A. Brzozowski, podstawą podjęcia decyzji związania się umową o dzieło „(...) jest przede wszystkim przeświadczenie stron, iż w danych warunkach, z uwagi na doświadczenie, praktykę i stan wiedzy, istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, a nawet duża doza pewności, że osoba posiadająca ku temu stosowne środki i kwalifikacje jest w stanie osiągnąć zamierzony rezultat.”, *tenże* [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 427 oraz w *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 68 a także w *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 20. Autor ten jednak ostatecznie stwierdza, że element niepewności i losowości jest sprzeczny z istotną umową o dzieło. Por. dodatkowo A. Niewęglowski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania w umowach o prace badawcze*, *Studia Iuridica Lublinensia* 14/2010, s. 89-91. Warto również zauważyć, że w Niemczech wyraźnie wskazuje się, iż dozwolone jest zawarcie umowy o dzieło, gdy osiągnięcie ustalonego przez strony rezultatu nie jest pewne (niem. *Eintritt des Erfolgs ungewiß ist*), a więc związanie się kontraktem będzie się wiązało dla przyjmującego zamówienie ze znacznym ryzykiem, czego przykładem może być umowa o wykonanie prac badawczych (niem. *Forschungsvertrag*), czy umowa rozwojowa (niem. *Entwicklungsvertrag*), por. np. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2002 r., sygn. akt X ZR 27/01, BGHZ 151, 330; *op. cit.* B. Merkle, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 325-326 (stan na 01.07.2019).

³⁹² Por. Ł. Żelechowski, M. Raczkowski, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt E.II.57.

³⁹³ Por. *op. cit.* Ł. Żelechowski, M. Raczkowski, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt E.II.57.

³⁹⁴ *Op. cit.* Ł. Żelechowski, M. Raczkowski, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt E.II.57-58.

co do jakości usługi), za umowę rezultatu (starannego działania i rezultatu) a w dalszej kolejności za umowę o dzieło, między innym dlatego, że za wadę fizyczną można było uznać pozostawienie w całości bądź w części nieopóźnionych kontenerów.³⁹⁵

W tym miejscu warto wyraźnie odnieść się do powyższego trendu orzeczniczego. Nie można zgodzić się z tezą, że umowa mająca za przedmiot powtarzalne usługi (np. sprzątnięcia) powinna być niejako automatycznie kwalifikowana jako umowa o świadczenie usług z art. 750 k.c. Koncepcja o „przemijalności rezultatu” jest bezprzedmiotowa, gdyż kluczowa jest sama obiektywna jego sprawdzalność, a nie przemijalność bądź też nieprzemijalność.³⁹⁶ Nie można zgodzić się także z twierdzeniem, w myśl którego rezultatu nie można uchwycić, gdy usługi podejmowane są bardzo często, co motywowane jest względami „niestałości rezultatu”. W takiej sytuacji możemy mieć przecież do czynienia z umową o rezultat ciągły, który jest należny wierzycielowi, a również rezultat ciągły może stanowić przedmiot umowy o dzieło (wówczas będzie to podtyp umowy o dzieło). Przy rezultacie ciągłym weryfikacja wad usługi nie jest wcale „iluzoryczna”, lecz jest możliwa do przeprowadzenia, o ile tylko wykona się w tym celu stosowną kontrolę jakości usługi, a jej parametry będą przy zawieraniu umowy transparentnie określone.

W odniesieniu do ciągłego odśnieżania dróg Sąd Apelacyjny w Warszawie³⁹⁷ orzekł, że umowa o odśnieżanie nie może być uznana za umowę o dzieło. Sąd wskazał, że „umowy zobowiązujące do dokonania czynności skutkujących pewnym rezultatem, który nie ma jednak materialnej postaci ani nośnika, a przez to nie ma samoistnego i trwałego bytu, pozwalającego na kwalifikację jako umowę o dzieło” są umowami o świadczenie usług.

³⁹⁵ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 30 września 2010 r., sygn. akt I ACa 572/10, Legalis numer 270930.

³⁹⁶ Odmienne *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 67; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...* s. 19 i *tenże* [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 425-426, podkreślając konieczność samoistności rezultatu rozumianą jako możliwość poddania go testowi na istnienie wad np. przez biegłego sądowego.

³⁹⁷ Wyrok SA w Warszawie z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt VII AGa 135/18, Legalis numer 1772436.

W ramach tego stosunku prawnego dopuszczalne jest uzależnienie wynagrodzenia strony takiej umowy od osiągnięcia określonego rezultatu.³⁹⁸

Wolno sądzić, że ograniczanie pojęcia dzieła do „trwałego bytu” jest jednak nieuzasadnione, w umowie tej chodzi bowiem o pewien rezultat, a jego trwałość nie jest obligatoryjną cechą. Także ocena ww. prac przez pryzmat wad fizycznych jest możliwa. Wada fizyczna przedmiotowej usługi to niezgodność usługi z umową, w związku z tym pojęcie „wady usługi” jest niezwykle szerokie. Wadą usługi odśnieżania dróg może być w konsekwencji niedochowanie konkretnie ustalonego standardu odśnieżania należnego wierzycielowi, co też należy uznać za nieosiągnięcie ustalonego rezultatu ciągłego.

Orzecznictwo dotyczące umów wskaźnikowych o kompleksowe utrzymanie dróg również wskazuje, że te umowy nie powinny być uznawane za umowy o dzieło, lecz umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c. Analizując umowę pt. „Kompleksowe utrzymanie Autostradowej Obwodnicy Wrocławia wraz z Łącznikami Kobierzyce i Długołęka w latach 2011-2015”, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 24 października 2018 r.³⁹⁹ stwierdził, że umowa łącząca strony nie powinna być kwalifikowana jako umowa o dzieło, ponieważ umowa o dzieło nie przejawia charakteru zobowiązania ciągłego (trwałego), a stanowi zobowiązanie do świadczenia jednorazowego i to po obu stronach tego stosunku prawnego. Wskazał dalej, że prace utrzymaniowe przewidywane przez umowę nie wymagają indywidualizacji, a jedynie starannego działania, ich wykonywanie nie może być więc przedmiotem umowy o dzieło. Sąd zauważył następnie, że bez względu na rezultat prac, wykonawcy przysługiwało jedno wynagrodzenie, a w umowie zabrakło określenia konkretnego, zindywidualizowanego rezultatu. Przedmiotem umowy były więc powtarzalne prace, a nie z góry określony ich wynik, w związku z czym przedmiot umowy i sposób jej

³⁹⁸ W stanie faktycznym sprawy wynagrodzenie nie było bezpośrednio połączone z osiąganiem konkretnych rezultatów, chociaż strony przewidziały kary umowne za nienależytą realizację przedmiotu umowy w wysokości 1/20 należnego miesięcznego wynagrodzenia za wykonane czynności, co według Sądu należało oceniać z punktu widzenia art. 355 § 2 k.c. Sąd podkreślił ponadto, że czym innym jest zachowanie ustalonych standardów odśnieżania, a czym innym wykonanie dzieła.

³⁹⁹ Sygn. akt V Ca 262/18, niepubl.

realizacji nie pozwalały na kwalifikację kontraktu jako umowy o dzieło. Jednak przedmiotowa umowa zawierała już Tabelę Kar, pozwalającą na uszczuplenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku nieosiągnięcia ustalonych rezultatów (niewypełniania wskaźników). Już sam wskaźnik czasowy (najczęściej jednak w połączeniu ze wskaźnikiem jakościowym) może być bowiem uznany za pewien rezultat określony przez strony i należny zamawiającemu, a nieterminowość wynikająca z jego naruszenia sankcjonowana np. karą umową, a w konsekwencji uszczupleniem wynagrodzenia należnego wykonawcy. Ponadto fakt, że prace zasadniczo nie wymagały indywidualizacji, nie oznacza automatycznie, że ich wykonywanie nie może być przedmiotem umowy o dzieło. Przedmiotowa usługa była bowiem dokładnie sparametryzowana, a ewentualne wady w jej wykonywaniu zdecydowanie możliwe do uchwycenia w przypadku kontroli.

Podobnie nietrafne wnioski wypływają również z wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 22 sierpnia 2018 r.⁴⁰⁰, w którym Sąd Apelacyjny stwierdził, że umowa typu „utrzymaj standard” łącząca strony od 2012 do 2018 roku służyć miała świadczeniu usług i powinna być oceniana na gruncie art. 750 k.c. W uzasadnieniu wyroku zabrakło jednak jakiegokolwiek analizy i uzasadnienia przyjęcia takiego poglądu.

Głównym argumentem przemawiającym za nieuznaniem analizowanej umowy za umowę o dzieło, wskazywanym także przez powyższe orzecznictwo, jest jednak fakt, że kodeksowa umowa o dzieło nie została skonstruowana z myślą o zobowiązaniach o charakterze ciągłym. Typową kodeksową umowę o dzieło charakteryzuje bowiem jednorazowość świadczenia przyjmującego zamówienie.⁴⁰¹ Przepisy umowy o dzieło zakładają w związku z tym jedynie możliwość odstąpienia od tej umowy, nie przewidują natomiast możliwości wypowiedzenia tego stosunku umownego.⁴⁰² Według orzecznictwa

⁴⁰⁰ Sygn. akt I AGa 108/18, Legalis numer 1841916.

⁴⁰¹ Co chociażby odróżni umowę o dzieło od umowy dostawy, gdzie występuje ciągły bądź okresowy charakter dostaw, por. *op. cit.* K. Kopaczyńska-Pieczniak, M. Pyka [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 969; *op. cit.* W. J. Katner [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 264.

⁴⁰² Wyrok SA w Poznaniu z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. akt I ACa 981/00, Legalis numer 53783.

umowa o dzieło nie może być bowiem określana jako umowa zawarta na czas określony, którą można by w określonych przypadkach wypowiedzieć, a jedynie jako rodzaj umowy terminowej.⁴⁰³ Dzieło powinno być bowiem zawsze jednorazowym efektem.⁴⁰⁴ Ten stosunek umowny cechuje w konsekwencji nietrwałość.⁴⁰⁵ Powyższe, a więc niemożliwość kreowania przez umowę o dzieło zobowiązania o charakterze ciągłym, popiera także część doktryny.⁴⁰⁶

Z powyższym nie należy się jednak zgodzić. W Austrii, Niemczech i Szwajcarii umowa o dzieło może kreować zobowiązanie o charakterze ciągłym, a więc być zawierana na określony czas, a przepisy regulujące te umowy są istotnie zbliżone do unormowania obecnego w polskim k.c.

W Austrii zauważa się, że umowa o dzieło⁴⁰⁷ zazwyczaj kreuje zobowiązanie o charakterze jednorazowym (niem. *Zielschuldverhältnis*), jednakże nie jest wykluczone realizowanie dzieł w ramach umów rezultatu tworzących zobowiązanie o charakterze ciągłym (niem. *Dauerschuldverhältnis*).⁴⁰⁸ Zauważa się wówczas, że z takiego węzła prawnego należą się poszczególne (aktualizujące się na bieżąco) dzieła. Niekiedy wskazuje się z kolei, że pewne umowy ciągłe cechuje „zawartość podobna do umowy o dzieło” (niem. *werkvertragsähnliche Inhalt*).⁴⁰⁹ Orzecznictwo wskazuje, że stosowanie przepisów umowy

⁴⁰³ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 232/13, Legalis numer 719586; wyrok SA w Szczecinie z dnia 28 maja 2013 r., sygn. akt. III AUa 964/12, Legalis numer 749121.

⁴⁰⁴ Wyrok SN z dnia 04 lipca 2013 r., sygn. akt II UK 402/12, Legalis numer 721987; wyrok SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt III AUa 348/13, Legalis numer 776762; wyrok SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt III AUa 351/13, Legalis numer 1229557.

⁴⁰⁵ *Op. cit.* wyrok SN z dnia 04 lipca 2013 r., sygn. akt II UK 402/12.

⁴⁰⁶ M. Gutowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 178/06*, OSP 2008, nr 3, poz. 28, s. 183-185; *tenże*, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, pkt II.2; K. Żok, *Umowa o infrastrukturę jako usługę a umowa o świadczenie usług*, PiP 7/2019, s. 90. Odmiennie D. Krekora, *Roszczenie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek wypowiedzenia umowy o dzieło zawartej na czas oznaczony. Glosa do wyroku SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 178/06*, Glosa 1/2009, s. 40-43.

⁴⁰⁷ O rezultat materialny lub niematerialny, por. np. R. Rebhahn, Ch. Kietaihl, *Komentarz do § 1165 ABGB*, [w:] G. Kodek (red.), M. Schwimann (red.), *ABGB Praxiskommentar*, t. 5, wyd. 4, Wien 2014, s. 595.

⁴⁰⁸ Por. M. Bydlinski, A. Spenling, *Komentarz do art. § 1165 ABGB*, [w:] H. Koziol (red.), P. Bydlinski (red.), R. Bollenberger (red.), *Kurzkomentar zum ABGB*, wyd. 5, Wien 2017, s. 1453; *op. cit.* R. Rebhahn, Ch. Kietaihl, *Komentarz do § 1165 ABGB*, [w:] G. Kodek (red.), M. Schwimann (red.), *ABGB Praxiskommentar*, t. 5, s. 596.

⁴⁰⁹ *Op. cit.* R. Welser, B. Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II...*, s. 292.

o dzieło jest możliwe np. do długoterminowych umów zawieranych na wywóz śmieci (niem. *Müllabfuhrverträge*), prace czyszczące (niem. *Reinigungsverträge*) czy serwisowanie/utrzymywanie i konserwację rzeczy (niem. *Wartungsverträge*).⁴¹⁰ Umowa o dzieło może więc kreować zobowiązanie o charakterze ciągłym.⁴¹¹ Do umowy o dzieło zawartej na określony czas stosować należy zasadniczo wszystkie przepisy umowy o dzieło, jednakże w kwestii wymagalności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia oraz zakończenia tej umowy wymagane są pewne dopasowania (niem. *Anpassungen*).⁴¹² Niektórzy Autorzy podkreślają jednak, że w przypadku umowy o dzieło to właśnie terminowość dzieła pozwala ją odgraniczyć od umowy o świadczenie usług.⁴¹³

W Niemczech, jak wskazywałem już wcześniej, umowa o dzieło może kreować zobowiązanie o charakterze ciągłym i być kwalifikowana wprost jako umowa o dzieło, a nie umowa nienazwana zbliżona charakterem do umowy o dzieło.⁴¹⁴

⁴¹⁰ *Op. cit.* R. Rebhahn, Ch. Kietaihl, *Komentarz do § 1165 ABGB*, [w:] G. Kodek (red.), M. Schwimann (red.), *ABGB Praxiskommentar*, t. 5, s. 596.

⁴¹¹ Tak też Ch. Rabl [w:] Ch. Rabl, A. Riedler, *Schuldrecht Besonderer Teil*, wyd. 6, Wien 2017, s. 53, jako przykład wskazując umowę o serwisowanie/utrzymanie i konserwację (niem. *Wartungsvertrag*).

⁴¹² *Por. op. cit.* R. Rebhahn, Ch. Kietaihl, *Komentarz do § 1165 ABGB*, [w:] G. Kodek (red.), M. Schwimann (red.), *ABGB Praxiskommentar*, t. 5, s. 596.

⁴¹³ *Por. np.* A. Gager, *Praxiswissen Atypische Beschäftigung*, Wien 2011, s. 100-101, przy czym pogląd ten został sformułowany na gruncie analizy z punktu widzenia zatrudniania pracowników, a więc prawa pracy.

⁴¹⁴ *Por. op. cit.* F. Nicklisch, *Empfiehl sich eine Neukonzeption...*, s. 760-761; *op. cit.* J. Busche, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] M. Henssler (red.), *Münchener Kommentar...*, t. 6, nb. 142 (co do umów dotyczących utrzymywania oprogramowania, niem. *Softwarepflege*); *tenże*, nb. 174 (w ramach rozważań nad umowami serwisowymi/utrzymywania i konserwacji, niem. *Wartungsvertrag*); analogicznie co do umów utrzymania oprogramowania, stron internetowych albo elektronicznego przetwarzania danych *op. cit.* B. Merkle, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 181 (stan na 01.07.2019); w tym samym zakresie tematycznym *op. cit.* M. Lutzenberger, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 687 i n. (stan na 01.07.2019); co do *Wartungsvertrag op. cit.* W. Voit, *Komentarz do § 631 BGB*, [w:] H. G. Bamberger (red.), H. Roth (red.), W. Hau (red.), R. Poseck (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, nb. 44 (stan na 01.02.2019); bardziej ogólnie choć także przywołując przykład *Wartungsvertrag op. cit.* H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, s. 660; *por.* ponadto H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, wyd. 5, Berlin-Heidelberg 2018, s. 567-568 oraz wyrok BGH z dnia 04 marca 2010 r., sygn. akt III ZR 79/09, BGHZ 184, 345. Umowy z zakresu *cloud computing* (ang. *Infrastructure as a Service, Platform as a Service* oraz *Software as a Service*) są jednak przez niektórych Autorów kwalifikowane jako umowy najmu (niem. *Mietvertrag*), *por.* B. Kian, *Cloud Computing. Herausforderung für das Rechtssystem*, 2016, Reihe: Schriften zum Medien- und Informationsrecht, t. 14, Nomos eLibrary, s. 33-45.

W Szwajcarii umowa o dzieło⁴¹⁵ co do zasady nie może kreować zobowiązania o charakterze ciągłym, gdyż jej konstrukcja nie jest odpowiednia do ciągłego zapewniania rezultatu, i umowy tej nie zawiera się na pewien okres, czego nie zmienia fakt, że niektóre umowy o dzieło są realizowane, a więc faktycznie trwają, przez dłuższy czas.⁴¹⁶ Z drugiej strony wyraźnie zauważa się jednak, że powtarzające się świadczenia, np. w ramach usług sprzątania, nie wykluczają kwalifikacji umowy jako umowy o dzieło.⁴¹⁷ Ponadto zauważalny jest pogląd, w myśl którego kontrakty koncentrujące się na rezultatach zawierane na czas określony lub nieokreślony, a nie na wykonanie pojedynczego dzieła, powinny być kwalifikowane jako nienazwane umowy o „dzieło ciągłe” (rezultat ciągły; niem. *Dauerwerkvertrag*). Jako przykład takich umów wskazuje się, co z punktu widzenia niniejszej pracy jest szczególnie istotne, długoterminowe kontrakty na serwisowanie/utrzymanie i konserwację rzeczy (niem. *Wartungsvertrag*).⁴¹⁸

Warto również odnotować, że w DCFR obecna jest umowa w pewnym zakresie podobna do umowy o dzieło - umowa o przetworzenie (ang. *processing*, art. IV.C.–4:101 i n. DCFR). W komentarzu do DCFR wyraźnie podkreślono w tej mierze, że umowy dotyczące utrzymywania rzeczy (ang. *maintenance contracts*) zazwyczaj są zawierane na wiele lat, a nie na dokonanie poszczególnej czynności. Pomimo to przepis art. IV.C.–4:106 DCFR definiujący wymagalność zapłaty wynagrodzenia za czynności „przetworzeniowe” nie uwzględnia ukształtowania umowy o utrzymanie w formie zobowiązania o charakterze ciągłym. Jest tak dlatego, że ww. przepis normuje tylko sytuacje typowe, a więc koncentrujące się na dokonaniu jednorazowej czynności, a strony kształtując umowę

⁴¹⁵ O rezultat materialny lub niematerialny, por. np. F. Huber, N. Schwendener, *Komentarz do art. 363 OR*, [w:] J. K. Kostkiewicz (red.), S. Wolf (red.), M. Amstutz (red.), R. Fankhauser (red.), *OR Kommentar*, wyd. 3, Zürich 2016, s. 1050.

⁴¹⁶ Por. P. Lehmann, *Komentarz do art. 363 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, Basel 2014, s. 1338; C. Huguenin, *Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, wyd. 2, Zürich-Basel-Genf 2014, s. 930; G. G. Zindel, U. Pulver, B. G. Schott, *Wprowadzenie do art. 363-379 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, wyd. 6, Basel 2015, s. 2272.

⁴¹⁷ Por. *op. cit.* G. G. Zindel, U. Pulver, B. G. Schott, *Wprowadzenie do art. 363-379 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2272.

⁴¹⁸ Por. *op. cit.* C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 930-931.

w formule ciągłej przeważnie same postanawiają, w jakich odstępach czasu należy wypłacać ustalone wynagrodzenie. W związku z powszechnie przyjętą w tej mierze praktyką kontraktową, nie dostrzeżono potrzeby umieszczenia w DCFR regulacji odnoszącej się bezpośrednio do takich sytuacji.⁴¹⁹

W związku z powyższym należy wskazać, że także na gruncie polskim nie jest uzasadniony pogląd, w myśl którego umowa o dzieło musi obejmować jednorazowe świadczenie niepieniężne przyjmującego zamówienie (dzieło). Przepisy umowy o dzieło stanowią bowiem jedynie pewien „zrąb” tej instytucji, dostosowany do jednorazowych świadczeń oraz umów powszechnie zawieranych w obrocie w formie ustnej, jednak owa „jedorazowość” nie jest immanentną cechą umowy o dzieło. Podobnie jest przecież w ramach umowy najmu – umowa ta jest skonstruowana pod długoterminowe zobowiązania o charakterze ciągłym, aczkolwiek czym innym jak nie umową najmu jest umowa o „wypożyczenie hulajnogi elektrycznej na 10 sekund” i to pomimo faktu, że art. 659 § 1 k.c. wyraźnie wskazuje, że najemca zobowiązuje się cyklicznie „płacić”, a nie jednorazowo zapłacić, wynajmującemu umówiony czynsz? Przepisy normujące umowę o dzieło są zasadniczo dyspozytywne, stąd za umowę o dzieło można by uznać także umowę o rezultat ciągły („**dzieło ciągłe**”), a więc pewien efekt rozłożony w czasie.⁴²⁰ Taką umowę, bezsprzecznie kreującą zobowiązanie o charakterze ciągłym, można byłoby uznać za podtyp umowy o dzieło, a nie (od razu) umowę nienazwaną. Rezultat ciągły („**dzieło ciągłe**”) może bowiem stanowić dwie kategorie: rezultat ciągły wynikający z jednolitego (jednorodnego) świadczenia ciągłego (np. nieprzerwane dostarczanie oprogramowania lub serwera

⁴¹⁹ Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Komentarz do art. IV.C.–4:106 DCFR*, [w:] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, s. 1797, www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf [dostęp 30.08.2019].

⁴²⁰ Także na gruncie aktualnie obowiązującego k.c. SN wskazał, że w polskim obrocie prawnym występować może „umowa o dzieło zawarta na czas oznaczony” – por. przełomowy wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., sygn. akt. IV CSK 178/06, Legalis numer 80585. Na gruncie k.z. por. np. wyrok SN z dnia 20 marca 1965 r., sygn. akt III PU 28/64, Legalis numer 12257, w którym Sąd stwierdził, że „Z drugiej zaś strony można niewątpliwie świadczyć w sposób ciągły usługi na podstawie umowy o dzieło lub zlecenia albo na podstawie innych umów o świadczenie usług, np. umowy agencji przewidzianej w nowym KC.”

informatycznego skierowane na rezultaty, po ang. odpowiednio *Software as a Service* oraz *Infrastructure as a Service*) – „**dzieło ciągłe**” *sensu stricto* oraz rezultat ciągły, na który składa się wiele świadczeń (rezultatów) częściowych, a więc wynikający z niejednolitego (niejednorodnego) świadczenia ciągłego (np. analizowana umowa wskaźnikowa) – „**dzieło ciągłe**” *sensu largo*. W pierwszej sytuacji co do zasady mamy do czynienia z podtypem umowy o dzieło, natomiast w drugiej prawdopodobnie już z nienazwaną umową mieszaną jako całość bardzo zbliżoną właściwościami do umowy o dzieło. Ustalony rezultat powinien być jednak zawsze obiektywnie sprawdzalny, aby możliwa była rzetelna ocena jakości usługi (stopnia wypełnienia zakładanych przez strony parametrów usługi).

Za umowę o dzieło (jej podtyp) można w konsekwencji uznać także umowę nie tyle o rezultat ciągły, ale o powtarzające się rezultaty. W takiej sytuacji zamawiający może żądać uzyskania przez dłużnika poszczególnych rezultatów punktowych (umowa o „**dzieła powtarzające się**”). Jako przykład takiej umowy wskazać można umowę z przedsiębiorstwem odbierającym odpady, w ramach której dłużnik zobowiązany jest do cotygodniowego odbierania i wywożenia śmieci z wystawionych w tym celu kontenerów. W ww. przypadku stronom nie chodzi o żaden efekt ciągły, natomiast zamawiający płaci za bardzo konkretne rezultaty punktowe. Jeżeli dany rezultat punktowy będzie wykazywał wady (np. kontener będzie częściowo nieopróżniony), możliwe będzie zastosowanie rękojmi i przede wszystkim obniżenie wynagrodzenia należnego przyjmującemu zamówienie.

Podsumowując, analizowana umowa wskaźnikowa teoretycznie mogłaby być zakwalifikowana jako umowa o dzieło, a precyzując jako podtyp umowy o dzieło, do którego przepisy umowy o dzieło należałoby stosować odpowiednio. Przedmiotowa umowa zawiera jednak podział na utrzymanie rutynowe i strukturalne, co nie koresponduje z charakterem umowy o dzieło, koncentruje się nie tylko na ostatecznym rezultacie (standardzie utrzymania) ale też na sposobach dojścia do niego, a ponadto składa się także z innych elementów, które same w sobie mogłyby być zakwalifikowane do oddzielnych

typów (np. robót budowlanych, usług o których mowa w art. 750 k.c.). Struktura analizowanego kontraktu (świadczenia wykonawcy) jest więc zbyt rozbudowana, aby zasadne było uznanie, że mamy do czynienia z umową o dzieło (podtypem umowy o dzieło), i jest to koronny argument ostatecznie przesądzający o nieprawidłowości takiej klasyfikacji. Stosunek prawny przez nią kreowany jest jednak bardzo dalece przepełniony tak elementami jak i cechami umowy o dzieło, tak na swoistym „metapoziomie” rezultatu ciągłego, jak i na poziomie poszczególnych rezultatów punktowych.

II. Próba kwalifikacji umowy jako umowy o roboty budowlane

Uznanie analizowanej umowy wskaźnikowej za nazwaną umowę o roboty budowlane nie może być *a priori* wykluczone. Jak wskazuje się bowiem w literaturze, jeżeli rozszerzyć przedmiot umowy o roboty budowlane o dodatkowe elementy, kontrakt taki może zyskać charakter umowy mieszanej, nadal posiadając jednak przeważające cechy umowy o roboty budowlane, w związku z czym należało będzie uznać go za umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.⁴²¹

Chociaż umowa wskaźnikowa w jej polskiej odsłonie według mnie zdecydowanie nie jest umową o roboty budowlane, gdyż tak cechy jak i elementy tej umowy w badanym stosunku prawnym nie przeważają, przed wyrażeniem ostatecznego poglądu co do kwalifikacji prawnej analizowanego kontraktu konieczne jest jednak przeanalizowanie, czy umowa ta nie zawiera pewnych elementów umowy o roboty budowlane, a jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie będzie twierdząca, to jak elementy te identyfikować. Pytaniem leżącym u podstaw niniejszej części pracy jest więc dylemat, gdzie kończy się świadczenie wynikające z umowy o dzieło, a zaczyna się świadczenie o charakterze robót budowlanych, a precyzując – gdzie kończą się prace o charakterze jedynie konserwacyjnym

⁴²¹ D. Okolski, *Umowa o roboty budowlane*, wyd. 9, Warszawa 2018, s. 27.

(dzieło), a zaczynają aktywności o charakterze remontowym (roboty budowlane)?⁴²² Jeżeli pewne czynności wykonawcy będzie można zakwalifikować jako roboty budowlane, analizowana umowa wskaźnikowa prawdopodobnie będzie nienazwaną umową mieszaną.

Z analizy literatury oraz orzecznictwa nie sposób jednak wyciągnąć transparentnych kryteriów pozwalających na jednoznaczne rozróżnienie świadczeń w umowie o dzieło i umowie o roboty budowlane.⁴²³ Dobrym przykładem z orzecznictwa w tej mierze jest wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego⁴²⁴ w którym stwierdzono, że na gruncie prawa budowlanego „nie wiadomo, kiedy kończy się "bieżąca konserwacja", a zaczyna "remont". Z etymologicznego punktu widzenia różnica znaczeniowa tych wyrażen winna **chyba** wynikać z zakresu i częstotliwości wykonywanych robót budowlanych. Bieżącą konserwacją są **chyba** roboty budowlane wykonywane na bieżąco w węższym zakresie niż roboty budowlane określone remontem.”. Zgodnie z orzecznictwem niemieckim, podejmowanym jednak nie na podstawie art. 650a i n. BGB (umowy o roboty budowlane), gdyż jest to przepis zbyt „nowy”⁴²⁵, ale na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych (§ 1 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A, w skrócie: VOB-A), świadczeniem budowlanym (niem. *Bauleistung*) w rozumieniu tego aktu prawnego jest jedynie takie świadczenie, które obejmuje prace w znacznym stopniu ingerujące w strukturę

⁴²² Umowa o roboty budowlane może być uznawana za „podtyp” umowy o dzieło, tak np. *op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, tom 7, s. 414 albo za odrębny typ kontraktu, tak np. J. Bieluk, K. Zadykiewicz-Sokół, *Umowa o roboty budowlane w Kodeksie cywilnym i Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 14; J. Strzępka [w:] M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego. Prawo umów handlowych*, t. 5, wyd. 5, Warszawa 2017, s. 1596; *tenże* [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 494. Moim zdaniem jest to swoisty przejaw umowy o dzieło, jednakże na tyle wyodrębniony przez polskiego ustawodawcę, że należy go traktować już jako odrębny typ umowy nazwanej. W tym miejscu należy ponadto wskazać, że także umowa o remont budynku lub budowli może być uznawana za umowę o roboty budowlane, tak np. T. Szancilo, *Komentarz do art. 658 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 1 i przywoływane tam orzecznictwo; *op. cit.* J. Strzępka [w:] M. Stec (red.), s. 1588 albo za umowę nienazwaną do której odpowiednio stosuje się przepisy umowy o roboty budowlane, tak np. M. Gutowski, *Komentarz do art. 658 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 1. Według mnie trafniejsze jest podejście pierwsze, gdyż odpowiednie stosowanie przepisów wskazywane przez k.c. podyktowane jest niczym innym jak odmiennym charakterem prac - remont jest co do zasady odwrotnie.

⁴²³ Niejasności interpretacyjne spowodowały, że przepisom umowy o roboty budowlane zarzucano wręcz ich niekonstytucyjność, jednakże TK nie zaaprobował tej tezy, por. wyroki TK z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt K 47/04, Legalis numer 78772 oraz z dnia 15 grudnia 2009 r., sygn. akt P 105/08, Legalis numer 180039.

⁴²⁴ Wyrok NSA z dnia 24 września 1999 r., sygn. akt IV SA 1530/97, Legalis numer 176372.

⁴²⁵ Por. w tej mierze G. Ring, *Die Reform des Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018*, Neue Justiz 12/2017.

obiekty.⁴²⁶ Analogiczną opinię wyraził OLG Düsseldorf wskazując, że za roboty budowlane uważa się jedynie prace naprawcze/remontowe (niem. *Instandsetzungsarbeiten*) mające istotne znaczenie dla stanu obiektu budowlanego lub powiązane z jego częściowym odnowieniem.⁴²⁷ W tym miejscu należy ponadto podkreślić, że także na gruncie DCFR wskazuje się, że umowa o przetworzenie (odpowiadająca polskiej umowie o dzieło) dotyczy między innymi prac utrzymaniowo-konserwacyjnych (ang. *maintenance work*) zakrojonych na mniejszą skalę, natomiast większe prace (np. wymiana całej struktury dachu) powinny podlegać już przepisom umowy o wytworzenie (ang. *construction*, odpowiadającej polskiej umowie o roboty budowlane), co znajduje oparcie normatywne w art. IV.C.–4:101 oraz art. IV.C.–3:101 DCFR.⁴²⁸

W ramach niniejszych rozważań kluczowe są jednak postanowienia ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych⁴²⁹. Na gruncie powyższego aktu prawnego **przebudowa drogi** to „wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego” (art. 4 pkt 18); **remont drogi** jest definiowany jako „wykonywanie robót przywracających pierwotny stan drogi, także przy użyciu wyrobów budowlanych innych niż użyte w stanie pierwotnym” (art. 4 pkt 19); **utrzymanie drogi** to „wykonywanie robót konserwacyjnych, porządkowych i innych zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa i wygody ruchu, w tym także odśnieżanie i zwalczanie śliskości zimowej” (art. 4 pkt 20); natomiast **ochrona drogi** oznacza „działania mające na celu niedopuszczenie do przedwczesnego zniszczenia drogi, obniżenia klasy drogi, ograniczenia jej funkcji, niewłaściwego jej użytkowania oraz pogorszenia warunków bezpieczeństwa ruchu” (art. 4 pkt 21). Badanie orzecznictwa wykazało jednakże, że pojęcia konserwacji oraz

⁴²⁶ Postanowienie Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf z dnia 24 czerwca 2008 r., sygn. akt VK-19/2008-B, juris.

⁴²⁷ Postanowienie OLG Düsseldorf z dnia 18 października 2006 r., sygn. akt VII-Verg 35/06, BauR 2007, 937.

⁴²⁸ Por. *op. cit.* Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Komentarz do art. IV.C.–3:101 DCFR* [w:] *Principles, Definitions and Model Rules...*, s. 1723.

⁴²⁹ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1376 ze zm.

utrzymania drogi nie doczekały się transparentnego wyjaśnienia oraz wyraźnego odgródzenia od remontu drogi.⁴³⁰ Granice konserwacji drogi (umowa o dzieło) mieszczącej się w szerszym pojęciu utrzymania drogi a niemieszczącej się w zakresie remontu drogi (umowa o roboty budowlane), pozostają więc rozmyte.⁴³¹ W związku z powyższym proponuję przyjęcie kryteriów zaprezentowanych przeze mnie poniżej w formie tabelki.

Tabela nr 6. Proponowane rozgraniczenie pomiędzy czynnościami konserwacyjnymi i remontowymi w utrzymaniu dróg.

Kategoria czynności wykonawcy	Zakres czynności wykonawcy	Wzrost wartości użytkowej drogi	Przykłady
Czynności konserwacyjne (umowa o dzieło)	Niewielki: najczęściej <i>stricte</i> punktowe środki zaradcze	Nieznaczny	Usuwanie pojedynczych ubytków w jezdni, drobniejsze prace w warstwie ścieralnej drogi, usuwanie kolein na bardzo krótkich odcinkach, dbałość o poszczególne uszkodzone połączenia/spoiny, frezowanie pomniejszych odkształceń
Czynności remontowe (umowa o roboty budowlane)	Znaczny: najczęściej pełna szerokość pasa lub jezdni, warstwa ścieralna na większej powierzchni/	Istotny (poziom odnowionej drogi) lub bardzo istotny (poziom nowo wybudowanej drogi)	Prace w warstwie ścieralnej drogi na większych powierzchniach, usuwanie kolein na dłuższych odcinkach, wielkopowierzchniowe naprawy bruku, montaż nowej warstwy ścieralnej drogi, wymiana nawierzchni betonowej, prace naprawcze prowadzone poniżej warstwy ścieralnej

⁴³⁰ Por. w szczególności wyroki WSA w Warszawie z dnia 06 sierpnia 2008 r., sygn. akt VI SA/Wa 408/08, Legalis numer 276486 oraz w Poznaniu z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt II SA/Po 534/08, Legalis numer 1973081. Podkreślenia wymaga, że „łatanie dziur” powstałych w drodze może być uznawane za bieżącą konserwację, a więc nie za remont drogi – patrz wyrok WSA w Lublinie z dnia 27 czerwca 2017 r., sygn. akt II SA/Lu 238/17 Legalis numer 1675049 oraz SR w Szczytnie z dnia 16 października 2018 r., sygn. akt I C 80/18, Legalis numer 1992282. Natomiast frezowanie oraz wymianę warstwy ścieralnej drogi na większym jej odcinku należy uznać za remont drogi - wyrok SO w Olsztynie z dnia 23 maja 2018 r., sygn. akt IX Ca 167/18, Legalis numer 1984120. Por. ponadto wyrok NSA z dnia 14 maja 2018 r., sygn. akt II OSK 3088/17, Legalis numer 1812872 i wyroki WSA w Warszawie z dnia 30 maja 2014 r., sygn. akt VII SA/Wa 2425/13, Legalis numer 1065915; z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. akt VI SA/Wa 76/16, Legalis numer 1585803 oraz z dnia 03 grudnia 2012 r., sygn. akt VII SA/Wa 1689/12, Legalis numer 775333.

⁴³¹ Także w doktrynie brakuje formułowania konkretniejszych granic konserwacji drogi, aby możliwe było transparentne rozgraniczenie jej od remontu drogi, por. np. W. Piątek, *Komentarz do art. 3 Prawa Budowlanego*, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, wyd. 3, 2016, pkt 31.

	więcej niż warstwa ścieralna		
--	------------------------------	--	--

Źródło: opracowanie własne Autora inspirowane wyszczególnieniem czynności konserwacyjno-remontowych przedstawionym w H. J. Beckedahl, *Straßenbau* [w:] K. Zilch, C. J. Diederichs, K. J. Beckmann, C. Gertz, A. Malkwitz, Ch. Moormann, W. Urban, F. Valentin, *Handbuch für Bauingenieure*, wyd. 3, Wiesbaden 2019, s. 12 oraz SEP Maerschalk GmbH, *FE-Projekt-Nr. 21.0054/2012 Erhaltungsbedarfsprognose (BVWP) 2016 – 2030 der Bundesfernstraßen. Schlussbericht*, München, 2017, s. 15-16⁴³².

Podsumowując należy wskazać, że analizowana umowa wskaźnikowa nie może być zakwalifikowana jako umowa o roboty budowlane, gdyż jej (głównym) celem nie jest wybudowanie ani też wykonywanie remontów infrastruktury drogowej, jednakże zawiera lub może zawierać elementy tej umowy nazwanej, a faktu tego zdecydowanie nie można zignorować.

III. Próba kwalifikacji umowy jako umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c.

Skoro art. 750 k.c. wprost wskazuje, że „do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu.”, to kwalifikacja analizowanej umowy wskaźnikowej jako umowy o świadczenie usług, o której mowa w ww. przepisie może być zasadna. Za taką kwalifikacją opowiada się ponadto dotychczasowe orzecznictwo, na co zwracałem już uwagę przy próbie kwalifikacji umowy jako umowy o dzieło. Powyższa teza mogłaby być uzasadniona, gdyż w k.c. (oraz w k.z.) nie występuje definicja usługi, w związku z czym pojęcie to należy wyklądać stosunkowo szeroko.⁴³³

⁴³²https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/erhaltungsbedarfsprognose-schlussbericht.pdf?__blob=publicationFile [dostęp 26.07.2019].

⁴³³ Na gruncie nauk o zarządzaniu usługi mogą być różnie pojmowane, natomiast właściwie zawsze podkreśla się ich niematerialność, prawie zawsze nierozdzielność, bardzo często heterogeniczność, natomiast nietrwałość raczej sporadycznie, por. *op. cit.* M. Dobska, P. Dobski, *Zarządzanie jakością...*, s. 62 i przywoływana tam licznie literatura. Na gruncie k.c. usługa wcale nie musi jednak cechować się niematerialnością, usługami są bowiem czynności faktyczne (działania) wykonywane dla innej osoby (por. P. Machnikowski, *Komentarz do art. 750 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt I.1.; M. Gutowski, *Komentarz do art. 750 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, pkt II A 1; *op. cit.* Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, s. 164; L. Ogiegiło [w:] J. Rajski (red.), *Prawo*

Taka kwalifikacja prawna analizowanej umowy wskaźnikowej zdecydowanie jednak nie przekonuje. Głównym argumentem przeciwko ww. kwalifikacji jest fakt, że art. 750 k.c. odsyła do przepisów umowy zlecenia, a umowa ta to umowa starannego działania, a nie umowa rezultatu (starannego działania i rezultatu).⁴³⁴ Umowa o świadczenie usług z art. 750 k.c. jest więc umową wyłącznie starannego działania, jej celem jest bowiem wykonywanie określonych czynności, które powinny zmierzać do osiągnięcia pewnego efektu końcowego, ale jego nieosiągnięcie nie stanowi nienależytego wykonania zobowiązania.⁴³⁵ Nie rezultat umowy a staranne działania stanowią element przedmiotowo istotny umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c.,⁴³⁶ co odróżnia te umowy od umowy o dzieło⁴³⁷. W konsekwencji w umowie o świadczenie usług z art. 750 k.c., w przeciwieństwie do

zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 640 wskazuje natomiast na świadczenie czynienia (*facere*) niepolegające jednak na daniu (*dare*), co według tego Autora wyłącza umowę o dzieło z kategorii umów o świadczenie usług), jednakże za usługi nie powinno rozumieć się udostępniania posiadanych dóbr - przeniesienie prawa lub posiadania albo oddanie rzeczy do korzystania nie powinno więc stanowić przedmiotu umowy o świadczenie usług, tak Zespół Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego ds. regulacji usług, por. *op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 564.

⁴³⁴ W orzecznictwie wskazuje się, że wykonanie określonej czynności, lub też szeregu powtarzających się czynności, bez względu na to, jaki rezultat czynność ta przyniesie, jest cechą charakterystyczną dla umów zlecenia (art. 734 § 1 k.c.), jak i dla umów o świadczenie usług nieuregulowanych innymi przepisami (art. 750 k.c.), por. np. *op. cit.* wyrok SN z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt II UK 187/11. Także pod rządami k.z. podkreślano, że przy zleceniu przyjmujący zlecenie powinien (jedynie) wykonywać swoje obowiązki z odpowiednią starannością i nie musi, w przeciwieństwie do umowy o dzieło, osiągnąć konkretnego rezultatu, por. np. wyrok SN z dnia 07 września 1936, sygn. akt C III 1439/35, O.S.P. XV, poz. 674, przywoływany w A. Bojko, *Kodeks zobowiązań w świetle orzecznictwa*, Warszawa 1938, s. 71. Na gruncie k.c. por. w szczególności *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 54.

⁴³⁵ Wyrok SN z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt III UK 159/14, Legalis numer 1231802; *op. cit.* wyrok SA w Lublinie z dnia 26 stycznia 2006 r., sygn. akt III AUa 1700/05; SA w Łodzi z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt III AUa 837/12, Legalis numer 735253; *op. cit.* wyrok SA w Warszawie z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt VII AGa 135/18.

⁴³⁶ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 06 grudnia 2013 r., sygn. akt III AUa 522/13, Legalis numer 999127.

⁴³⁷ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt III AUa 1435/12, Legalis numer 744841.

umowy o dzieło, nie akcentuje się konieczności osiągnięcia danego rezultatu, co jest charakterystyczne dla umowy o dzieło^{438, 439}.

Postulaty szerokiego stosowania art. 750 k.c. są jednak zauważalne.⁴⁴⁰ Tematyka ta jest jednak bardzo dyskusyjna i nietransparentna⁴⁴¹, a subsumpcja wielu umów może być w praktyce obciążona znacznymi wątpliwościami. Zauważalna jest więc kontrowersyjność tego uregulowania, z powodu jego „nieobliczalnych” skutków praktycznych. Wskazuje się także, że regulacja usług jest na gruncie k.c. zdecydowanie nieadekwatna i znikoma,

⁴³⁸ *Op. cit.* M. Piekarski, *Umowa o dzieło...*, s. 36-37. Grupa umów „o rezultat usługi” nie mieści się więc w odesłaniu z art. 750 k.c., por. K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Komentarz do art. 750 KC*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 4 i przywoływane tam orzecznictwo; P. Zakrzewski, *Komentarz do art. 750 KC*, [w:] M. Fras (red.), M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 4 pkt I.3; P. Drapała, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, wyd. 2, 2017, nb. 25; *op. cit.* Ł. Żelechowski, M. Raczkowski, *Komentarz do art. 627 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt A.7. Odmienne (wyłączanie zobowiązań rezultatu (starannego działania i rezultatu) z zakresu art. 750 k.c. jest nieuprawnione): *op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 574, podkreślając braku transparentności podziału na zobowiązania starannego działania oraz rezultatu; jak się zdaje podobnie *op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 425 oraz *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...* s. 18; por. także *op. cit.* P. Machnikowski, *Komentarz do art. 750 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt I.2; analogicznie R. Morek, M. Raczkowski, *Komentarz do art. 750 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt A.6. Por. ponadto wyroki SA w Warszawie: *op. cit.* z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt VII AGa 135/18 oraz z dnia 16 września 2015 r., sygn. akt VI ACa 1215/14, Legalis numer 1338017.

⁴³⁹ Por. także rozgraniczanie umów o świadczenie usług w Szwajcarii – umowa o dzieło to umowa o rezultat (staranne działanie i rezultat), a umowa zlecenie i o świadczenie usług (pracy) to umowy o staranne działanie, patrz E. Macierzyńska-Franaszczyk, *Umowy o świadczenie usług w prawie szwajcarskim*, TPP 3/2014, s. 107-109. Warto jednak zarazem odnotować, że niekiedy wskazuje się, że w ramach umowy zlecenia przyjmujący zlecenie może przyjąć na siebie nieprzewidywany przez ustawę obowiązek osiągnięcia konkretnego rezultatu, przy czym nie wskazano zarazem, że umowa taka powinna automatycznie podlegać przepisom umowy o dzieło, por. R. H. Weber, *Komentarz do art. 395 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2486; analogicznie *op. cit.* J.-M. Schaller, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1427. Zgodnie z takim poglądem, w ramach umowy zlecenia możliwe jest uzależnienie wypłaty wynagrodzenia przyjmującego zlecenie od osiągania przez niego konkretnych efektów, por. *op. cit.* R. Bühler, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] J. K. Kostkiewicz (red.), S. Wolf (red.), M. Amstutz (red.), R. Fankhauser (red.), *OR Kommentar*, s. 1093. Zauważa się niekiedy, że przyjęcie przez strony wynagrodzenia zależnego od rezultatów (niem. *Erfolgshonorar*) nie przemawia za dziełem i umowa powinna podlegać w całości przepisom umowy zlecenia, natomiast udzielenie gwarancji osiągnięcia konkretnych rezultatów (niem. *Erfolgsgarantie*) „w pewnym zakresie” (niem. *zumindest teilweise*) przypominać już zaczyna konstrukcję umowy o dzieło, por. J.-M. Schaller, *Wprowadzenie do art. 394-406 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1426. Z kolei w Austrii (por. np. W. Schuhmacher, G. Haybäck, *Schuldverträge*, wyd. 8, Wien 2014, s. 94) oraz Niemczech (por. np. S. Fandel, M. Kock, *Komentarz do art. 611 BGB*, [w:] M. Herberger (red.), M. Martinek (red.), H. Rüßmann (red.), S. Weth (red.), M. Würdinger (red.), *juris PraxisKommentar BGB*, nb. 7) co do zasady jednoznacznie rozgranicza się umowy o świadczenie usług z uwagi na charakter świadczenia dłużnika.

⁴⁴⁰ Por. *op. cit.* L. Ogiegło [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 646 i n., przy czym Autor słusznie zauważa zarazem, że niektóre przykłady subsumpcji mogą budzić sprzeciw, a ponadto że miejsce normy ogólnej, czego przykładem jest art. 750 k.c., powinno być w przepisach ogólnych o zobowiązaniach umownych.

⁴⁴¹ Por. trudności z kwalifikacją umów w wybranej judykaturze przywoływanej w *op. cit.* R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia...* [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 684 i n.

gdyż pozostawia ten segment właściwie nieuregulowanym.⁴⁴² Ponadto bardzo wiele nietypowych umów o świadczenie usług zupełnie nie przystaje do konstrukcji umowy zlecenia i to nawet przy odpowiednim stosowaniu jej przepisów.⁴⁴³ Także w przypadku umów mieszanych art. 750 k.c. może stanowić znaczny kłopot z jego zastosowaniem.⁴⁴⁴ W związku z powyższym potrzeby zmiany ww. przepisu już praktycznie nikt już nie kwestionuje, a krytyka tej regulacji nie ustaje.⁴⁴⁵

De lege lata nie należy jednak nadmiernie szeroko wyklądać zakresu art. 750 k.c. Podyktowane jest to istotnym argumentem o charakterze prawnoporównawczym – ww. przepis (jak też i jego pierwowzór w k.z. – art. 498 § 2) nie jest tworem specjalnie oryginalnym, a jedynie implementacją wzorowaną na art. 394 ust. 2 szwajcarskiego prawa obligacyjnego⁴⁴⁶, zgodnie z którym umowy o świadczenie pracy (usług) nieuregulowane gdzie indziej podlegają przepisom umowy zlecenia.⁴⁴⁷

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że pewna część doktryny oraz orzecznictwa szwajcarskiego mniej lub bardziej bezpośrednio wskazuje, że w związku z ww. przepisem, nienazwane umowy o świadczenie usług podlegać powinny zasadniczo przepisom umowy zlecenia, co jednak jest wyraźnie krytykowane.⁴⁴⁸ Krytyczne podejście

⁴⁴² *Op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrżyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 562.

⁴⁴³ *Op. cit.* R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia...* [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrżyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 682.

⁴⁴⁴ *Op. cit.* R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia...* [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrżyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 683.

⁴⁴⁵ M. Pecyna, F. Zoll, *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, TPP 1/2012, s. 29-30; *op. cit.* R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia...* [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrżyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 681-682 i przywoływana tam literatura. Konstrukcja odesłania z art. 750 k.c. spotkała się także z krytyką w literaturze zagranicznej, gdzie podkreślono metodologiczne trudności w procesie jej stosowania, por. T. Raff, *Vertragstypenbildung im polnischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Generalklausel von Art. 750 KC* [w:] F.J.A. Santos (red.), Ch. Baldus (red.), H. Dedek (red.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München 2011, s. 233 i n.

⁴⁴⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), AS 27 317.

⁴⁴⁷ Woryginał: „*Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag*“. Art. 498 § 2 k.z. stanowi jego odzwierciedlenie, natomiast art. 750 k.c. zawiera modyfikację wskazującą na „odpowiednie” stosowanie przepisów o zleceniu.

⁴⁴⁸ Por. orzecznictwo i literatura przywoływane w *op. cit.* G. G. Zindel, U. Pulver, B. G. Schott, *Wprowadzenie do art. 363-379 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2273.

do powyższego poglądu podkreśla, że pomimo ewidentnie niefortunnego brzmienia art. 394 ust. 2 prawa obligacyjnego, możliwe powinno być stosowanie przepisów umowy o dzieło, do nienazwanych umów zbliżonych swoim charakterem do umowy o dzieło.⁴⁴⁹ Zauważa się także bardziej ogólnie, że celem powyższej normy prawnej nie było ograniczanie swobody umów, przez utrudnianie tworzenia przez strony umów mieszanych, do których uzasadnione może być stosowanie przepisów różnych typów umów nazwanych, w zależności od ukształtowania danego węzła prawnego, a nie tylko w całości umowy o dzieło albo też umowy zlecenia.⁴⁵⁰ Przy umowach mieszanych zawsze *in casu* należy ustalać, jak daleko uzasadnione jest sięganie do przepisów umowy o dzieło, a jako przykład nienazwanej umowy zbliżonej swoim charakterem do umowy o dzieło wskazuje się np. długoterminową umowę serwisową/utrzymania i konserwacji (niem. *Wartungsvertrag*).⁴⁵¹

Należy zarazem podkreślić, że w Szwajcarii zauważa się, iż umowa zlecenia jest swoistym „zbornikiem”/„zbiornikiem”/„skupiskiem” (niem. *Sammelbecken, Auffangvertrag*) dla umów o świadczenie pracy (usług) gdzie indziej nieuregulowanych.⁴⁵² Początkowo powodowało to, że w zakresie świadczenia usług orzecznictwo szwajcarskie w ogóle nie uznawało szeroko pojętych umów nietypowych.⁴⁵³ Odwoływanie się do ww. przepisu sprawiało, że wszelkie umowy o świadczenie usług nieuregulowane gdzie indziej były w konsekwencji jednolicie kwalifikowane i poddawane przepisom umowy zlecenia.⁴⁵⁴ Nowsza i ustabilizowana już judykatura (a także większa część nauki) wskazuje, że możliwe

⁴⁴⁹ *Op. cit.* G. G. Zindel, U. Pulver, B. G. Schott, *Wprowadzenie do art. 363-379 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2273-2274.

⁴⁵⁰ *Por. op. cit.* G. G. Zindel, U. Pulver, B. G. Schott, *Wprowadzenie do art. 363-379 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2273.

⁴⁵¹ *Op. cit.* G. G. Zindel, U. Pulver, B. G. Schott, *Wprowadzenie do art. 363-379 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2273.

⁴⁵² R. H. Weber, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2478; R. Bühler, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] J. K. Kostkiewicz (red.), S. Wolf (red.), M. Amstutz (red.), R. Fankhauser (red.), *OR Kommentar*, s. 1089.

⁴⁵³ *Op. cit.* R. H. Weber, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2478-79; J.-M. Schaller, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, Basel 2014, s. 1430.

⁴⁵⁴ *Op. cit.* J.-M. Schaller, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1430. Warto zauważyć w tym miejscu, że powyższy krok milowy w poglądach na umowy o świadczenie usług nastąpił w szwajcarskim orzecznictwie dopiero w 1983 r., *por. op. cit.* C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 963.

jest występowanie tak mieszanych, jak i *sui generis* umów o świadczenie usług oraz że powinno się oceniać je zawsze *in casu*, oraz stosować normy tych umów nazwanych, których przyjęcie będzie najlepiej oddawało właściwości ocenianej umowy.⁴⁵⁵ Prawo nie może bowiem powodować, że nowoczesne umowy o świadczenie usług, stanowiące przejaw rozwoju społeczeństwa i gospodarki, będą poddawane wyłącznie jednemu typowi umownemu⁴⁵⁶, a więc *de facto* bez większego namysłu będą umieszczane w przysłowiowej „szufladce” z napisem „umowa zlecenie”. Powyższe może uzasadniać w szczególności zastosowanie odpowiedzialności z tytułu rękojmi, do umowy niekwalifikowalnej według sądu w całości jako umowa o dzieło.⁴⁵⁷ W doktrynie podkreśla się, że przepisy umowy zlecenia należy stosować do umów o świadczenie pracy (usług) gdzie indziej nieuregulowanych, jedynie gdy będzie to faktycznie uzasadnione, gdyż takie podejście jest konieczne aby uniknąć niewłaściwych skutków stosowania prawa.⁴⁵⁸ Stosowanie przepisów umowy zlecenia do nienazwanych umów o świadczenie usług powinno mieć więc miejsce jedynie, gdy pociągało będzie za sobą rozsądne, z punktu widzenia ocenianego kontraktu, skutki prawne.⁴⁵⁹ Jeżeli jednak nic nie przemawia za stosowaniem danych przepisów umów nazwanych innych niż zlecenie, to sprawę należy rozpatrzyć na podstawie przepisów umowy zlecenia.⁴⁶⁰ Omawianą klauzulę należy uznać w konsekwencji za **regulę pomocniczą/subsydiarną** (niem. *Subsidiaritätsregel*).⁴⁶¹

Powyższe ustalenia należy bezpośrednio przenieść na grunt polski, w związku z czym uznać trzeba, że art. 750 k.c. nie ma charakteru onnipotentnego i nie dotyczy wszelkich

⁴⁵⁵ *Op. cit.* R. H. Weber, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2478-2479.

⁴⁵⁶ *Op. cit.* J.-M. Schaller, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1431.

⁴⁵⁷ *Op. cit.* R. H. Weber, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2479.

⁴⁵⁸ *Op. cit.* R. H. Weber, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2478.

⁴⁵⁹ *Op. cit.* C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 964.

⁴⁶⁰ *Op. cit.* R. H. Weber, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2479 i przywoływane tam orzecznictwo dotyczące między innymi faktoringu czy umowy o trening.

⁴⁶¹ *Op. cit.* R. Bühler, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] J. K. Kostkiewicz (red.), S. Wolf (red.), M. Amstutz (red.), R. Fankhauser (red.), *OR Kommentar*, s. 1091.

nienazwanych umów o świadczenie usług.⁴⁶² Praktyka sądowa przedstawia się jednak zupełnie inaczej, gdyż sądy często bez większego namysłu stosują przepisy umowy zlecenia, a ponadto nie dokonują żadnej ich modyfikacji, ani też stosownych wyłączeń⁴⁶³, pomimo znacznego luzu decyzyjnego pozostawionego sądom przez nakaz „odpowiedniego” stosowania przepisów o zleceniu.

Podsumowując należy wskazać, że analizowana umowa wskaźnikowa nie powinna być uznawana za umowę o świadczenie usług z art. 750 k.c., gdyż kreuje zobowiązanie w którym przeważająca większość niepieniężnych świadczeń wykonawcy to świadczenia rezultatu (starannego działania i rezultatu), a ponadto z uwagi na fakt, że struktura świadczenia wykonawcy jest zbyt skomplikowana, aby „wtłoczenie” całego stosunku prawnego w ramy umowy zlecenia było uzasadnione. Pewne elementy przedmiotowego kontraktu należało będzie jednak uznawać za usługi w rozumieniu art. 750 k.c. (usługi wyłącznie starannego działania). Natomiast stwierdzenie, w myśl którego do analizowanej umowy wskaźnikowej jako pewnej niepodzielnej całości należy odpowiednio stosować przepisy umowy zlecenia (art. 750 k.c.), natomiast do jej poszczególnych elementów przepisy najlepiej do tych elementów pasujące, a więc np. umowy o dzieło lub umowy o roboty budowlane, jest bezprzedmiotowe, gdyż przepisy umowy zlecenia zupełnie nie współgrają z charakterem umowy wskaźnikowej (umowy o swoisty rezultat ciągły) i to nawet przy ich odpowiednim stosowaniu. Jeżeli zastosowanie do umowy jako całości miałyby mieć przepisy umowy zlecenia, to w sytuacji dłuższego braku współpracy zamawiającego z wykonawcą zastosowanie mógłby znaleźć wyłącznie ogólny art. 354 § 2 k.c. (oraz art. 486 k.c.), stanowiący przejaw *lex imperfecta*, a wykluczone byłoby zastosowanie art. 640 k.c., bezpośrednio pozwalającego na odstąpienie od umowy w przypadku braku współdziałania (i zarazem podniesienie w takiej sytuacji roszczenia

⁴⁶² Na gruncie polskim por. K. Osajda, *Umowy nienazwane w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, Glosa 4/2006, s. 15.

⁴⁶³ Por. E. Rott-Pietrzyk przywoływana w *op. cit.* R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia...* [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 687.

o zapłatę należnego wynagrodzenia - art. 639 k.c.). Współdziałanie stron w umowie rezultatu (starannego działania i rezultatu) jest ponadprzeciętnie istotne, a regulacje ogólne oraz obecne na gruncie art. 746 k.c. z punktu widzenia wykonawcy zdecydowanie niewystarczające. Regułę z art. 750 k.c. należy traktować wyłącznie jako „regułę pomocniczą/subsydiarną” (jak wskazuje się w doktrynie szwajcarskiej) lub swoisty „wentyl bezpieczeństwa” (jak wskazywano na gruncie k.z.⁴⁶⁴) i stosować nie w pierwszej, a w ostatniej kolejności; a ponadto wyłącznie wtedy, jeżeli zastosowanie przepisów umowy zlecenie będzie dawało rozsądne rezultaty⁴⁶⁵. Na koniec należy jeszcze zauważyć, że zdecydowanie nieuzasadnione jest generalne odesłanie umowne zawarte w artykule 750 k.c., gdyż nie ma żadnych argumentów przemawiających za konstrukcją traktującą umowę zlecenie jako kontrakt nadrzędny w stosunku do innych umów typowych.⁴⁶⁶

IV. Próba kwalifikacji umowy jako nienazwanej umowy mieszanej

1. Wprowadzenie

Powyższe rozważania dowiodły, że analizowana umowa wskaźnikowa nie wpisuje się w ramy żadnej umowy nazwanej, a ponadto nie wchodzi w zakres oddziaływania art. 750 k.c. W tym miejscu można więc stwierdzić, że mamy do czynienia z umową nienazwaną. Za umowę nienazwaną uznaje się bowiem umowę nieuregulowaną przepisami prawa.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Por. W. Ludwiczak, *Umowa zlecenia*, Poznań 1955, s. 56-57; *op. cit.* J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, t. 1, s. 1162.

⁴⁶⁵ Także w literaturze wyrażono podobny pogląd. Na gruncie umowy o udostępnianie serwera (chmury; ang. *Infrastructure as a Service*) zauważono, że umowa ta nie jest ani umową o dzieło, ani też nie powinna być kwalifikowana jako umowa o świadczenie usług z art. 750 k.c., ponieważ odpowiednie stosowanie do niej przepisów umowy zlecenia budzi znaczne wątpliwości, por. *op. cit.* K. Żok, *Umowa o infrastrukturę jako usługę...*, s. 87-94.

⁴⁶⁶ Tak też F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego Kodeksu zobowiązań*, podręcznik poddany rewizji i wykończony przy współdziałaniu S. Kosińskiego i J. Skąpskiego, wyd. 2, Warszawa 1948, s. 404-409. Autor ten zauważył jednakże ponadto, że cała konstrukcja zlecenia jako taka jest co najmniej wątpliwa, a bardzo wiele stosunków faktycznych, takich jak np. świadczenie usług lekarskich, i to niezależnie czy jednostkowe czy też o charakterze ciągłym, mogłoby podlegać ogólnym normom umowy o pracę albo o dzieło, a zlecenie w formie przyjętej w k.z. było właściwie zbędne.

⁴⁶⁷ *Op. cit.* J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, s. 2; *op. cit.* K. Kruczałak, *Umowy w obrocie handlowym...*, s. 33 (umowy powinny być uznawane za nienazwane „(...) dopiero, gdy nie da się ich bez reszty przyporządkować jakimkolwiek typowi umowy nazwanej”); W. J. Katner [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 16, wskazuje natomiast aż sześć przesłanek pozwalających na zakwalifikowanie danej umowy do grupy umów

Analizowana umowa zdaje się być jednak specyficzną umową nienazwaną, a precyzując nienazwaną umową mieszaną, stąd konieczna jest jej pogłębiona analiza z tego właśnie punktu widzenia.

2. Podział umów na dwie kategorie: umowy nazwane i nienazwane

Część doktryny jest zdania, że umowy należy dzielić na trzy kategorie: umowy nazwane, nienazwane oraz mieszane.⁴⁶⁸ Opinia taka znajduje potwierdzenie również w części orzeczeń sądowych.⁴⁶⁹ Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że również w DCFR nie wskazuje się, że umowy mieszane są „nienazwanymi umowami mieszanymi”, a kontrakty te stanowią odrębną kategorię nazywaną *mixed contracts*.⁴⁷⁰

Inni przedstawiciele nauki twierdzą jednak, że umowy należy dzielić jedynie na dwie kategorie: umowy nazwane i nienazwane.⁴⁷¹ Argumenty przemawiające za powyższym podziałem mają podłoże dogmatyczne, a także logiczne. Wówczas umowy mieszane, a więc

nienazwanych, w podsumowaniu stwierdzając jednak, że „(...) należy opowiedzieć się za przyjęciem szerokiego i bardzo nierestrykcyjnego rozumienia umowy nienazwanej.”; por. także W. Kurowski, *Factoring jako kompleks umów*, Rejent 9/1999, s. 151-153.

⁴⁶⁸ Por. np. *op. cit.* H. Witczak, A. Kawałko, *Zobowiązania*, s. 58; *op. cit.* M. Pannert, [w:] T. Mróz (red.), U. Drozdowska, P. Konik, M. Pannert, *Zobowiązania*, s. 90; *op. cit.* J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *Prawo cywilne*, s. 214; *op. cit.* A. Doliwa, *Zobowiązania*, s. 47; *op. cit.* J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, s. 4.

⁴⁶⁹ Por. przykładowo wyrok SN z dnia 06 listopada 2002 r., sygn. akt I CKN 1144/00, Legalis numer 60568; wyrok SN z dnia 15 czerwca 2000 r., sygn. akt II CKN 287/00, Legalis numer 53870 - „Charakter prawny tej umowy [powód zobowiązał się do świadczeń pieniężnych potrzebnych na dokończenie budowy, a pozwana miała mu po zakończeniu budowy oddać w bezpłatne używanie pomieszczenia biurowe] określiły Sądy jako mieszany.”, milcząco przyjmując, jak się zdaje, że umowa mieszana stanowi oddzielną kategorię umów; wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt I CSK 383/15, Legalis numer 1472291; jako odrębną kategorię umowy mieszane wyraźnie przyjmuje wyrok SO we Włocławku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14, Legalis numer 2025313.

⁴⁷⁰ Por. art. II-1:107 DCFR oraz *op. cit.* Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Komentarz do art. II-1:107 DCFR* [w:] *Principles, Definitions and Model Rules...*, s. 199-202.

⁴⁷¹ B. Gawlik, *Umowy mieszane: konstrukcja i ocena prawna*, *Palestra* 5/1974 r., s. 28-30; M. Safjan, *Umowy związane z obrotem gospodarczym jako najważniejsza kategoria czynności handlowych*, PPH 2/1998, s. 4; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 241-242; *op. cit.* B. Ziemianin [w:] B. Ziemianin, E. Kitłowski, *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, s. 118-119; *op. cit.* Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, s. 10; *op. cit.* W. J. Katner [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 14; *op. cit.* K. Kruczałak, *Umowy w obrocie handlowym...*, s. 33; *op. cit.* W. Kurowski, *Factoring jako kompleks umów*, s. 157; jak się wydaje także *op. cit.* W. Czachórski, *Zobowiązania...*, [aktualizacja] A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, s. 133-135; R. Golać, *Umowy zlecenia w obrocie cywilnoprawnym*, Warszawa 2004, s. 18, jednakże Autor ten nie wypowiada się w tej mierze do końca transparentnie, stwierdzając najpierw wyraźnie, że umowy należy dzielić na dwie grupy, dalej jednak twierdząc, iż taki podział nie uwzględnia umów mieszanych.

kontrakty zawierające elementy lub cechy właściwe dla różnych typów umów nazwanych lub nienazwanych,⁴⁷² należy uznawać za podklasę/podgrupę umów nienazwanych. Takie zapatrywanie popiera także część orzecznictwa.⁴⁷³

Jakkolwiek pierwszy podział może być pomocny z praktycznego punktu widzenia, to dogmatycznie prawidłowy wydaje się być jednak podział drugi, a więc dzielenie umów jedynie na dwie główne kategorie: umowy nazwane i „wszystkie inne”, a więc nienazwane. Co do zasady nie neguje się w nim istnienia i doniosłości umów mieszanych, ale uznaje się je za podklasę/podgrupę umów nienazwanych. Z czysto logicznego punktu widzenia umowa mieszana zawsze będzie bowiem umową nienazwaną, ponieważ nie jest typową, i bezpośrednio wyszczególnioną w k.c. albo ustawach szczegółowych, umową nazwaną.

Za takim poglądem należy opowiedzieć się pomimo podziałów przyjmowanych w niektórych obcych systemach prawnych, a także w DCFR. W ramach przykładu przywołać można Niemcy, w których umowy co do zasady dzieli się na: umowy typowe (nazwane; niem. *typische Verträge*), umowy mieszane (niem. *gemischte Verträge*), będące połączeniem elementów charakterystycznych dla różnych typów umów nazwanych oraz umowy nietypowe (nienazwane; niem. *atypische (rzadziej typenfremde) Verträge*), niedające się zakwalifikować do żadnego typu ustawowego, a ponadto niebędące konglomeratem elementów właściwych dla różnych umów typowych.⁴⁷⁴ Analogiczny podział z takim samym nazewnictwem obecny jest także w Austrii.⁴⁷⁵

⁴⁷² Por. definicje umowy mieszanej przywoływane w *op. cit.* B. Gawlik, *Umowy mieszane...*, s. 25-27 oraz w *op. cit.* W. Kurowski, *Factoring jako kompleks umów*, s. 153-154.

⁴⁷³ Por. przykładowo wyrok SN z dnia 09 lipca 2003 r., sygn. akt IV CKN 305/01, Legalis numer 61748, w myśl którego umowa deweloperska jest „rodzajem umowy nienazwanej (mieszanej)”; analogicznie uchwała SN z dnia 09 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 104/10, Legalis numer 265903.

⁴⁷⁴ T. Zerres, *Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Zivilprozessrecht*, wyd. 9, Berlin 2019, s. 218-219; *op. cit.* H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, s. 893 i n.; D. O. Reich, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, wyd. 5, Wiesbaden 2016, s. 201-203; J. Plate, *Das gesamte examensrelevante Zivilrecht Für Studenten und Rechtsreferendare*, wyd. 6, Berlin-Heidelberg 2016, s. 959-960.

⁴⁷⁵ Por. przykładowo H. Barta, *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Wien 2004, s. 311-312; *op. cit.* R. Welsch, B. Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II...*, s. 14; R. Bollenberger, *Kommentar zum § 859 ABGB*, [w:] H. Koziol (red.), P. Bydlinski (red.), R. Bollenberger (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, wyd. 3, Wien 2010, s. 788.

3. Ogólna charakterystyka nienazwanej umowy mieszanej

Nienazwana umowa mieszana łączy w sobie kilka typów umów na raz. Połączone w jedną funkcjonalną całość mogą być zarówno elementy umów nazwanych jak i nienazwanych, a także dowolne ich kombinacje. Umowa taka kreuje więc jeden stosunek zobowiązaniowy obejmujący najczęściej kilka, a nawet wiele obowiązków świadczeń.⁴⁷⁶ Przykładowo w Szwajcarii wskazuje się, że z umową niebędącą w całości umową o dzieło ani umową zlecenia, a więc z umową mieszaną, mamy do czynienia, gdy w ramach jednego kontraktu świadczenia usługowe i rzeczowe (niem. *Arbeits- und Sachleistung*) są równoważne.⁴⁷⁷

4. Podział nienazwanych umów mieszanych

W literaturze polskiej⁴⁷⁸ i zagranicznej⁴⁷⁹ skonstruowano trójpodział⁴⁸⁰ nienazwanych umów mieszanych na:

1. **kombinowane** (niem. *Kombinationsvertrag*) – po jednej ze stron umowa przewiduje obowiązek realizacji kilku świadczeń, przy czym świadczenia te charakterystyczne są dla różnych typów umów nazwanych (np. zobowiązanie się dłużnika do renowacji antyku wraz z obowiązkiem jego przechowania na czas trwania stosunku umownego po jednej stronie, w zamian za jednolite wynagrodzenie po drugiej stronie);

2. **krzyżujące się** (niem. *Gekoppelter Vertrag*) – po obydwu stronach stosunku zobowiązaniowego występują świadczenia charakterystyczne dla różnych typów umów nazwanych (np. świadczenie usług w zamian za wynajęcie mieszkania);

⁴⁷⁶ Por. przykładowo wyroki SN z dnia 29 listopada 2006 r., sygn. akt II CSK 267/06, Legalis numer 165193 oraz z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt III CSK 216/12, Legalis numer 726347.

⁴⁷⁷ *Op. cit.* P. Lehmann, *Komentarz do art. 363 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1340.

⁴⁷⁸ Por. w szczególności *op. cit.* B. Gawlik, *Umowy mieszane...*, s. 27-28; *op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 236-237.

⁴⁷⁹ Por. np. *op. cit.* J. Plate, *Das gesamte examensrelevante...*, s. 333.

⁴⁸⁰ Należy w tym miejscu zauważyć, że w Niemczech przedmiotowy podział niekiedy wzbogacony jest o jeszcze jedną podgrupę: „umowa nazwana ze świadczeniem ubocznym właściwym dla innej umowy nazwanej” (niem. *Typischer Vertrag mit andersartiger Nebenleistung*), jako przykład wskazując umowę sprzedaży komputera wraz z obowiązkiem przeszkolenia pracowników, por. *op. cit.* J. Plate, *Das gesamte examensrelevante...*, s. 333.

3. **mieszane *sensu stricto*** (niem. *Typenverschmelzungsvertrag*) – umowy posiadają swoistą kauzę (np. darowizna „pomieszana” ze sprzedażą - *negotium mixtum cum donatione*), charakter tych umów jest jednak niejasny, na co wyraźnie wskazuje Z. Radwański. W Niemczech zauważa się, że umowy te mają tak daleko połączone ze sobą świadczenia charakterystyczne dla odrębnych umów typowych, że ich rozłączenie nie jest już możliwe.⁴⁸¹

Analizowana umowa wskaźnikowa, jeżeli ostatecznie uznać ją za nienazwaną umowę mieszaną, posiadałaby cechy umowy kombinowanej – za jednolite wynagrodzenie ryczałtowe (oprócz utrzymania strukturalnego) wykonawca zobowiązuje się realizować bardzo wiele świadczeń o odmiennym charakterze i właściwościach.

5. Nienazwana umowa mieszana jako jedna funkcjonalna całość

Ze względu na istnienie jednego zobowiązania, a jedynie obejmującego wiele świadczeń po stronie dłużnika, „(...) zarówno okoliczności wpływające na skuteczność umowy, jak i zdarzenia odnoszące się do wynikającego z niej zobowiązania, w tym m.in. odstąpienie od umowy, w sposób niejako naturalny dotyczą wszystkich skutków prawnych umowy, jeżeli nic innego nie wynika z przepisu szczególnego (art. 58 § 3 KC).”⁴⁸² Oznacza to, że np. odstąpienie od lub wypowiedzenie nienazwanej umowy mieszanej powinno wyrzucić skutek na cały kontrakt, a nie jedynie jego część. Umowa ma bowiem na celu jeden cel gospodarczy, a wiązka obowiązków po stronie dłużnika (w analizowanym wypadku przede wszystkim wykonawcy) nakierowana jest na jego całościowe spełnienie. Nienazwana umowa mieszana stanowi więc niejednolitą, aczkolwiek zdecydowanie nierozzerwalną, całość i całości tej nie należy tracić z oczu przyglądając się jej detalom.

⁴⁸¹ Na kanwie niniejszego podziału wskazać jednak należy, że w moim odczuciu konieczne zdaje się być każdorazowe wskazywanie, co nie zawsze w literaturze następuje, że świadczenie może być charakterystyczne tak dla różnych typów umów nazwanych jak i nienazwanych. Niektóre umowy nienazwane są bowiem tak daleko i trwale empirycznie wyodrębnione, że nie powinno się ich w powyższej klasyfikacji zupełnie pomijać.

⁴⁸² *Op. cit.* wyrok SN z dnia 29 listopada 2006 r., sygn. akt II CSK 267/06.

Z uwagi na stworzenie nowej jakości w wyniku połączenia różnych typów umów, kontrakt taki wymagał będzie często autonomicznych, a nie automatycznych, ocen prawnych.⁴⁸³ Nienazwana umowa mieszana stanowi więc jedną umowę odrębną, a teza ta nie jest podważana w doktrynie.⁴⁸⁴ Analogiczne zapatrywanie legło także u podstaw przepisu normującego umowy mieszane w DCFR (art. II.–1:107).⁴⁸⁵

6. Argumenty przemawiające za uznaniem umowy wskaźnikowej za nienazwaną umowę mieszaną

Analizowana umowa wskaźnikowa to umowa **kompleksowego** utrzymania infrastruktury drogowej, już z samej definicji łączy więc w sobie elementy wielu umów. Wśród różnorodnych elementów objętych przedmiotową umową, wymienić należy przede wszystkim świadczenia wykonawcy charakterystyczne dla umów o:

1. **Dzielo** - np. naprawa uszkodzonej bariery drogowej, załatanie pojedynczego ubytku w jezdni odpowiednim materiałem, itp. Czynności te skierowane są bezpośrednio na osiągnięcie konkretnych rezultatów określonych treścią umowy, przedmiotowe rezultaty są najczęściej ucieleśnione w rzeczy, a ponadto zawsze istnieje możliwość poddania ich obiektywnemu sprawdzianowi na istnienie wad fizycznych, a w konsekwencji zastosowanie do nich rękojmi lub gwarancji jakości.

2. **Roboty budowlane** - np. większe lub bardziej skomplikowane naprawy zniszczonej lub uszkodzonej infrastruktury (remonty). Do takich czynności należy odpowiednio stosować przepisy umowy o roboty budowlane (art. 658 k.c.). Zgodnie z k.c. przy takich pracach wykonawca zobligowany jest do zabezpieczenia terenu budowy i ponosi

⁴⁸³ Tak co do oceny umowy nienazwanej *op. cit.* M. Safjan, *Umowy związane z obrotem...*, s. 4 przywoływany w *op. cit.* J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, s. 5.

⁴⁸⁴ *Op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 235.

⁴⁸⁵ *Op. cit.* Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Komentarz do art. II–1:107 DCFR [w:] Principles, Definitions and Model Rules...*, s. 199.

na zasadach ogólnych odpowiedzialność za szkody wynikłe na tym terenie (art. 652 k.c.).⁴⁸⁶

Ponadto, podobnie jak powyżej, czynności takie skierowane są bezpośrednio na określone rezultaty, przedmiotowe rezultaty są zawsze ucieleśnione w rzeczy, istnieje możliwość poddania ich obiektywnemu sprawdzianowi na istnienie wad fizycznych, a w konsekwencji zastosowanie do nich rękojmi lub gwarancji jakości.⁴⁸⁷

3. **Świadczenie usług** (w rozumieniu art. 750 k.c.) - np. patrol drogowe wykonawcy realizowane w celu dokonywania bieżącej kontroli i przeglądu stanu infrastruktury drogowej, a także inne obowiązki czynienia o charakterze wyłącznie starannego działania. W ich ramach wykonawca nie musi osiągnąć żadnego konkretnego rezultatu, stąd co do zasady niemożliwe lub bezzasadne byłoby poddawanie ich testowi na istnienie wad czy też stosowanie do nich rękojmi lub gwarancji jakości.⁴⁸⁸

4. **Użyczenie** - w niektórych przypadkach umowy przewidują przekazanie wykonawcy na cały okres obowiązywania kontraktu np. zaplecza technicznego lub sprzętowego należącego do zamawiającego w ramach stosunku użyczenia.⁴⁸⁹ Użyczenie danych obiektów lub sprzętów ma ułatwić wykonawcy prawidłowe wykonywanie umowy,

⁴⁸⁶ W ramach analizowanej umowy wskaźnikowej powyższe dotyczy także np. załatania pojedynczego ubytku w jezdni, a więc umowy o dzieło.

⁴⁸⁷ Większe roboty podejmowane przez wykonawcę, które powinny być kwalifikowane już jako remont infrastruktury, są jednak w ramach analizowanej umowy rzadkością. Wykonawca zasadniczo zobowiązany jest bowiem jedynie do dokonywania pomniejszych napraw, a „remont pełny”, według definicji przyjmowanej w OPZ, nie należy do przedmiotu umowy. Same strony (zamawiający) nie negują jednak, że pewne aktywności wykonawcy mogą mieć charakter robót budowlanych, a wręcz przeciwnie umowy bezpośrednio przewidują, że w takich przypadkach wykonawca ma wykonywać czynności przewidziane w art. 22 Prawa budowlanego (por. § 9 ust. 2 lit. b) IPU szczecińskiego oraz § 8 ust. 2 lit. b) IPU kieleckiego i opolskiego wzorca umownego), a gdy wykonawca podzleca prace o takim charakterze podwykonawcom, umowy przewidują dodatkowo specjalne reguły tego proceduru dotyczące.

⁴⁸⁸ Warto jednak zauważyć, że nawet patrolowanie drogi może być obwarowane wskaźnikami, a wówczas możliwe jest dostrzeżenie wad takiego świadczenia – np. poznański wzorzec umowny wskazuje (Załącznik nr 12 Karta Kar), że jeżeli patrolowanie dróg nie zostało zrealizowane z zachowaniem wymagań określonych w pkt B.II.III.10 OPZ oraz częstotliwością co najmniej w ilości zadeklarowanej w ofercie, to wykonawcy należy naliczyć karę umowną w wysokości 50 punktów za każdy dzień w którym stwierdzono niewykonanie przez wykonawcę patrolowania dróg w ilości zadeklarowanej w ofercie, przy czym należy zauważyć, że 1 „punkt karny” w tym wzorcu umownym to 1.000 zł, czyli jednorazowe niewykonanie patrolu będzie kosztowało wykonawcę aż 50.000 zł. Tak wysoka kara umowna (przedmiotowa umowa wprost wskazuje na karę umowną) jest jednak o tyle uzasadniona, że bez wykonania patrolu nie wiadomo co dokładnie trzeba danego dnia wykonać. Jak wynika z powyższego umowy oceniają nie tylko sam standard utrzymania ale także sposoby dojścia do tego standardu.

⁴⁸⁹ Por. np. § 2 ust. 2 i ust. 5 IPU opolskiego i § 2 ust. 7-9 IPU szczecińskiego wzorca umownego.

a jego wartość wykonawca zasadniczo powinien wliczyć do swojej oferty⁴⁹⁰. Jest to więc oryginalne rozwiązanie, ponieważ „klasyczne” kodeksowe użyczenie nie następuje za jakimkolwiek wynagrodzeniem. W niektórych umowach użyczenie jest jednak całkowicie „tradycyjne”, gdyż kontrakty wprost wskazują, że użyczający zobowiązuje się zezwolić biorącemu do używania na bezpłatne używanie przekazywanych rzeczy.⁴⁹¹ Co jednak najistotniejsze, konstrukcja ta dodatkowo komplikuje strukturę zobowiązania. W ramach stosunku prawnego kreowanego przez analizowaną umowę prawdopodobnie konieczne będzie w związku z tym także ostrożne stosowanie przepisów k.c. dotyczących użyczenia, co zakłóca jednorodność ocen prawnych dotyczących tego węzła prawnego, przemawiając za mieszanym charakterem umowy jako całości.⁴⁹²

5. Natomiast utrzymanie strukturalne stanowi przykład **tzw. prawa opcji (umowy nienazwanej)**. Teoretycznie niewykluczone jest jednak uznanie tej części umowy wskaźnikowej za umowę ramową, stąd konieczna jest pogłębiona analiza tego zagadnienia.

Kwalifikacja utrzymania strukturalnego jako umowy ramowej jednak nie przekonuje.⁴⁹³ W literaturze trafnie wskazano bowiem, że umowa ta konkuruje „z długoterminową umową definitywną, obejmującą świadczenia o bezpośredniej doniosłości gospodarczej wzbogaconą o klauzule warunkowe łagodzące niepewności co do

⁴⁹⁰ Por. np. B.I. punkt 2.9 OPZ opolskiego wzorca umownego.

⁴⁹¹ Por. np. załączniki do umowy (pozycja - SIWZ Tom II) w ramach rzeszowskiego wzorca umownego.

⁴⁹² Strony najczęściej zawierają formalnie odrębną umowę użyczenia w której wskazane są obiekty wydawane w użyczenie oraz podstawowe prawa i obowiązki stron. Niemniej warto wziąć pod uwagę, że taka umowa nie będzie bynajmniej niezależna od analizowanej umowy wskaźnikowej do której jest jedynie dołączana i „służebna” (subsydiarna), stąd też element użyczenia warto włączyć do niniejszych rozważań.

⁴⁹³ Co do definicji umowy ramowej na gruncie PZP patrz art. 2 pkt 9a uchylonego PZP - przez umowę ramową należy rozumieć „umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości” oraz analogiczna definicja zawarta w art. 7 pkt 26 nowego PZP. Por. ponadto J. Pieróg, *Komentarz do art. 99 PZP*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 15, Warszawa 2019, nb. 2; B. Kotowicz, *Komentarz do art. 99 PZP*, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 2; D. Grześkowiak-Stojek, *Komentarz do art. 99 PZP*, [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, pkt II 1; *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 35-36. Na gruncie cywilistycznym por. A. Olejniczak, [w:] A. Koch (red.), J. Napierała (red.), J. Grykiel, M. Gutowski, A. Janiak, A. Koch, J. Napierała, A. Nowicka, A. Olejniczak, M. Orlicki, J. Pokrzywniak, R. Sikorski, T. Sokołowski, T. Sójka, F. Zedler, *Umowy w obrocie gospodarczym*, s. 41-42; *op. cit.* K. Golań, R. Golań, *Umowy nietypowe w obrocie cywilnoprawnym*, s. 31-32; *op. cit.* J. Mojak, J. Widło, *Polskie prawo kontraktowe...*, s. 47; wyrok SN z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 395/14, Legalis numer 1231809.

potrzeb zamawiającego. W szczególności poprzez zastrzeżenie tzw. prawa opcji strony mogą uwarunkować wymagalność części zamawianego definitywnie świadczenia bezpośrednio od niepewnych potrzeb zamawiającego.”⁴⁹⁴

Za uznaniem utrzymania strukturalnego za tzw. prawo opcji, a nie za umowę ramową, bezpośrednio przemawia także treść art. 34 ust. 5 uchylonego PZP, zgodnie z którym, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Ww. pojęcie „prawa opcji” nie doczekało się na gruncie PZP (tak uchylonego jak i nowego) definicji, jednakże należy przyjąć, że jest to przewidywana już na etapie przygotowywania postępowania możliwość zwiększenia zakresu zamówienia (świadczenia wykonawcy)⁴⁹⁵. Wola zamawiającego i okoliczności faktyczne będą decydujące, czy dodatkowe usługi zostaną zlecone, jednakże największy możliwy zakres prawa opcji należy uwzględnić przy ustalaniu wartości zamówienia,⁴⁹⁶ co też na gruncie analizowanych umów wskaźnikowych występuje⁴⁹⁷.

Poglądy na prawo opcji na gruncie uchylonego PZP są różne. Jedni Autorzy stosunkowo wąsko ujmują to prawo i wskazują, że opcja daje zamawiającemu prawo podjęcia decyzji lub dokonania wyboru, a więc np. nabycia przedmiotu najmu po zakończeniu trwania tego stosunku prawnego, inni natomiast zdecydowanie szerzej, zauważając że instytucja ta przyznaje zamawiającemu prawo do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia, a w szczególności do jego rozszerzenia (zwiększanie zakresu zamówienia może wówczas dotyczyć tak jego wolumenu (np. ilości zamawianych towarów), jak i przedłużenia czasu trwania zobowiązania (np. obowiązywania umowy

⁴⁹⁴ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 33.

⁴⁹⁵ J. Pieróg, *Komentarz do art. 34 PZP*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 7; M. Sieradzka, *Komentarz do art. 34 PZP*, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 7.

⁴⁹⁶ Por. np. *op. cit.* M. Sieradzka, *Komentarz do art. 34 PZP*, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 7.

⁴⁹⁷ Np. opolski wzorzec umowny wskazuje, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają na maksymalna kwotę 86.445.864,24 zł, w tym wynagrodzenie za wykonanie prac o charakterze rutynowym 58.644.430,08 zł oraz maksymalne wynagrodzenie za wykonanie prac o charakterze strukturalnym 27.801.434,16 zł (ceny brutto) - § 4 ust. 1 IPU.

najmu)), a art. 34 ust. 5 uchylonego PZP powinno się stosować *per analogiam* również do zamówień na roboty budowlane.⁴⁹⁸ Podzielić należy te ostatnie zapatrywania i opowiedzieć się za szerokim rozumieniem prawa opcji dającym zamawiającemu bardzo szeroki wachlarz możliwości rozszerzania zakresu zamówienia.⁴⁹⁹ Zgodnie bowiem z orzecnictwem, charakter prawa opcji nie jest jednolity, gdyż brak w tej mierze regulacji normatywnej, w związku z czym przedmiotową konstrukcję można ukształtować na różne sposoby.⁵⁰⁰ Ze względu na możliwość obchodzenia przepisów PZP poprzez nieodpowiednie stosowanie prawa opcji, przy konstruowaniu tego instrumentu należy jednak zachować szczególną ostrożność.⁵⁰¹

Także na gruncie nowego PZP powyższe uwagi pozostają zasadniczo aktualne. Przede wszystkim również nowe PZP w art. 31 ust. 2 wskazuje, że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień. Powyższa redakcja przepisu oznacza jednak, że prawo opcji bez wątplenia może być stosowane także w ramach robót budowlanych. Ponadto przedłużenie obowiązywania kontraktu na zasadach zbliżonych do opcji nie będzie opcją, a wznowieniem. Nowe PZP wyraźnie wskazuje ponadto, że zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział ją w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które: (1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; oraz (2) określają okoliczności skorzystania z opcji; a także (3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy (art. 441 ust. 1 nowego PZP). Jeżeli dokonano czynności na podstawie postanowień kontraktowych przewidujących opcje

⁴⁹⁸ Patrz literatura przywoływana w *op. cit.* J. Pieróg, *Komentarz do art. 34 PZP*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 8.

⁴⁹⁹ O ile oczywiście prawo opcji zostanie transparentnie skonstruowane i włączone do treści umowy.

⁵⁰⁰ Wyrok SN z dnia 05 maja 2016 r., sygn. akt II CSK 470/15, Legalis numer 1488809.

⁵⁰¹ Nie można jednak zgodzić się z opinią, w myśl której możliwość rozszerzenia przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia powinna być wykluczona, gdyż stanowi obejście ustawy - tak M. Stachowiak przywoływana w *op. cit.* J. Pieróg, *Komentarz do art. 34 PZP*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 8. Powyższe podejście należy bowiem uznać za zbyt radykalne i apriorycznie ograniczające swobodę umów.

z naruszeniem powyższych warunków, podlegają one unieważnieniu (art. 441 ust. 2 nowego PZP).

W tym miejscu konieczne jest jednak wyraźne odnotowanie, że na płaszczyźnie prawa prywatnego prawo opcji może mieć inne znaczenie niż na gruncie PZP. W znaczeniu cywilistycznym prawo opcji można określić jako „prawo do kształtowania stosunku prawnego drogą jednostronnego oświadczenia woli jednego z jego uczestników”, co oznacza, że na płaszczyźnie prawa prywatnego prawo opcji „ma walor ogólny, aktualny dla różnych jego postaci”.⁵⁰²

Na gruncie *stricte* prywatnoprawnym wypada wskazać, że klauzula (bądź też umowa) opcji jest w pewnym zakresie zbliżona do konstrukcji zobowiązania przemiennego oraz upoważnienia alternatywnego.⁵⁰³ Wykazywać może także pewne podobieństwa do umowy przedwstępnej oraz umowy ramowej, a ponadto sytuacja podmiotów związanych opcją jest podobna do sytuacji oblata przy przyjmowaniu oferty.⁵⁰⁴ Powstaje więc pytanie, czy jakieś przepisy k.c. dają się do takiej klauzuli/umowy zastosować, gdyż ustalenie takie zdecydowanie pomogłoby w determinacji charakteru prawnego prawa opcji, a w konsekwencji i w kwalifikacji utrzymania strukturalnego.

Na powyżej postawione pytanie nie sposób jednak udzielić jednej, uniwersalnej odpowiedzi. Prawo opcji (czy też klauzula/umowa opcji) nie jest bowiem instytucją kodeksową i może przejawiać bardzo odmienne właściwości.⁵⁰⁵ W zależności od konkretnego podejścia do prawa opcji, możliwe będą różne warianty stosowania prawa.⁵⁰⁶ Jednakże do specyficznej klauzuli utrzymania strukturalnego obecnej w analizowanych umowach wskaźnikowych, według mnie co do zasady *per analogiam*/odpowiednio

⁵⁰² M. Spyra, S. Włodyka [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, s. 76. Por. ponadto M. Gutowski, *Umowa opcji*, Zakamycze 2003, s. 325-328 wraz z propozycją normatywnego modelu stosunku opcji (s. 328-331).

⁵⁰³ Por. *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 201.

⁵⁰⁴ W tej mierze por. *op. cit.* M. Gutowski, *Umowa opcji*, s. 174-194.

⁵⁰⁵ M. Krajewski [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 999-1000.

⁵⁰⁶ P. Tereszkiwicz [w:] M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych. System Prawa Handlowego*, t. 4, Warszawa 2016, s. 783-790; por. ponadto *op. cit.* M. Gutowski, *Umowa opcji*, s. 221-222.

zastosować można przede wszystkim art. 456 k.c. Umowy wskaźnikowe bezpośrednio przewidują bowiem, że pewna część prac utrzymaniowych wykonywana będzie w zależności od potrzeb infrastrukturalnych, a więc w istocie następować będzie częściami w ciągu całego okresu trwania kontraktu, a w umowach brakuje ustalenia wielkości poszczególnych świadczeń (z punktu widzenia umowy jako całości - częściowych) oraz terminów, w których będzie miało nastąpić spełnienie każdego z nich. Zastosowanie powyższego przepisu jest w pełni uzasadnione, jeżeli wyjdzie się z założenia, że świadczenie wykonawcy jest w istocie niejednolitym (niejednorodnym) świadczeniem złożonym o charakterze ciągłym krystalizującym się w czasie w postaci poszczególnych świadczeń częściowych, gdzie wykonywanie przeważającej części z nich jest z góry poddane stosunkowo precyzyjnemu reżimowi umownemu (utrzymanie rutynowe), a mniejszej części z nich pozostawione dyskrejonalnym decyzjom zamawiającego (utrzymanie strukturalne). Także w literaturze zauważa się, że art. 456 k.c. może znaleźć zastosowanie do zawartych na czas oznaczony zobowiązań o charakterze ciągłym.⁵⁰⁷ Jedynie pośrednio zaobserwowano to natomiast na gruncie analizowanych umów wskaźnikowych.⁵⁰⁸

Zajmując powyższe stanowisko należałoby zarazem wskazać, że umowa wskaźnikowa przyznaje uprawnionemu (zamawiającemu) jednostronne uprawnienie kształtujące, pozwalające na określenie tak wielkości poszczególnych świadczeń częściowych, jak i terminu spełnienia każdego z nich.⁵⁰⁹ Powyższe ustalenie pozwala na

⁵⁰⁷ Tak F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 1086; odmiennie W. Borysiak, *Komentarz do art. 456 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 3.

⁵⁰⁸ W ramach rzeszowskiego wzorca umownego, na skutek pytania jednego z wykonawców o termin na wykonanie ewentualnego zlecenia strukturalnego, doszło do zmiany treści OPZ, poprzez sprecyzowanie terminu na wykonanie prac strukturalnych oraz wskazanie, że termin ten może być za zgodą zamawiającego przedłużony, o ile wykonawca wykaże obiektywne przesłanki wpływające na brak możliwości dochowania sprecyzowanego w OPZ terminu, patrz zmiana SIWZ nr 21, pozycja „Wyjaśnienia i Zmiany treści SIWZ z dnia 3 czerwca 2020r.”, <https://gddkia.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/181080/caloroczne-utrzymanie-drog-krajowych-zarządzanych-przez-generalna-dyrekcje-drog-krajowych-i-autostrad-oddzial-w-rzeszowie-wraz-ze-wszystkimi-elementami-z-podziałem-na-dwie-czesci-zamowienia-czesc-nr-1-rejon-w-rzeszowie-oua-debica-czesc-nr-2-rejon-w> [dostęp 01.07.2020].

⁵⁰⁹ Tak na gruncie art. 456 k.c. *op. cit.* W. Borysiak, *Komentarz do art. 456 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 2; K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 456 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 1.

wyraźne odgraniczenie prawa opcji od modelowej umowy ramowej w rozumieniu prawa cywilnego – umowa ramowa nie przyznaje jednej ze stron uprawnienia prawokształtującego do związania drugiej strony, a jedynie określa podstawowe zasady współpracy stron. Ta cecha odróżnia także klauzulę/umowę opcji od umowy przedwstępnej, gdyż z umowy przedwstępnej nie wynika żadne uprawnienie prawokształtujące, a jedynie roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej.

Według mnie uzasadniona jest opinia ogólna, a więc dotycząca wszelkich klauzul/umów opcji, w myśl której dla uprawnionego z klauzuli/umowy opcji wynikać powinno uprawnienie (bądź też uprawnienia) kształtujące, a nie jedynie roszczenie (bądź też roszczenia).⁵¹⁰ Już w okresie międzywojennym wskazywano, że uprawniony z prawa opcji poprzez samo tylko swoje oświadczenie woli może doprowadzić do zawarcia umowy definitywnej, i fakt ten odróżnia konstrukcję opcji od umowy przedwstępnej.⁵¹¹

Nie ma także żadnych przeszkód żeby stwierdzić, że uprawnienie prawokształtujące wynikające z klauzuli/umowy opcji może przybrać tak charakter wyłącznie jednorazowy (np. leasing z opcją wykupu⁵¹²), jak i rozciągnięty w czasie (utrzymanie strukturalne, w ramach którego prawo opcji trwa przez cały okres obowiązywania umowy wskaźnikowej, i nie wygasa po pierwszym z niego skorzystaniu, a dopiero po całkowitym wykorzystaniu kwoty przewidzianej w umowie na czynności z tego zakresu (limitu finansowego), bądź też po upływie okresu obowiązywania umowy, w zależności od tego, które z tych zdarzeń wystąpi wcześniej).

W tym miejscu warto dodatkowo przytoczyć także poglądy prezentowane w literaturze niemieckiej. Za niesamodzielną klauzulę opcji uznaje się w Niemczech

⁵¹⁰ Tak *op. cit.* M. Gutowski, *Umowa opcji*, s. 126-127; *op. cit.* M. Krajewski [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1001; por. także *op. cit.* M. Spyra, S. Włodyka [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, s. 75-76.

⁵¹¹ *Op. cit.* M. Krajewski [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1000.

⁵¹² *Op. cit.* M. Krajewski [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 999.

postanowienie umowne, na podstawie którego strona uprawniona może zmienić umowę, w której opcja jest inkorporowana, a więc najczęściej ją przedłużyć lub rozszerzyć zakres świadczenia z niej wynikającego.⁵¹³ Należy zarazem odnotować, że dla strony uprawnionej prawo opcji kreuje uprawnienie kształtujące (niem. *Gestaltungsrecht*), a nie roszczenie (niem. *Anspruch*).⁵¹⁴ W konsekwencji analizowany element umowy wskaźnikowej można by uznać za niesamodzielną klauzulę opcji (niem. *vertragsbezogene/unselbstständige Optionsklausel*), gdyż jest on skierowany na ewentualną zmianę umowy, a nie na zawarcie nowej umowy⁵¹⁵.

Jaka jest jednak podstawowa funkcja zobowiązania wynikającego z utrzymania strukturalnego? Przedmiotowa konstrukcja ma za zasadnie przede wszystkim zmniejszyć losowy charakter umowy ułatwiając wykonawcy skonstruowanie oferty, co ostatecznie przekłada się na zmniejszenie ryzyka gospodarczego po jego stronie.⁵¹⁶ Początkowe umowy niezawierające elementu utrzymania strukturalnego wykazały bowiem liczne problemy, w szczególności nie pozwalały na rozszerzenie zamówienia o prace nieprzewidziane oraz nierównomiernie rozkładały ryzyka pomiędzy zamawiającego oraz wykonawcę, w wyniku czego do umów wprowadzono przedmiotową konstrukcję.⁵¹⁷ Utrzymanie strukturalne nie zostało natomiast skonstruowane w celu zawierania wielu nowych, oddzielnych i niezależnych od siebie umów wykonawczych/realizacyjnych, co pozwala zarazem odgraniczyć prawo opcji od umowy ramowej, i w interesującym nam zakresie opowiedzieć

⁵¹³ Por. M. Casper, *Der Optionsvertrag*, Tübingen 2005, s. 39-40, 452 i n.

⁵¹⁴ *Op. cit.* M. Casper, *Der Optionsvertrag*, s. 63-64; por. także odgraniczanie opcji od instytucji zbliżonych, *ibidem*, s. 75 i n. Por. jednak *op. cit.* M. Gutowski, *Umowa opcji*, s. 72-85, gdzie wskazano, że na gruncie prawa niemieckiego możliwe są aż cztery modele kwalifikacji opcji, co oznaczać może przyjęcie np. koncepcji kwalifikacji jako umowy przedwstępnej z której wynika stosowne roszczenie.

⁵¹⁵ Gdyż wówczas byłby samodzielną klauzulą opcji (niem. *selbstständige Optionsklausel*), *op. cit.* M. Casper, *Der Optionsvertrag*, s. 39.

⁵¹⁶ Pośrednio wskazuje na to np. rzeszowski wzorzec umowny zgodnie z którym maksymalne wynagrodzenie za wykonywanie czynności mieszczących się w ramach utrzymania strukturalnego „(...) obejmuje również wynagrodzenie za roboty polegające na naprawie/wymianie uszkodzonych elementów Drogi/zaplecza technicznego przekazanych w utrzymanie, których uszkodzenie, zniszczenie lub utrata powstały w związku z zaistnieniem zdarzeń losowych, wypadków komunikacyjnych, kradzieży i aktów wandalizmu do wysokości rocznego limitu szkody. (...)” - § 4 ust. 2 IPU.

⁵¹⁷ A także inne udoskonalenia, por. szerzej *op. cit.* M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja...*, s. 286-290.

się za pierwszym z ww. wyborów. Taka konstatacja jest ponadto uzasadniona, gdyż zapewnia wykonawcy stosowną ochronę - art. 456 k.c. stosowany analogicznie/odpowiednio nakazuje bowiem chronić słuszne interesy dłużnika⁵¹⁸.

Powyższe oznacza, że zobowiązanie wynikające z utrzymania strukturalnego powinno być kwalifikowane nie jako umowa ramowa, ale jako prawo opcji zastrzeżone dla zamawiającego. Powyższy pogląd uzasadniony jest tak na gruncie prawa prywatnego, jak i z punktu widzenia PZP (tak uchylonego jak i nowego).⁵¹⁹ Analizowany element umowy wskaźnikowej sam w sobie może być w konsekwencji uznany za umowę nienazwaną, gdyż nie odpowiada żadnym konstrukcjom kodeksowym.⁵²⁰ Mamy więc do czynienia z umową nienazwaną w umowie nienazwanej, co ostatecznie komplikuje ocenę prawną stosunku prawnego jako pewnej niepodzielnej całości.

§ 3. Stosowanie prawa

I. Wprowadzenie – metody stosowania prawa do nienazwanych umów mieszanych

Powyższe rozważania doprowadziły ostatecznie do wniosku, że analizowana umowa wskaźnikowa jest **nienazwaną umową mieszaną typu kombinowanego**. W związku z powyższym należy ustalić, jakie przepisy części szczególnej k.c. powinny znaleźć do niej

⁵¹⁸ Por. przykładowo W. Popiołek, *Komentarz do art. 456 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 2.

⁵¹⁹ Także na gruncie amerykańskiego PZP (FAR) wskazuje się, że opcja to prawo przyznane w umowie jednej stronie, na mocy którego przez określony czas Rząd może zdecydować o zakupie dodatkowych dostaw lub usług wskazanych w umowie lub może zdecydować o przedłużeniu okresu obowiązywania umowy (patrz definicja opcji zawarta w Części 2 FAR - „Option means a unilateral right in a contract by which, for a specified time, the Government may elect to purchase additional supplies or services called for by the contract, or may elect to extend the term of the contract.”).

⁵²⁰ Tak co do kwalifikacji prawa opcji na gruncie k.c. *op. cit.* wyrok SN z dnia z dnia 05 maja 2016 r., sygn. akt II CSK 470/15; *op. cit.* M. Gutowski, *Umowa opcji*, s. 215-221; *op. cit.* P. Tereszkievicz [w:] M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych. System Prawa Handlowego*, t. 4, s. 790 i 792.

zastosowanie. W doktrynie⁵²¹ i orzecznictwie⁵²² wyróżniane są trzy metody⁵²³, które mogą znaleźć zastosowanie do nienazwanych umów mieszanych, o ile umowy te łączą elementy różnych stosunków obligacyjnych nazywanych. Twórcy lub propagatorzy dwóch pierwszych z nich byli prawnikami niemieckimi, stąd konieczne są w tej mierze odwołania do doktryny tego właśnie kraju.

1. Metoda absorpcji (niem. *Absorptionstheorie, -methode*)

Metoda ta polega na podporządkowaniu całego kontraktu takiemu typowi umownemu, którego elementy lub też cechy w ocenianej umowie przeważają.⁵²⁴ Jej zastosowanie może jednak natrafić na problemy, ponieważ nie zawsze możliwe jest wykrycie elementu/cechy przeważającego/ej, a ponadto podporządkowanie wszystkich elementów kontraktu jednemu (obcemu im) typowi umownemu, może prowadzić do nieodpowiednich skutków prawnych.⁵²⁵

W polskim orzecznictwie podejmuje się niekiedy próby „liberalizowania”⁵²⁶ tej metody. W związku z powyższym wskazuje się, że metoda ta „charakteryzuje się tym, że określone elementy w danym stosunku zobowiązaniowym mają charakter dominujący i absorbują inne elementy tego stosunku. Istotne znaczenie ma tutaj cel umowy określający jej istotę i on przesądza o kwalifikacji prawnej.”, zauważając zarazem, że choć całe

⁵²¹ *Op. cit.* B. Gawlik, *Umowy mieszane...*, s. 30-32; *op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 237-241; J. Gołaczyński [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 510.

⁵²² W orzecznictwie rzadko zauważyć można jednak bezpośrednio odwoływanie się do konkretnych metod stosowania prawa do nienazwanych umów mieszanych. Por. jednak np. *op. cit.* wyrok SO we Włocławku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14.

⁵²³ W. Kurowski jednak oddzielnie omawia metodę analogii oraz emancypacji, por. *op. cit.* W. Kurowski, *Factoring jako kompleks umów*, s. 156.

⁵²⁴ Por. np. M. Stoffelss, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge: Rechtsfindung und Inhaltskontrolle*, Tübingen 2001, s. 154-155; *op. cit.* H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, s. 897; *op. cit.* T. Zerres, *Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil...*, s. 218-219.

⁵²⁵ Por. np. *op. cit.* H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, s. 898.

⁵²⁶ Równie dobrze można jednak przyjąć, że to „zwykła” metoda absorpcji, gdyż brakuje normatywnej definicji tej metody.

zobowiązanie zostaje zakwalifikowane do jednego typu umownego, to do jego elementów ubocznych możliwe jest stosowanie odpowiednich przepisów ich dotyczących.⁵²⁷

2. Metoda kombinacji (niem. *Trenungs-/Kombinationstheorie, -methode*)

Aby wyjść naprzeciw niedoskonałościom metody absorpcji stworzono metodę kombinacji, której istotna polega na stosowaniu do danych elementów nienazwanej umowy mieszanej najodpowiedniejszych dla nich przepisów konkretnych umów nazwanych.⁵²⁸ Takie podejście jest jednak trudne do zastosowania do umów mieszanych *sensu stricto*, a więc kontraktów z nierozzerwalnie „stopionymi” świadczeniami charakterystycznymi dla różnych typów umów, a ponadto nie daje odpowiedzi na pytania dotyczące umowy jako całości, a więc np. dotyczące jej zakończenia, w szczególności wypowiedzenia.⁵²⁹

W rodzimym orzecznictwie zauważono, że metoda ta „ma zastosowanie, gdy wszystkie elementy danego stosunku mieszanego mają charakter równorzędny, wobec czego do każdego z nich stosuje się w całości odrębne dla tego właśnie elementu odpowiednie przepisy.”⁵³⁰

Jak wskazuje się w polskiej literaturze, na gruncie niemieckim metoda kombinacji, stworzona przez H. Hoenigera i G. Rumelina, spotkała się jednak z zasadniczą krytyką.⁵³¹ Jak się okazało, historia znacznie lepiej potraktowała metodę absorpcji, związaną z nazwiskiem Ph. Lotmara, który jednak nie był jej twórcą, gdyż była ona powszechnie popierana do początku XX w.⁵³² Wykazywała bowiem znaczne zalety: ułatwiała prace sędziom, stanowiła wyraz pewności prawa, a ponadto nawiązywała do tradycji prawa rzymskiego.⁵³³ Wydaje się jednak, że wbrew twierdzeniom Z. Radwańskiego metoda

⁵²⁷ *Op. cit.* wyrok SO we Włocławku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14.

⁵²⁸ Por. np. *op. cit.* M. Stoffelss, *Gesetzlich nicht geregelte...*, s. 155-156; *op. cit.* H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, s. 898; *op. cit.* T. Zerres, *Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil...*, s. 218.

⁵²⁹ Por. np. *op. cit.* H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, s. 898-899.

⁵³⁰ *Op. cit.* wyrok SO we Włocławku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14.

⁵³¹ *Op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 238.

⁵³² *Op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 240.

⁵³³ *Op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 241.

ta zdecydowanie utrwaliła się, i to nie tylko na gruncie niemieckim⁵³⁴, ale także austriackim oraz szwajcarskim. W dodatku proponowana jest w DCFR (art. II.–1:107) jako podstawowe podejście do umów mieszanych.

3. Metoda analogii (emancypacji; niem. *Theorie/Methode der analogen Rechtsanwendung*)

Metoda analogii nie znalazła zbyt wielu zwolenników na gruncie niemieckim, gdyż większość opracowań zawiera omówienie jedynie dwóch powyższych sposobów postępowania.⁵³⁵ Jest tak prawdopodobnie z tego powodu, że niemieccy prawnicy zasadniczo nie widzą w tym zakresie luki w prawie uzasadniającej odwoływanie się do analogii, a ponadto z tego względu, że analogia w tej mierze oznacza daleko sięgającą niepewność prawną⁵³⁶. Metoda ta wykorzystywana jest jednak czasami w Niemczech, Austrii czy Szwajcarii i polega na analogicznym stosowaniu do ocenianej umowy przepisów regulujących te umowy nazwane, do których umowa ta jest zbliżona (lub których elementy zawiera)⁵³⁷. *Analogia legis* polega bowiem na „zastosowaniu norm prawnych regulujących stan faktyczny o cechach najbardziej zbliżonych do tego, który jest przedmiotem rozstrzygnięcia”.⁵³⁸

Warto odnotować, że w judykaturze polskiej stwierdzono, iż metoda ta powinna znaleźć zastosowanie, gdy dojdzie się do wniosku, że poprzez kompozycję kilku odmiennych elementów stworzono nowy typ umowy nienazwanej.⁵³⁹

⁵³⁴ Metoda ta jest co do zasady preferowana przez większość niemieckiej doktryny, por. *op. cit.* M. Stoffelss, *Gesetzlich nicht geregelt...*, s. 158.

⁵³⁵ Por. jednak np. *op. cit.* M. Stoffelss, *Gesetzlich nicht geregelt...*, s. 156-157.

⁵³⁶ Por. krytykę metody analogii zawartą w *op. cit.* M. Stoffelss, *Gesetzlich nicht geregelt...*, s. 157.

⁵³⁷ *Op. cit.* J. Gołaczyński [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 510.

⁵³⁸ *Op. cit.* W. J. Katner [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 13.

⁵³⁹ *Op. cit.* wyrok SO we Włocławku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14.

II. Stosowanie prawa do nienazwanych umów mieszanych w ujęciu prawnoporównawczym

1. *Common law* na przykładzie USA

Na gruncie *common law* także może być istotne jaki zestaw przepisów (ang. *set of rules*) powinien znaleźć zastosowanie do danej umowy mieszanej. W USA problem ten dotyczy np. sytuacji, w ramach której zobowiązanie dłużnika nie jest jednorodne, a zawiera tak elementy usługowe, jak i właściwe dla umowy sprzedaży. Wówczas pojawia się pytanie, czy do części dotyczącej sprzedaży stosować należy art. 2 UCC. Orzecznictwo wypracowało w tej mierze przede wszystkim następujące metody stosowania prawa: metodę dominującego celu umowy (ang. *the predominant purpose/primary purpose/essence test*); metodę *the divisibility/component test*, a także zbliżoną do tej ostatniej *the gravamen of the action test*.

Metoda dominującego celu umowy została utworzona w precedensowym orzeczeniu *Bonebrake v. Cox*, 499 F.2d 951 (8th cir.1974), a jej istota sprowadza się do zbadania, co jest dominującym elementem umowy bądź też jej nadrzędnym celem/istotą. Jeżeli da się ustalić, że np. świadczenie usług jest w danej umowie mieszanej kluczowe, natomiast sprzedaż jest wyłącznie poboczna, to cała umowa zostanie zakwalifikowana do jednego i obejmującego typu umowy – w tym wypadku umowy o świadczenie usług.⁵⁴⁰ Przedmiotowa metoda jest więc bezpośrednim odpowiednikiem kontynentalnej metody absorpcji. Ma oczywiście tak wady jak i zalety, stąd spotkała się w doktrynie z istotnymi zastrzeżeniami.⁵⁴¹ W literaturze wskazuje się jednak, że jest to metoda zdecydowanie dominująca w orzecznictwie.⁵⁴²

⁵⁴⁰ W ww. sprawie było natomiast zgoła odwrotnie, gdyż według Sądu to sprzedaż była obejmująca, a usługi jedynie poboczne, stąd całą umowę poddano reżimowi UCC, w tym zastosowano *implied warranties*.

⁵⁴¹ Akapit na podstawie *op. cit.* I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług...*, s. 68-72.

⁵⁴² J. Brush, *Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers*, Yale Law School 2007, s. 11 i n., 169

Z kolei metoda *the divisibility/component test* bardzo zbliżona jest do kontynentalnej metody kombinacji (podobnie jak poniższa *the gravamen of the action test*), gdyż umowa jako całość pozostaje umową mieszaną, natomiast element świadczenia usług podlega regułom ogólnego prawa kontraktowego *common law*, a element odpowiadający sprzedaży art. 2 UCC, a więc każde świadczenie jest kwalifikowane i oceniane według reguł prawnych najbardziej do niego przystających.⁵⁴³ W doktrynie amerykańskiej zauważono, że przedmiotowa metoda prowadzi do zwiększenia wysiłków interpretacyjnych sądów, gdyż konieczne jest rozbijanie kontraktu na poszczególne części składowe i stosowanie do każdej z nich zupełnie odmiennych norm.⁵⁴⁴ W związku z powyższym w bardzo podobnych sprawach jedne sądy stosują odpowiednik kontynentalnej metody absorpcji, a inne rozbijają kontrakt na części składowe.⁵⁴⁵

Natomiast w ramach *the gravamen of the action test*, wybór prawa, które należy zastosować, zależy jest od treści zgłoszonych roszczeń, a także podstawy żądania pozwu, a ponadto od zarzutów podnoszonych w trakcie procesu.⁵⁴⁶ Sąd nie bada więc całej umowy mieszanej jako pewnej niepodzielnej całości, a jedynie koncentruje się na tym wycinku zobowiązania, którego konkretnie dotyczy spór.⁵⁴⁷ Metoda ta została zaproponowana przez Williama D. Hawklanda jako próba stworzenia panaceum na dwie poprzednie metody stosowania prawa do umów mieszanych.⁵⁴⁸ Wskazuje się jednak, że przedmiotowa metoda ma raczej znaczenie drugorzędne i jest rzadziej stosowana, przede wszystkim wtedy, gdy umowę da się łatwo „rozcłonkować” na poszczególne elementy, a podnoszone przez

https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student_papers [dostęp 10.07.2020].

⁵⁴³ *Op. cit.* I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług...*, s. 68.

⁵⁴⁴ *Op. cit.* J. Brush, *Mixed Contracts...*, s. 15.

⁵⁴⁵ *Op. cit.* J. Brush, *Mixed Contracts...*, s. 15, Autorka przywołuje w tej mierze orzeczenia dotyczące oceny prawnej wszczęcia pacjentom urządzeń medycznych, gdzie jeden Sąd stwierdził, że UCC nie znajduje zastosowania do takiej umowy, natomiast inny przyjął *implied warranty* za wszczęzione pacjentowi urządzenie medyczne.

⁵⁴⁶ *Op. cit.* I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług...*, s. 72.

⁵⁴⁷ *Op. cit.* I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług...*, s. 72.

⁵⁴⁸ *Op. cit.* J. Brush, *Mixed Contracts...*, s. 16.

powoda roszczenie można bez większych komplikacji związać z określonym rodzajem świadczenia.⁵⁴⁹

Na koniec wyraźnego podkreślenia wymaga, że niektóre sądy stosowały pewne przepisy UCC w ramach analogii, a więc do sytuacji nieobjętej bezpośrednio zakresem UCC stosowały normy prawne z niego wynikające.⁵⁵⁰ Niewykluczone jest więc także analogiczne zastosowanie np. art. 2 UCC do umowy wyłącznie usługowej, a więc bez jakiegokolwiek elementu sprzedaży, co określić można jako niebezpieczny zabieg.⁵⁵¹

2. Austria

W Austrii w ramach umów mieszanych przede wszystkim przyjmuje się możliwość korzystania z metody kombinacji lub metody absorpcji.⁵⁵² Co interesujące, metoda absorpcji ma swoje uzasadnienie także bezpośrednio w przepisach ustawowych dotyczących niektórych typów umów i tak np. § 1055 ABGB przesądza o kwalifikacji umów zawierających elementy umowy sprzedaży i zamiany (umowa sprzedaży z „ceną”, na którą składają się pieniądze i rzecz/rzeczy), a § 1091 ABGB najmu i dzierżawy.⁵⁵³ Podobnie jest z metodą kombinacji „zakotwiczoną” w ramach umów o świadczenie usług w § 1151 ust. 2 ABGB.⁵⁵⁴

Wyraźnie zauważa się jednak także możliwość stosowania analogii, co ma swoje uzasadnienie normatywne w § 7 zdanie 1 ABGB, jednak wówczas sąd odwołuje się zasadniczo nie do danych przepisów umów typowych, a przepisów ogólnych prawa

⁵⁴⁹ *Op. cit.* I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług...*, s. 67-68 w przypisie.

⁵⁵⁰ *Op. cit.* J. Brush, *Mixed Contracts...*, s. 19 i n.

⁵⁵¹ *Op. cit.* J. Brush, *Mixed Contracts...*, s. 21-22.

⁵⁵² Por. np. S. Perner, M. Spitzer, G. Kodek, *Bürgerliches Recht*, wyd. 6, Wien 2019, s. 232-233; *op. cit.* R. Welsler, B. Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II...*, s. 14.

⁵⁵³ *Op. cit.* R. Bollenberger, *Komentarz do § 859 ABGB*, [w:] H. Koziol (red.), P. Bydlinski (red.), R. Bollenberger (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, wyd. 3, s. 789; *op. cit.* H. Barta, *Zivilrecht...*, s. 313-314; *op. cit.* S. Perner, M. Spitzer, G. Kodek, *Bürgerliches Recht*, s. 232.

⁵⁵⁴ *Op. cit.* H. Barta, *Zivilrecht...*, s. 314; *op. cit.* S. Perner, M. Spitzer, G. Kodek, *Bürgerliches Recht*, s. 232-233. W wymiarze ogólnym por. też § 1403 ust. 1 zdanie 2 ABGB.

zobowiązań.⁵⁵⁵ Gdy umowy są bardzo nacechowane nietypowością, a więc mówimy o kontraktach *sui generis*, poprzez § 7 zdanie 2 ABGB otwarte zostaje pole do zastosowania „prawa sądowego”,⁵⁵⁶ czego dokonuje się za pomocą odwoływania się przez sąd do „zasad prawa naturalnego”, a więc niepisanych „kamieni węgielnych” (niem. *Eckpfeiler*) porządku prawnego.⁵⁵⁷

Bezpośrednio przy omawianiu umowy o dzieło wskazuje się, że przy ocenie umów mieszanych i występowaniu wątpliwości kwalifikacyjnych, należy tak daleko jak to jest możliwe stosować metodę kombinacji.⁵⁵⁸ W judykaturze austriackiej metoda ta zdaje się znajdować szerokie zastosowanie⁵⁵⁹, jednakże nie jest to jedyna metoda stosowana przez sądy.

Na koniec warto podkreślić, że przy stosowaniu prawa tak do umów mieszanych jak i nietypowych kierować należy się przede wszystkim wolą stron i wynikającym z niej celem umowy.⁵⁶⁰

3. Niemcy

W Niemczech w ramach oceny umów mieszanych wskazuje się, że stosowanie konkretnej metody zależeć powinno od charakteru umowy i tak inną metodę należy zastosować np. do umowy mieszanej typu kombinowanego, a więc składającej się z „rozłącznego” połączenia świadczeń charakterystycznych dla konkretnych typów umów (np. umowa hotelowa), natomiast inną do umowy mieszanej *sensu stricto*, czyli takiej,

⁵⁵⁵ *Op. cit.* H. Barta, *Zivilrecht...*, s. 314; do umów nienazwanych (niem. *atypische Verträge*), o ile to odpowiednie, stosować można jednak przepisy regulujące dane umowy nazwane, por. *op. cit.* S. Perner, M. Spitzer, G. Kodek, *Bürgerliches Recht*, s. 233.

⁵⁵⁶ Także jednak stosowanie analogii, o której była mowa w poprzednim zdaniu, następuje gdy sąd ocenia umowy *sui generis*, por. *op. cit.* H. Barta, *Zivilrecht...*, s. 314.

⁵⁵⁷ Por. P. Bydliński, *Komentarz do § 7 ABGB*, [w:] H. Koziol (red.), P. Bydliński (red.), R. Bollenberger (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, s. 11; *op. cit.* H. Barta, *Zivilrecht...*, s. 314. Można wówczas mówić o kreowaniu prawa przez sam sąd („*Neuschöpfung- oder Kreation*”), por. H. Barta, s. 314.

⁵⁵⁸ *Op. cit.* R. Rebhahn, Ch. Kietzibl, *Komentarz do § 1165 ABGB*, [w:] G. Kodek (red.), M. Schwimann (red.), *ABGB Praxiskommentar*, t. 5, s. 595 i 600.

⁵⁵⁹ Por. np. *op. cit.* R. Bollenberger, *Komentarz do § 859 ABGB*, [w:] H. Koziol (red.), P. Bydliński (red.), R. Bollenberger (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, wyd. 3, s. 789.

⁵⁶⁰ *Op. cit.* H. Barta, *Zivilrecht...*, s. 313.

w której świadczenia właściwe dla różnych typów umów zostały tak połączone, że się ze sobą nierozdzielnie „stopiły”. Według większości doktryny do pierwszej sytuacji zasadniczo najodpowiedniejsza jest metoda kombinacji, natomiast do drugiej, z powodu nierozłączalności świadczeń, absorpcji.⁵⁶¹ Zauważa się jednak, że przy umowach mieszanych typu kombinowanego (pierwsza sytuacja) należy dokładnie badać domniemaną wolę oraz rozkład interesów stron, gdyż schematyczne podejście nie jest odpowiednie.⁵⁶² W drugiej sytuacji (umowy mieszane *sensu stricto*) badać należy prawny lub gospodarczy punkt ciężkości umowy (niem. *rechtlicher oder wirtschaftlicher Schwerpunkt*) i na tej podstawie zasadniczo kwalifikować umowę do jednego typu umownego.⁵⁶³ Natomiast gdy umowa jest nietypowa, a więc nie stanowi połączenia żadnych umów typowych ani tym bardziej nie odpowiada tylko jednemu typowi ustawowemu (np. umowa gwarancji), co do zasady nie stosuje się do niej przepisów części szczególnej BGB, a jedynie przepisy części ogólnej oraz części ogólnej prawa zobowiązań.⁵⁶⁴ W najnowszej doktrynie niemieckiej zauważalna jest jednak krytyka zarówno metody absorpcji jak i metody kombinacji. Wskazuje się bowiem, że sztywne trzymanie się jednej z powyższych metod nie jest odpowiednie, ponieważ umowy mieszane są bardzo różnorodne.⁵⁶⁵ W związku z tym każdą umowę należy dokładnie badać *in casu*, a w razie wątpliwości sądowa ocena powinna opierać się na szczególnych okolicznościach danej sprawy, interesach stron oraz znaczeniu i celu umowy.⁵⁶⁶

W kontekście przedmiotu niniejszej rozprawy warto podkreślić w tym miejscu, że w literaturze wskazuje się, iż umowy typu kombinowanego, przy kwestiach dotyczących umowy jako niepodzielnej całości, a więc np. formy umowy, jej ważności czy też jej

⁵⁶¹ Por. np. *op. cit.* T. Zerres, *Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil...*, s. 218-219; S. Greiner, *Schuldrecht Besonderer Teil. Vertragliche Schuldverhältnisse*, Berlin-Heidelberg 2011, s. 243-245.

⁵⁶² *Op. cit.* S. Greiner, *Schuldrecht Besonderer Teil...*, s. 244.

⁵⁶³ *Op. cit.* S. Greiner, *Schuldrecht Besonderer Teil...*, s. 245.

⁵⁶⁴ *Op. cit.* T. Zerres, *Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil...*, s. 219.

⁵⁶⁵ Ch. Rolfs, Ch. Möller, *Anmerkung zu LG Berlin, Urt. v. 3.5.2016 – 5 S 9/15 (AG Schöneberg)*, *Medizinrecht* 1/2017, s. 63.

⁵⁶⁶ *Op. cit.* Ch. Rolfs, Ch. Möller, *Anmerkung zu LG Berlin...*, s. 63.

rozwiązania, powinny być oceniane biorąc pod uwagę przepisy tego typu umownego, którego cechy w danym stosunku przeważają, natomiast niewykonanie lub nienależyte wykonanie poszczególnych elementów kontraktu powinno podlegać przepisom tych umów nazwanych, które będą dla nich najbardziej właściwe.⁵⁶⁷

Judykatura często wskazuje, że przy umowach mieszanych co do zasady każde świadczenie powinno podlegać odpowiednim przepisom umowy danego typu.⁵⁶⁸ Każdą umowę trzeba jednak traktować odmiennie, biorąc pod uwagę wszystkie jej postanowienia, a ostateczną ocenę należy opierać na celu kontraktu, interesach jego stron (rozkładzie interesów stron) oraz okolicznościach danej sprawy.⁵⁶⁹ Orzecznictwo zdecydowanie nie jest jednolite i w niektórych sprawach sądy opowiadają się za metodą absorpcji.⁵⁷⁰

Z punktu widzenia niniejszej pracy istotne spostrzeżenia wyrażono także w obszernym opracowaniu eksperckim dotyczącym między innymi stosowania prawa do umów z zakresu projektowania, budowy, obsługi i utrzymania infrastruktury w koncepcie partnerstwa publiczno-prywatnego.⁵⁷¹ W ramach podstawowego modelu PPP nazwanego *Erwerbermodell* wskazano, że umowa składająca się z kilku faz (planowanie, budowa, obsługa, finansowanie, przeniesienie własności) może zostać tak ukształtowana, że świadczenie wykonawcy będzie jednolitym (jednorodnym) świadczeniem złożonym (niem. *einheitliche Gesamtleistung*), któremu przeciwstawiony zostanie jeden reżim

⁵⁶⁷ *Op. cit.* H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, s. 900; *op. cit.* J. Plate, *Das gesamte examensrelevante...*, s. 960.

⁵⁶⁸ Por. np. wyrok BGH z dnia 13 września 2007 r., sygn. akt I ZR 207/04, BGHZ 173, 344.

⁵⁶⁹ *Op. cit.* wyrok BGH z dnia 13 września 2007 r., sygn. akt I ZR 207/04.

⁵⁷⁰ Por. np. wyrok BGH z dnia 29 października 1980 r., sygn. akt VIII ZR 326/79, NJW 1981, 341, gdzie w ramach oceny umowy o możliwość przebywania w domu spokojnej starości (niem. *Altenheimvertrag*) stwierdzono, że przeważają w niej szeroko pojęte elementy usługowe i opiekuńcze, a nie najem, w związku z czym do umowy tej zasadniczo nie należy stosować przepisów o najmie (w tym konkretnym wypadku dla pensjonariusza oznaczało to brak ochrony przewidywanej przez prawo dla najemcy w przypadku podwyższania wysokości czynszu (tutaj wynagrodzenia) i tylko tej kwestii prawnej dotyczył spór). Za przeważaniem w tym stosunku prawnym umowy najmu, co według Sądu oznaczało możliwość jej wypowiedzenia na podstawie przepisów umowy najmu – wyrok BGH z dnia 21 lutego 1979 r., sygn. akt VIII ZR 88/78, NJW 1979, 1288.

⁵⁷¹ PricewaterhouseCoopers, Freshfields Bruckhaus Deringer, BVD, Bauhaus-Universität Weimar, Creative Concept, *PPP im öffentlichen Hochbau*, 2003, https://www.bbbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualitaet/WU-PPP/2_3_gutachten_studien.html?nn=396942 [dostęp 06.11.2019].

wynagrodzenia (np. comiesięcznego) oraz wypowiedzenia umowy, a wskazywać na to może opis celu świadczenia koncentrujący się na finalnym rezultacie w postaci „ciągłego dostarczania funkcjonującej nieruchomości przez określony czas, zwieńczonego przeniesieniem własności”.⁵⁷² Powyższe (włączenie zawartości poszczególnych pakietów świadczeń do jednolitego świadczenia złożonego jako jego części składowych) oznaczało będzie jednak konsekwentnie przede wszystkim brak odbioru prac budowlanych i związanego z tym przejścia niebezpieczeństwa przypadkowego uszkodzenia lub utraty wykonanych robót budowlanych na zamawiającego oraz brak możliwości odrębnego kształtowania zasad wynagradzania wykonawcy w ramach poszczególnych faz realizacji umowy, uznawanych za pakiety świadczeń (niem. *Leistungspakete*). Alternatywnie umowa może być wyraźnie podzielona na poszczególne świadczenia, co dawałoby możliwość np. zrezygowania z (wypowiedzenia) poszczególnych świadczeń należnych zamawiającemu w ramach obsługi (utrzymania) zasobu, czy też kształtowania odmiennych zasad wynagradzania w ramach poszczególnych faz umowy.⁵⁷³

Jeżeli umowa oddziela od siebie poszczególne świadczenia/pakiety świadczeń, co jest raczej sytuacją wyjściową i najczęściej stosowaną, to powinno kwalifikować się ją jako umowę mieszaną typu kombinowanego, ponieważ przedmiot umowy obejmuje bardzo wiele różnych, możliwych od odgraniczenia od siebie elementów świadczeń, które samodzielnie mogłyby podlegać różnym reżimom prawnym, jednakże zostały przez strony przewidziane jako pewna całość (tak jest w analizowanych umowach wskaźnikowych). Zauważono zarazem, że wówczas każdy element świadczenia powinien być podporządkowany temu typowi umownemu, do którego najbardziej pasuje, a jeżeli

⁵⁷² W oryginale: „(...) auf den finalen Erfolg „Bereitstellung einer betriebenen Immobilie für eine bestimmte Dauer und anschließende Eigentumsübertragung“.

⁵⁷³ Por. PricewaterhouseCoopers, Freshfields Bruckhaus Deringer, BVD, Bauhaus-Universität Weimar, Creative Concept, *PPP im öffentlichen Hochbau. Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen, Teilband 1*, 2003, s. 115-116, https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualitaet/WU-PPP/Downloads/DL_gutachten_ppp_hochbau_band2_teil1.pdf?__blob=publicationFile&v=3 [dostęp 06.11.2019].

przyporządkowanie jest problematyczne, do tego typu umownego za którym przemawia prawny i gospodarczy punkt ciężkości świadczenia.⁵⁷⁴ Alternatywnie, gdy świadczenie wykonawcy jest wyraźnie ukształtowane jako jednolite (jednorodne) świadczenie złożone, to mamy do czynienia z umową mieszaną *sensu stricto*, gdyż jedno i to samo świadczenie wykazuje cechy różnych umów typowych. Wówczas, w myśl teorii absorpcji powinno się całą umowę zakwalifikować do jednego typu umownego, chociaż możliwe jest również dobrze pewne relatywizowanie i łagodzenie tego podejścia poprzez incydentalne stosowanie teorii kombinacji. W tej sytuacji umowa może być na tyle nietypowa, że powinno się ją określić jako „umowę *sui generis*”.⁵⁷⁵

Konkludując, w przywołanej opinii wskazano, że tak faza planowania jak i budowy powinna być co do zasady oceniana przez pryzmat przepisów umowy o dzieło (wówczas BGB nie przewidywał jeszcze umowy o roboty budowlane); natomiast faza obsługi: umowy sprzedaży (w ramach przekazania budowli do korzystania przez zamawiającego) oraz umowy o dzieło albo umowy o świadczenie usług (w ramach czynności utrzymaniowych); faza finansowania: umowy sprzedaży lub umowy o dzieło albo umowy o świadczenie usług, choć niewykluczone jest także alternatywne stosowanie przepisów dotyczących umowy pożyczki, o ile strony tak wyraźnie postanowią; a do fazy przeniesienia własności na koniec obowiązywania kontraktu: ponownie przepisy dotyczące umowy sprzedaży. W ramach czynności utrzymaniowych stosowanie przepisów umowy o dzieło albo umowy o świadczenie usług powinno być zależne od tego, czy w ramach danego świadczenia wykonawca powinien osiągnąć konkretny rezultat. W tej mierze wskazano, że przepisy umowy o dzieło powinny znaleźć zastosowanie np. gdy dochodzi do napraw/remontów

⁵⁷⁴ *Op. cit.* PricewaterhouseCoopers, Freshfields Bruckhaus Deringer, BVD, Bauhaus-Universität Weimar, Creative Concept, *PPP im öffentlichen Hochbau. Band II...*, s. 117.

⁵⁷⁵ *Op. cit.* PricewaterhouseCoopers, Freshfields Bruckhaus Deringer, BVD, Bauhaus-Universität Weimar, Creative Concept, *PPP im öffentlichen Hochbau. Band II...*, s. 118.

(niem. *Instandsetzung*) podczas gdy np. czyszczenie (niem. *Reinigung/Pflege*) co do zasady powinno być kwalifikowane jako świadczenie usług.⁵⁷⁶

Podsumowując należy zauważyć, że „sztywne” i rozłączne stosowanie metody absorpcji albo metody kombinacji nie jest uzasadnione, a każdą sytuację faktyczną należy oceniać *in casu*, pod uwagę biorąc przede wszystkim cel umowy, co w konsekwencji doprowadzić może do rozwiązań kombinowanych (pośrednich).⁵⁷⁷

4. Szwajcaria

W doktrynie szwajcarskiej kwestionuje się słuszność stosowania metody absorpcji⁵⁷⁸, w związku z powyższym większość przedstawicieli nauki opowiada się za wyższością metod kombinowanych⁵⁷⁹.⁵⁸⁰ Zauważa się jednak, że jej zastosowanie prowadzi do znacznego wyzwania – nie wiadomo bowiem wówczas, jakie przepisy należy stosować do zakończenia (np. wypowiedzenia) umowy jako całości, w związku z czym istotne jest ostateczne opowiedzenie się po stronie najodpowiedniejszej dla danej sytuacji umowy nazwanej.⁵⁸¹ W przypadkach granicznych judykatura przyjmuje obowiązywanie art. 404 prawa obligacyjnego pozwalającego na każdoczesne wypowiedzenie umowy, co spotyka się jednak z wyraźną krytyką.⁵⁸² W doktrynie zauważa się bowiem, że do umowy o świadczenie usług *sui generis* nie należy stosować art. 404 prawa obligacyjnego, pozwalającego na każdoczesne wypowiedzenie umowy, jednak zdecydowanie problematyczne jest dokonanie

⁵⁷⁶ *Op. cit.* PricewaterhouseCoopers, Freshfields Bruckhaus Deringer, BVD, Bauhaus-Universität Weimar, Creative Concept, *PPP im öffentlichen Hochbau. Band II...*, s. 118-121.

⁵⁷⁷ *Op. cit.* H. Oetker, F. Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, s. 899.

⁵⁷⁸ *Op. cit.* R. Bühler, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] J. K. Kostkiewicz (red.), S. Wolf (red.), M. Amstutz (red.), R. Fankhauser (red.), *OR Kommentar*, s. 1092.

⁵⁷⁹ *Op. cit.* R. H. Weber, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2479; *op. cit.* J.-M. Schaller, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1431.

⁵⁸⁰ Na marginesie warto odnotować, że w Szwajcarii niekiedy formułuje się także nietypowe metody stosowania prawa do umów mieszanych, w szczególności warto zwrócić uwagę na tzw. metodę kreatywną (niem. *Kreationstheorie*), polegającą na możliwości kreowania prawa przez samego sędziego, por. *op. cit.* M. Stoffelss, *Gesetzlich nicht geregelte...*, s. 153 w przypisie i literatura krytykującą przedmiotowe podejście.

⁵⁸¹ *Op. cit.* J.-M. Schaller, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1431, Autor zauważa zarazem, że według orzecznictwa w razie wątpliwości należy stosować przepisy umowy zlecenia, co jest jednak krytykowane.

⁵⁸² *Op. cit.* J.-M. Schaller, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1431.

w tej kwestii stosowanego rozgraniczenia.⁵⁸³ Wskazuje się więc ostatecznie, że stosowanie ww. przepisu do nietypowych umów z zakresu świadczenia usług powinno mieć miejsce wyłącznie, gdy w danej umowie przeważa element zaufania.⁵⁸⁴

Przy sądowej ocenie umów mieszanych widoczna jest jednak dwutorowość rozstrzygnięć prawnych – na korzyść metody absorpcji, bądź na korzyść metod kombinowanych (lub też analogii).⁵⁸⁵ W nowszym orzecznictwie z zakresu umów o świadczenie usług zdaje się jednak dominować metoda kombinacji, pozwalająca na rozbijanie skutków prawnych ocenianych kontraktów i odwoływanie się do przepisów różnych umów nazwanych.⁵⁸⁶

Przy rozważaniach na temat umów o zarządzanie nieruchomościami (niem. *Facility-Management-Vertrag*), w tym infrastrukturą (niem. *infrastrukturelle Facility Management*), oraz długoterminowych umów o serwisowanie/utrzymanie i konserwację rzeczy (niem. *Wartungsvertrag*), wskazuje się w Szwajcarii, że umowy takie nie mają w prawie obligacyjnym swojego nazwanego odpowiednika, w związku z czym najodpowiedniejszym wyjściem jest analogiczne stosowanie do wszelkich występujących przy ich realizacji świadczeń (np. pojedynczej naprawy rzeczy) najbardziej pasujących do nich przepisów (w tym wypadku przepisów umowy o dzieło), kierując się bazowo co do zasady w stronę umowy o dzieło, a nie umowy zlecenia.⁵⁸⁷ Zauważa się zarazem, że z powodu ciągłego charakteru takich umów, stosowanie przepisów umowy o dzieło do tych kontraktów jako

⁵⁸³ *Op. cit.* R. Bühler, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] J. K. Kostkiewicz (red.), S. Wolf (red.), M. Amstutz (red.), R. Fankhauser (red.), *OR Kommentar*, s. 1092.

⁵⁸⁴ *Op. cit.* C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 964.

⁵⁸⁵ *Op. cit.* R. Bühler, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] J. K. Kostkiewicz (red.), S. Wolf (red.), M. Amstutz (red.), R. Fankhauser (red.), *OR Kommentar*, s. 1092-1093.

⁵⁸⁶ *Op. cit.* R. H. Weber, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), N. P. Vogt (red.), W. Wiegand (red.), *Basler Kommentar...*, s. 2479; *op. cit.* J.-M. Schaller, *Komentarz do art. 394 OR*, [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar OR*, s. 1431.

⁵⁸⁷ M. Streiff, *Facility Management: Organisation und Ausführung in der Branche*, 2017, <https://www.weka.ch/themen/bau-immobilien/immobilienverwaltung/verwaltungsorganisation-und-gebaeudeunterhalt/article/facility-management-organisation-und-ausfuehrung-in-der-branche/> [dostęp 23.08.2019].

całości jest utrudnione, gdyż regulacje te nie zostały przewidziane dla zobowiązań o charakterze ciągłym.⁵⁸⁸

Pomimo niedopasowania przepisów umowy o dzieło do zobowiązań o charakterze ciągłym proponuje się jednak, aby do umów zbliżonych w swoich cechach (właściwościach) do umowy o dzieło, stosować przepisy tej właśnie umowy *per analogiam*, a przyjmowanie występowania umowy zlecenia jedynie z tego powodu, że nie występuje „dzieło” w rozumieniu art. 363 prawa obligacyjnego, jest nieuzasadnione.⁵⁸⁹

5. DCFR

W DCFR znalazł się przepis regulujący stosowanie prawa do umów mieszanych – art. II.–1:107. Umowa mieszana według tego artykułu to kontrakt zawierający dwa lub więcej elementy umów nazwanych albo element umowy nazwanej i nienazwanej. Do takiej umowy w pierwszej kolejności zastosowanie znaleźć powinna metoda kombinacji (nie jest jednak tak nazywana przez DCFR), ponieważ, o ile nie jest to sprzeczne z naturą i celem umowy, do każdego elementu umowy należy odpowiednio stosować przepisy ten element bazowo regulujące (art. II.–1:107 ust. 2 DCFR). Takie podejście ma logiczne uzasadnienie: skoro strony zawarły w jednej złożonej umowie elementy kilku typów umów, ich sytuacja prawna nie powinna być inna, niż gdyby zawarły w miejsce tej jednej kompleksowej umowy kilka oddzielnych umów.⁵⁹⁰ DCFR przewiduje jednak dwa wyjątki od powyższej reguły wyjściowej: gdy występuje norma prawna nakazująca stosować do danej umowy mieszanej głównie przepisy konkretnej umowy nazwanej albo gdy część kontraktu jest tak dominująca, że niezakwalifikowanie umowy do wyłącznie jednej kategorii byłoby nieuzasadnione (metoda absorpcji) - art. II.–1:107 ust. 3 lit. a) i b) DCFR. Gdy mówimy o powyższych

⁵⁸⁸ *Op. cit.* M. Streiff, *Facility Management...*

⁵⁸⁹ *Op. cit.* C. Huguenin, *Obligationenrecht...*, s. 930-931 (umowa o „dzieło ciągłe” (niem. *Dauerwerkvertrag*) jako umowa nienazwana).

⁵⁹⁰ *Op. cit.* Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Komentarz do art. II–1:107 DCFR [w:] Principles, Definitions and Model Rules...*, s. 199-200.

wyjątkach DCFR bezpośrednio wskazuje, że nawet wówczas nie jest wykluczone odpowiednie stosowanie do elementów niekompatybilnych przepisów innych umów nazwanych, o ile jest to niezbędne do uregulowania tych elementów oraz nie stoi w sprzeczności z normami przewidzianymi dla głównego typu umownego (art. II.–1:107 ust. 4 DCFR). Przepisy ww. artykułu nie mogą jednak prowadzić do uniemożliwienia zastosowania regulacji mających charakter *ius cogens* (art. II.–1:107 ust. 5 DCFR). Powyższe reguły wydają się być zdecydowanie rozsądne, nie stanowią jednak panaceum na każdą umowę mieszaną, gdyż charakter prawny takich umów może być niezwykle różnorodny (np. umowa leasingu to nie tylko proste połączenie umowy najmu oraz umowy sprzedaży).

III. Stanowisko prawa polskiego

1. Spory doktrynalne

W polskiej doktrynie formułuje się różne koncepcje dotyczące stosowania ww. metod. W pierwszej kolejności odnotować warto, że metodę analogii stosowano jeszcze przed uchwaleniem aktualnego k.c., i na gruncie cywilnym wydawało się to jak najbardziej uzasadnione.⁵⁹¹ Wykładnia przepisów *per argumentum a rubrica* była bowiem uważana za zawodną, gdyż zgrupowanie przepisów w danych jednostkach redakcyjnych nie powinno mieć przeważającego znaczenia przy ich interpretacji.⁵⁹² Skutki nienazwanych umów mieszanych można natomiast określać jedynie poprzez umiejętne powiązanie oraz zestawienie ze sobą norm prawnych wynikających z pewnych przepisów dotyczących danych umów typowych, z normami prawnymi wynikającymi z przepisów ogólnych.⁵⁹³

⁵⁹¹ W nauce postulowano wręcz rozszerzenie części ogólnej zobowiązań kosztem części szczególnej, co zwiększyłoby konieczność korzystania przez sądy z analogii, jednakże tak komitet lwowski Komisji Kodyfikacyjnej, jak i spółreferenci projektu k.z. stwierdzili, że nadmierne uogólnianie stosunków kontraktowych mogłoby być niebezpieczne, por. *op. cit.* L. Domański, *System Kodeksu Zobowiązań*, s. 13-14; *tenże*, *Institucje Kodeksu Zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część szczególna, Zeszyt I*, Warszawa 1938, przedmowa.

⁵⁹² *Op. cit.* L. Domański, *System Kodeksu Zobowiązań*, s. 16.

⁵⁹³ Por. *op. cit.* L. Domański, *Institucje Kodeksu Zobowiązań...*, przedmowa.

Powyższe zdanie celnie oddaje problematykę związaną ze stosowaniem prawa w ramach przeprowadzania oceny nienazwanych umów mieszanych. Na gruncie k.z. także F. Zoll wskazywał, że stosowanie analogii z przepisów umowy o dzieło do umów do dzieła zbliżonych takich jak np. przewóz (art. 613 k.h.), ekspedycja (art. 598 k.h.) czy pośrednictwo (art. 517 k.z.), co do kwestii w tych umowach nieuregulowanych powinno być dozwolone.⁵⁹⁴

Już na gruncie obowiązującego k.c. również B. Gawlik zdecydowanie stwierdził, że jedynym właściwym rozwiązaniem jest stosowanie właśnie metody analogii, i to w każdej sytuacji, a pozostałe dwie metody powinny zostać odrzucone.⁵⁹⁵ Zauważył w związku z tym, że wszelkie umowy nienazwane, tak „czyste” jak i o charakterze mieszanym, powinny być oceniane przy użyciu tej samej metodologii. Takie samo podejście prezentuje także współcześnie J. Ignaczewski⁵⁹⁶ oraz W. Kurowski⁵⁹⁷. Również Z. Radwański i J. Panowicz-Lipska wyraźnie stwierdzają, że stosowanie metody absorpcji i kombinacji (wynikające z krytykowanego przez tych Autorów podziału umów na nazwane, nienazwane i mieszane) powoduje rozbitcie jedności funkcjonalnej i prawnej zobowiązania umownego, w związku z czym opowiadają się za wyłącznym stosowaniem metody analogii, akcentując jednak konieczność całościowego podejścia do postanowień kontraktu.⁵⁹⁸ Z. Radwański szczegółowo wyjaśnił, dlaczego teoria kombinacji oraz absorpcji nie zasługują na uwzględnienie,⁵⁹⁹ wskazał jednak zarazem, że gdy cechy danego kontraktu zdecydowanie przeważają, uzasadnione może być posłużenie się metodą absorpcji⁶⁰⁰.

Z drugiej jednak strony M. Romanowski wskazuje, że do umów nienazwanych zasadniczo nie powinno się stosować żadnych przepisów dotyczących umów nazwanych, gdyż wówczas w sposób nieuprawniony umowy nienazwane będą „ciągnięte” przez sąd

⁵⁹⁴ *Op. cit.* F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie...*, s. 400.

⁵⁹⁵ *Op. cit.* B. Gawlik, *Umowy mieszane...*, s. 32.

⁵⁹⁶ *Op. cit.* J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, s. 6-8.

⁵⁹⁷ *Op. cit.* W. Kurowski, *Faktoring jako kompleks umów*, s. 157.

⁵⁹⁸ *Op. cit.* Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, s. 10; *op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 241.

⁵⁹⁹ *Op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 238-241.

⁶⁰⁰ I w konsekwencji zakwalifikowanie danej umowy jako umowy nazwanej, por. *op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 241-242.

w kierunku umów nazwanych, co według tego Autora co do zasady jest nieuzasadnione, a sięganie w drodze analogii do regulacji umów nazwanych nie może być regułą, a co najwyżej środkiem nadzwyczajnym.⁶⁰¹ Podobny postulat na gruncie oceny prawej nienazwanych umów mieszanych, przywołując umowę leasingu oraz franchisingu, które nie są wyłącznie prostym połączeniem umów typowych, zaprezentował M. Safjan.⁶⁰² W literaturze wskazano także, że analogiczne stosowanie przepisów dotyczących poszczególnych umów nazwanych, do kontraktów mieszanych zawierających ich elementy, jest kwestią nietransparentną i sporną.⁶⁰³ K. Kruczałak zauważa, że w takiej sytuacji nie występuje żadna luka w prawie, a jedynie luka w prawie uzasadnia stosowanie analogii.⁶⁰⁴

W. Czachórski z kolei twierdzi, że gdy główny rodzaj zobowiązania jest dominujący, a wyłącznie świadczenia uboczne posiadają odmienną naturę (charakter), do umowy takiej należy stosować przepisy właściwe dla umowy nazwanej głównego typu. Natomiast gdy w ramach danego węzła prawnego występuje równorzędne połączenie elementów różnych rodzajów zobowiązań, do każdego ze świadczeń powinno się stosować właściwe dla niego przepisy.⁶⁰⁵ Autor ten popiera więc alternatywne wykorzystywanie zarówno metody absorpcji jak i kombinacji, co zależało będzie zawsze od konkretnej sytuacji *in casu*.⁶⁰⁶

M. Kaliński wskazuje natomiast, że gdy w nienazwanej umowie mieszanej zdecydowanie przeważają elementy konkretnej umowy nazwanej, to do takiego kontraktu należy zastosować metodę absorpcji, i w konsekwencji całą umowę uznać za daną umowę nazwaną (a nie nienazwaną).⁶⁰⁷ Przy ocenie nienazwanych umów mieszanych zawierających elementy umowy o świadczenie usług oraz innych umów P. Drapała podobnie zauważa,

⁶⁰¹ M. Romanowski [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 629-640.

⁶⁰² *Op. cit.* M. Safjan, *Umowy związane z obrotem...*, s. 4, wskazując na „ostrożną analogię” możliwą do zastosowania do poszczególnych elementów umowy mieszanej.

⁶⁰³ *Op. cit.* K. Kruczałak, *Umowy w obrocie handlowym...*, s. 34.

⁶⁰⁴ *Op. cit.* K. Kruczałak, *Umowy w obrocie handlowym...*, s. 34.

⁶⁰⁵ *Op. cit.* W. Czachórski, *Zobowiązania...*, [aktualizacja] A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, s. 135.

⁶⁰⁶ Podobnie M. Pannert, [w:] T. Mróz (red.), U. Drozdowska, P. Konik, M. Pannert, *Zobowiązania*, s. 90.

⁶⁰⁷ M. Kaliński [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, W. J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, s. 30.

że ocena prawna takich kontraktów może opierać się na ustaleniu, jaki jest podstawowy cel umowy i który element w zobowiązaniu jest dominujący, co pozwala następnie na zastosowanie metody absorpcyjnej.⁶⁰⁸

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że w ramach umów rezultatu (starannego działania i rezultatu) P. Machnikowski ogólnie zauważa, że gdy stosunek umowny przewiduje obowiązek osiągnięcia konkretnego efektu, którego realizacja jest jednak obciążona niepewnością, mamy do czynienia z umową nienazwaną, aczkolwiek nawet wówczas w pierwszej kolejności powinno się rozważyć stosowanie do niej *per analogiam* przepisów umowy o dzieło.⁶⁰⁹

W doktrynie zaprezentowano także podobną opinię, w myśl której do umów nienazwanych przewidujących osiągnięcie konkretnego efektu należy odpowiednio stosować przepisy o dziele.⁶¹⁰

M. Nesterowicz przedstawia również zbliżony, aczkolwiek dalej idący, pogląd, zgodnie z którym do wszelkich umów rezultatu nieuregulowanych odrębnie powinno stosować się wprost przepisy umowy o dzieło.⁶¹¹ Takie podejście wydaje się być jednak zbyt daleko idące, gdyż może spychać specyfikę danych umów rezultatu na ubocze.

Szczególnego podkreślenia na gruncie prawa umów wymaga zarazem rola i zakres art. 56 k.c. Zgodnie z klauzulami generalnymi zawartymi w tym przepisie, skutki prawne kontraktów powinno się ustalać „(...) przy maksymalnym uwzględnieniu dokonanej przez same strony regulacji”, co zarazem uzasadnia szerokie stosowanie analogii z prawa.⁶¹²

Na koniec odnotować należy, że *de lege ferenda* postuluje się wprowadzenie, w ramach przepisów k.c. regulujących świadczenie usług, „(...) uzupełniającej kategorii

⁶⁰⁸ P. Drapała, *Komentarz do art. 750 KC*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, wyd. 2, 2017, nb. 3, zauważając zarazem, że zastosowanie tej metody nie oznacza bezwzględnego stosowania wszystkich przepisów dotyczących elementu dominującego w danym stosunku zobowiązaniowym, gdyż powinno się dopuszczać pewien margines dla ocen dostosowanych do ubocznych elementów kontraktowych.

⁶⁰⁹ *Op. cit.* P. Machnikowski, *Komentarz do art. 750 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, I.2.

⁶¹⁰ *Op. cit.* J. Mojak, J. Widło, *Polskie prawo kontraktowe...*, s. 200.

⁶¹¹ M. Nesterowicz przywoływany w *op. cit.* L. Ogiegło, *Usługi jako przedmiot...*, s. 199 w przypisie.

⁶¹² Powinno się jednak korzystać z tej możliwości ostrożnie, por. *op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 225.

współkształtującej treść zobowiązania wykonawcy, to jest obowiązku starannego działania oraz obowiązku osiągnięcia określonego rezultatu”, odrzucając podział przyjęty z doktryny francuskiej, i przyjmując swoiste założenie, w myśl którego wszystkie usługi powinny być wykonywane z należyłą starannością, a w przypadku pewnych usług wymagane powinno być ponadto osiągnięcie określonego rezultatu.⁶¹³ Podobną opinię w doktrynie zaprezentował już L. Ogiegło.⁶¹⁴ Powyższe nie jest jednak poglądem przełomowym. Jeżeli bowiem przyjmujemy, że umowa o dzieło jest umową o rezultat usługi (umową o staranne wykonanie i rezultat usługi), a umowa o świadczenie usług z art. 750 k.c. umową o staranne wykonywanie usługi bez konieczności osiągnięcia rezultatu (umową wyłącznie starannego działania), to zasadniczo wszelkie umowy o świadczenie usług można przyporządkować albo do jednej albo do drugiej grupy, w zależności od treści danej umowy, zgodnego zamiaru stron oraz celu kontraktu. Umowy o świadczenie usług mogą bowiem albo opierać się na należytej staranności albo tak na należytej staranności jak i konieczności osiągnięcia konkretnego rezultatu.

2. Stanowisko orzecznictwa

Również w polskiej judykaturze występuje brak jednolitości poglądów, co do stosowania prawa w przypadku, gdy strony łączy skomplikowany stosunek prawny wynikający z nienazwanej umowy mieszanej – część orzecznictwa kieruje się w stronę metody absorpcji⁶¹⁵, natomiast część w stronę metody kombinacji lub analogii⁶¹⁶. Sądy nie

⁶¹³ *Op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 570.

⁶¹⁴ Por. L. Ogiegło, *Usługi jako przedmiot...*, s. 220.

⁶¹⁵ Przykładowe orzecznictwo opowiadające się za metodą absorpcji: wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. akt IV CSK 319/09, Legalis numer 336518 - wyrok ten jest istotny z punktu widzenia niniejszej analizy, ponieważ umowa nie dotyczyła tradycyjnej, a więc jednorazowej, sprzedaży, a swoistej „sprzedaży ciągłej” piasku. Sąd nie stwierdził jednak, że z uwagi na ciągłość sprzedaży nie mamy już do czynienia ze sprzedażą. Por. także wyrok SN z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn. akt IV CSK 201/11, Legalis numer 480486; wyrok SA w Warszawie z dnia 07 lutego 2014 r., sygn. akt III AUa 957/11, Legalis numer 1024253; *op. cit.* wyrok SO we Włocławku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14, gdzie Sąd zastosował „zliberalizowaną” metodę absorpcji, pozwalając na zastosowanie, oprócz bazowych przepisów umowy sprzedaży (pomimo faktu, że sprawa dotyczyła swoistej „sprzedaży ciągłej” gazu), pewnej części przepisów umowy o dzieło.

⁶¹⁶ Por. np. uchwała SN z dnia 25 lutego 1986 r., sygn. akt III CZP 2/86, Legalis numer 25173; wyrok SN z dnia 03 listopada 2000 r., sygn. akt IV CKN 152/00, Legalis numer 48924; *op. cit.* wyrok SN z dnia 09 lipca 2003 r., sygn. akt IV CKN 305/01; wyrok SN z dnia 25 listopada 2004 r., sygn. akt V CK 235/04, Legalis numer 68429; *op. cit.* wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt I CSK 383/15.

przyjęły więc wyłącznie jednej metody jako „jedynej odpowiedniej”. Aprioryczne wskazanie, która metoda jest najbardziej odpowiednia nie jest bowiem możliwe, a każdą sprawę trzeba oceniać indywidualnie.⁶¹⁷

Kwalifikacja prawna każdej umowy zawsze powinna podlegać regułom wykładni określonym w art. 65 § 2 k.c. - decydująca jest bowiem rzeczywista istota kontraktu determinowana jego treścią, zgodnym zamiarem stron i celem umowy, a nie np. jego nazwa, która niejednokrotnie może nie oddawać natury (właściwości) łączącego strony stosunku prawnego.⁶¹⁸ Wyekspozowanie charakteru umowy poprzez np. bezpośrednie określenie jej mianem umowy o dzieło, nie wpływa samodzielnie na kwalifikację prawną kontraktu, którą na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych samodzielnie określa sąd.⁶¹⁹

Treść umowy determinować będzie więc w konsekwencji również i samą metodę, jaka może i powinna być w odniesieniu do niej zastosowana. Na decyzję o zastosowaniu danej metody powinien przede wszystkim mieć wpływ **układ interesów stron** w zawartym węźle zobowiązaniowym, z uwzględnieniem **zgodnego zamiaru tych podmiotów i celu powołania do życia danego stosunku obligacyjnego.**⁶²⁰

IV. Zajęcie stanowiska w kwestii stosowania prawa

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że analizowana umowa wskaźnikowa kreuje zobowiązanie o charakterze ciągłym, w ramach którego wykonawca jest zobligowany do kompleksowego utrzymywania infrastruktury drogowej w określonym standardzie (na określonym poziomie). Zamawiającemu należy się więc konkretny rezultat, na który

⁶¹⁷ Por. *op. cit.* W. Kurowski, *Factoring jako kompleks umów*, s. 157.

⁶¹⁸ *Op. cit.* wyrok SN z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt III CSK 216/12.

⁶¹⁹ *Op. cit.* wyrok SN z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt III CSK 216/12, a także wyroki SN z dnia 28 kwietnia 2004 r., sygn. akt V CK 379/03, Legalis numer 62939 i z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt I CSK 703/09, Legalis numer 386458. W razie wątpliwości przy kwalifikacji prawnej umowy do danego typu nazwa umowy nabiera jednak pewnego znaczenia, ponieważ stanowi wyraz woli stron, por. *op. cit.* wyrok SA w Szczecinie z dnia 04 lutego 2014 r., sygn. akt III AUa 596/13.

⁶²⁰ *Op. cit.* wyrok SO we Włocławku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14. Jednak nie sam zamiar stron, a faktyczne warunki w jakich czynności są wykonywane, powinny być rozstrzygające, por. *op. cit.* wyrok SA w Szczecinie z dnia 18 października 2012 r., sygn. akt III AUa 657/12.

składa się bardzo wiele poszczególnych efektów punktowych/częściowych. Zakres obowiązków wykonawcy wyznaczony jest zarazem w pewnej mierze ramowo (szczególnie w ramach utrzymania strukturalnego), gdyż w dniu zawarcia umowy zasadniczo nie jest pewne, co i kiedy będzie trzeba świadczyć (oprócz pewnych czynności, które mają z góry ustalone terminy). Wiele zależy bowiem od niezależnych od wykonawcy zjawisk pogodowych, działań osób trzecich oraz stanu infrastruktury drogowej. Jakość usługi jest jednak dokładnie sparametryzowana, co dokonywane jest poprzez użycie wielu wskaźników, a ich niewypełnianie powoduje naliczanie „punktów karnych” skutkujących obniżeniem wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy. Mamy więc do czynienia z umową o niejednolity (niejednorodny) rezultat ciągły.

Wydawać by się mogło, że świadczenia (częściowe) wykonawcy objęte analizowaną umową są zasadniczo niezależne i równorzędne, w związku z czym do każdego z nich powinno stosować się przepisy właściwe z uwagi na charakter danego świadczenia (np. umowy o dzieło, umowy o roboty budowlane, umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c.). Podkreślenia wymaga jednak ściśle powiązane funkcjonalnie wszystkich świadczeń składających się na przedmiot umowy. Zgodny zamiar stron (zamawiającego) i cel umowy wskazuje, że w istocie chodzi o niejednolite (niejednorodne) świadczenie złożone o charakterze ciągłym (utrzymanie rutynowe), uzupełniane od czasu do czasu świadczeniami jednorazowymi (utrzymanie strukturalne). Zamawiający nabywa jednak nie poszczególne świadczenia jako takie, ale pewien efekt końcowy polegający na ciągłym zapewnianiu, że infrastruktura drogowa jest bezpieczna i przejezdna, a przez to dostępna dla jej użytkowników.

Analizowana umowa wskaźnikowa wykazuje więc cechy zbliżone do właściwości stosunku zobowiązaniowego u podstaw którego leży umowa o dzieło – zamawiającemu zależy bowiem na rezultacie usługi, a nie jedynie na staraniach w celu osiągnięcia tego efektu. Na swoiste „dzieło ciągłe”/„metadzieło” (rezultat ciągły) składają się poszczególne

rezultaty punktowe/częściowe, które same w sobie bardzo często można by zakwalifikować jako dzieła. Zarówno więc na poziomie ogólnym (umowy jako pewnej niepodzielnej całości) jak i szczegółowym (poziomie poszczególnych świadczeń częściowych) umowa wskaźnikowa przepełniona jest właściwościami i elementami umowy o dzieło, która to jest esencjonalnie umową o rezultat usługi. W analizowanym stosunku prawnym to właśnie rezultat usługi został niejako „wyciągnięty przed nawias”.

W związku z powyższym można by stwierdzić, że do analizowanego zobowiązania najlepiej pasuje **metoda absorpcyjna**, co w konsekwencji oznaczać powinno stosowanie, i to do całego stosunku prawnego kreowanego przez strony, przepisów umowy o dzieło. Nie należy bowiem rozdrabniać jednej sytuacji gospodarczej, jeżeli tylko dany stosunek można zakwalifikować jako jedną więź prawną.⁶²¹ Taki wybór znajduje oparcie także w sposobie myślenia nazywanym „brzytwą Ockhama”⁶²². Warto ponadto odnotować w tym miejscu, że A. Lutkiewicz-Rucińska zauważa, iż niepozbawiona sensu jest koncepcja, w myśl której w umowie o dzieło „kilka dzieł może składać się na jedno świadczenie przyjmującego zamówienie.” - gdyby wystąpiła niemożliwość wykonania jednego dzieła, to wówczas wprost można by zastosować art. 493 § 2 k.c. (częściowa niemożliwość świadczenia).⁶²³

⁶²¹ Por. E. Łętowska, *Glosa do uchwały 7 sędziów z 26 marca 1985 r., III CZP 71/84*, Nowe Prawo 2/1986, s. 112; A. Lutkiewicz-Rucińska, *Zagadnienie wielości świadczeń głównych w stosunku zobowiązaniowym – rozważania na przykładzie umowy o dzieło*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrżyńska (red.), D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 371.

⁶²² Por. *op. cit.* A. Lutkiewicz-Rucińska, *Zagadnienie wielości świadczeń...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrżyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 376.

⁶²³ *Op. cit.* A. Lutkiewicz-Rucińska, *Zagadnienie wielości świadczeń...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrżyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 375. Na marginesie odnotować należy, że powyższa konstatacja znajduje również oparcie w przepisach PZP. Tak uchylona jak i nowa ustawa przewidywała/uje, że w przypadku zamówienia opiewającego zarówno na usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia (art. 5c ust. 1 uchylonego PZP, odpowiednio art. 27 ust. 1 nowego PZP). Przy określaniu głównego przedmiotu zamówienia należy kierować się celem udzielenia zamówienia (J. Jarnicka, *Komentarz do art. 5c PZP*, [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, pkt II 3-4; J. Pieróg, *Komentarz do art. 5c PZP*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 2; M. Sieradzka, *Komentarz do art. 5c PZP*, [w:] M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, nb. 1), natomiast jedynie w pewnych wyjątkowych przypadkach brać pod uwagę wartość świadczeń (art. 5c ust. 2 uchylonego PZP, odpowiednio art. 27 ust. 2 nowego PZP). W związku z powyższym trzeba wskazać, że w ramach analizowanej umowy to usługi przeważają, gdyż przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy (tak art. 2 pkt 10 uchylonego PZP; wyłącznie technicznie odmiennie art. 7 pkt 28

Trzeba jednak dokładnie sprawdzić, czy aby na pewno metoda absorpcyjna daje rozsądne rezultaty. W pierwszej kolejności badanie należy przeprowadzić na poziomie ogólnym (umowy jako pewnej niepodzielnej całości), a następnie szczegółowym (poszczególnych jej elementów).

Na poziomie ogólnym metoda absorpcyjna szybko ujawnia pewne niedogodności – kodeksowe przepisy umowy o dzieło zostały bazowo stworzone pod jednorazową wymianę świadczeń, a nie zobowiązanie o charakterze ciągłym – k.c. akcentuje bowiem m.in. oddanie i odebranie dzieła. W konstrukcji tej: (1) brakuje więc przepisu dotyczącego wypowiedzenia tego stosunku umownego, a (2) wymagalność roszczenia o zapłatę zasadniczo uzależniona jest od oddania dzieła (art. 642 k.c.), co także (3) powoduje pewne problemy z liczeniem przedawnienia, gdyż wskazuje się, że roszczenia wynikające z tej umowy przedawniają się z upływem dwóch lat od dnia oddania dzieła albo dnia, w którym miało to nastąpić (art. 646 k.c.). Powyższe kwestie to główne mankamenty zastosowania metody absorpcji do analizowanej umowy wskaźnikowej jako całości.⁶²⁴

Ad 1. Moim zdaniem wypowiedzenie umowy o dzieło nie jest jednak niemożliwe, a jedynie nieprzewidziane przez przepisy k.c., które należy uznać za pewny „zrąb” tego typu umownego. Jeżeli więc umowa o dzieło zawarta na czas oznaczony przewiduje wypowiedzenie takiego stosunku prawnego, postanowienie takie (jak i sama umowa) powinno być w pełni ważne i skuteczne, co trafnie zauważył także Sąd Najwyższy⁶²⁵. Przypomnieć w tym miejscu należy, że według mnie umowa o rezultat ciągły, a więc zawarta na pewien czas, może być uznana za podtyp umowy o dzieło, a nie za odrębną umowę

nowego PZP - „które nie są robotami budowlanymi lub dostawami”), do udzielenia zamówienia należy więc stosować przepisy dotyczące zamawiania usług. Także PZP posługuje się metodologią absorpcyjną.

⁶²⁴ Natomiast pozostałe przepisy umowy o dzieło zasadniczo jedynie *prima facie* powodują większe problemy, gdyż np. obowiązek jednorazowego odebrania dzieła określony w art. 643 k.c. można rozumieć w takim przypadku jako szeroko pojęty obowiązek współpracy przy wykonywaniu umowy i nieutrudniania wykonawcy jej realizacji, a zarazem przepis ten traktować jako podstawę do konstruowania uprawnienia do bieżącego kontrolowania efektów wykonywania umowy. Ostateczny rezultat ciągły jako taki nie podlega bowiem odbiorowi, natomiast zdecydowanie podlega kontroli z punktu widzenia jego ewentualnej wadliwości (niezgodności z umową), czego dokonuje się na poziomie szczegółowym (poszczególnych świadczeń częściowych).

⁶²⁵ *Op. cit.* przełomowy wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., sygn. akt. IV CSK 178/06.

nienazwaną. Z kolei gdy postanowienia regulującego wypowiedzenie brak, a umowa została zawarta np. na okres 3 lat, to obowiązywała będzie ogólna zasada *pacta sunt servanda*, co ostatecznie co do zasady nie pozwoli na wypowiedzenie kontraktu. Sytuacja ta podobna jest więc do występującej przy umowie najmu zawartej na czas oznaczony, bez klauzuli pozwalającej na wypowiedzenie tej umowy. Jeżeli jednak umowa o rezultat usługi (staranne działanie i rezultat usługi) zostanie ukształtowana jako zobowiązanie o charakterze bezterminowym, wówczas wypowiedzenie umożliwi ogólny art. 365¹ k.c.

Ad 2. Zgodnie z art. 642 k.c. wymagalność roszczenia o zapłatę jedynie co do zasady uzależniona jest od oddania dzieła. Jak wskazuje bowiem § 1 ww. przepisu „W braku odmiennej umowy przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła.” Powyższe oznacza, że gdy umowa o rezultat usługi (staranne działanie i rezultat usługi) zostanie ukształtowana w formule zobowiązania o charakterze ciągłym (co można by zakwalifikować jako podtyp umowy o dzieło), możliwe będzie ustalenie zapłaty określonej kwoty np. w odstępach miesięcznych, co też ma miejsce w ramach analizowanej umowy wskaźnikowej (nie dotyczy to jednak utrzymania strukturalnego).

Ad. 3 Problemy widoczne są jednak na gruncie przedawnienia roszczeń. Według art. 646 k.c. „Roszczenia wynikające z umowy o dzieło przedawniają się z upływem lat dwóch od dnia oddania dzieła, a jeżeli dzieło nie zostało oddane - od dnia, w którym zgodnie z treścią umowy miało być oddane.”, przepis ten wprowadza więc termin krótszy niż przewidują zasady ogólne (art. 118 k.c.)⁶²⁶, a ponadto łączy początek biegu przedawnienia z jednorazowym oddaniem dzieła⁶²⁷. Powyższe zupełnie nie koresponduje natomiast z zobowiązaniem o charakterze ciągłym. Jeżeli chodzi o roszczenie przyjmującego zamówienie o zapłatę wynagrodzenia, to reguła wyrażona w art. 646 k.c. musi być jednak odczytywana łącznie z art. 642 k.c. wyraźnie wskazującym, że jeżeli strony nie postanowią

⁶²⁶ Uchwała SN z dnia 21 października 1994 r., sygn. akt III CZP 136/94, Legalis numer 28917.

⁶²⁷ Uchwała (7) SN z dnia 11 stycznia 2002 r., sygn. akt III CZP 63/01, Legalis numer 51941; wyroki SN z dnia 06 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 421/07, Legalis numer 124532 i z dnia 07 października 2010 r., sygn. akt IV CSK 173/10, Legalis numer 406139.

inaczej, to przyjmującemu zamówienie wynagrodzenie będzie się należało w chwili oddania dzieła. Jeżeli więc strony odmiennie ukształtują moment wymagalności roszczenia o zapłatę, to od dnia określonego przez strony należało będzie liczyć przedawnienie tego roszczenia. Pozostałe roszczenia wynikające z tej umowy bez żadnych przeszkód mogą natomiast rozpoczynać swój bieg zgodnie z regułami ogólnymi (art. 120 k.c.), gdyż do umowy o dzieło zawartej na czas oznaczony, a więc będącej podtypem umowy o dzieło, przepisy art. 627-646 k.c. należy stosować odpowiednio, a nie wprost.

Na poziomie ogólnym stosowanie przepisów umowy o dzieło do analizowanej umowy wskaźnikowej jako pewnej niepodzielnej całości nie jest problematyczne, natomiast pewne dopasowania konieczne są przede wszystkim na gruncie momentu właściwego do rozpoczęcia biegu przedawnienia. Stosowanie przepisów tego typu umownego nie jest ponadto bezprzedmiotowe i daje rozsądne rezultaty.

W tym miejscu zbadać jednak należy, czy metoda absorpcji sprawdzi się także na poziomie szczegółowym. Mam tutaj na myśli poszczególne elementy umowy, które same w sobie zakwalifikować można jako dzieła, roboty budowlane, świadczenie usług z art. 750 k.c., prawo opcji (utrzymanie strukturalne), czy też użyczenie.

Już *prima facie* metoda absorpcji wykazuje tutaj daleko idące mankamenty.⁶²⁸ Jeżeli bowiem w umowie wskaźnikowej lub akcesoryjnej do niej umowie użyczenia zabraknie np. szczegółowych regulacji dotyczących zasad używania przekazanych wykonawcy w użyczenie obiektów technicznych, to do tego elementu umowy nie sposób będzie stosować przepisy umowy o dzieło. Z kolei przepisy umowy użyczenia (art. 710-719 k.c.) zawierają w tej mierze stosowne regulacje dotyczące tak wad rzeczy, sposobu jej używania, kosztów jej utrzymania, regulują zwrot rzeczy, a także zasady odpowiedzialności za jej przypadkową utratę, itd. Co istotne, art. 719 reguluje specyficzne przedawnienie roszczeń stron, wskazując, że „Roszczenie użyczającego przeciwko biorącemu do używania

⁶²⁸ O ile rozumiemy ją jako „tradycyjną” metodę absorpcji, która faktycznie absorbuje wszystkie poboczne elementy do elementu przeważającego.

o naprawienie szkody za uszkodzenie lub pogorszenie rzeczy, jak również roszczenia biorącego do używania przeciwko użyczającemu o zwrot nakładów na rzecz oraz o naprawienie szkody poniesionej wskutek wad rzeczy przedawniają się z upływem roku od dnia zwrotu rzeczy.” W sytuacji, gdyby wykonawca zwrócił zamawiającemu rzecz w bardzo złym stanie powodując tym samym szkodę w jego mieniu, należałoby więc zastosować ww. termin roczny od dnia zwrotu rzeczy, a nie termin dwóch lat wynikający z przepisów regulujących umowę o dzieło (art. 646 k.c.). Ewentualne użyczenie jest bowiem w zobowiązaniu kreowanym przez umowę wskaźnikową zdecydowanie wyodrębnione (a zarazem uboczne i jedynie pomocnicze), co przemawia za stosowaniem odrębnych przepisów, w tym dotyczących przedawnienia. Za powyższą konstatacją przemawia fakt, że umowy bezpośrednio wskazują, że chodzi o użyczenie, a nie najem czy też dzierżawę, w związku z tym przepisy dotyczące użyczenia mogą i powinny być zastosowane, i to pomimo ewentualnego zalecenia (sugestii), aby wliczyć wartość użyczenia do ceny oferty, gdyż taka właśnie jest wola stron (zamawiającego, wiadoma wykonawcy).⁶²⁹

Analogicznie, gdyby wykonawca wykonywał w toku realizacji umowy większe naprawy infrastruktury, nieuzasadnione byłoby stosowanie w tej mierze przepisów umowy o dzieło, skoro dla takich prac (remontów) ustawodawca oddzielnie uregulował umowę o roboty budowlane. Do wykonywanych robót budowlanych należy więc odpowiednio stosować przepisy umowy o roboty budowlane, a nie umowy o dzieło, co w szczególności dotyczy nienależytej realizacji takich prac.⁶³⁰

Podobnie do utrzymania strukturalnego będącego prawem opcji, a więc swoistą umową nienazwaną, bezzasadne byłoby stosowanie przepisów umowy o dzieło. Podkreślić należy w tym miejscu wyraźnie, że także przedmiotowa umowa ma dwa poziomy – ogólny

⁶²⁹ Oczywiście cel takiego postanowienia umownego jest jasny – przy najmie występuje chociażby rękojmią za wady przedmiotu najmu (art. 664 k.c.), czego nie ma przy umowie użyczenia.

⁶³⁰ Odrębną kwestią jest, że przepisy umowy o roboty budowlane odsyłają w tym zakresie do przepisów umowy o dzieło (art. 656 k.c.), więc ostatecznie nie ma to większego znaczenia praktycznego, jednak w przyszłości (po ewentualnej nowelizacji przepisów umowy o roboty budowlane) może mieć znaczenie niebagatelne.

(samej klauzuli opcji jako takiej) oraz szczegółowy (poszczególnych czynności wykonawcy z niej wynikających). Według mnie do poziomu ogólnego analogicznie/odpowiednio powinno stosować się art. 456 k.c., co uchroni wykonawcę przed ewentualnymi zamówieniami z bardzo krótkimi terminami realizacji lub wykraczającymi poza jego możliwości przerobowe, natomiast do poziomu szczegółowego odpowiednio przepisy umowy o dzieło albo umowy o roboty budowlane (ewentualnie o świadczenie usług z art. 750 k.c.), w zależności od charakteru poszczególnie zamówionych czynności.

Jak wynika z powyższego, na poziomie szczegółowym analizowanej umowy wskaźnikowej zastosowanie metody absorpcji zdecydowanie daje nieodpowiednie rezultaty. Powyższe musi prowadzić do odrzucenia zastosowania tej metody.

W tym miejscu należy więc się zastanowić, czy odpowiedniejsze byłoby zastosowanie **metody kombinacji**, zamiast metody absorpcji. Metoda ta jest postulowana przez DCFR i wskazywana jako pierwsza w kolejności do stosowania do umów mieszanych, na co wskazywałem już wcześniej. Metoda ta jednak powinna również zostać odrzucona, gdyż na poziomie ogólnym nie daje miarodajnych odpowiedzi na pytania dotyczące umowy jako pewnej niepodzielnej całości, przede wszystkim co do kwestii zakończenia ocenianego stosunku prawnego.⁶³¹

Możliwe więc, że najlepsze byłoby zastosowanie **metody analogii**. Pomimo znacznego poparcia klasycznej polskiej doktryny, w tym przede wszystkim B. Gawlika i Z. Radwańskiego, nie jestem jednak zupełnie przekonany o „wyłącznej słuszności” wyboru tej metody w ramach stosowania prawa do nienazwanych umów mieszanych. Po pierwsze, analogia może być stosowana, jeżeli występuje luka w prawie. Nie wydaje się natomiast, aby w przedmiotowej sprawie taka luka występowała – umowy nienazwane celowo bowiem

⁶³¹ Oczywiście, tak jak i metoda absorpcji, nie jest to metoda immanentnie nieprawidłowa, gdyż wszystko zależy od okoliczności danej sprawy, w szczególności od żądań składanych w danym pozwie oraz ewentualnych zarzutów pozwanego. Według mnie jest jednak nieodpowiednia dla analizowanej umowy, jeżeli na kwestię stosowania prawa spojrzymy holistycznie, a nie jedynie wycinkowo.

nie posiadają normatywnej regulacji⁶³². Powyższy argument jest jednak możliwy do obalenia. Istotniejszym argumentem przemawiającym za możliwym odrzuceniem tej metody *in casu* jest natomiast bardzo daleko sięgająca niepewność prawna. Nie jest bowiem transparentne, w którą stronę powinien kierować się sąd korzystając z takiej metodologii przy stosowaniu prawa do nienazwanych umów mieszanych. Warto w tym miejscu zauważyć, że szeroko uzasadnioną krytykę metody analogii przeprowadził M. Romanowski, zauważając między innymi, że „Wprowadzanie zatem niejako „tylnymi drzwiami” rozwiązań ustanawiających swoistego rodzaju nadrzędność umów nazwanych wobec umów nienazwanych godzi w zasadę samostanowienia stron umowy, ponieważ wyraża preferencję stosowania do umów nienazwanych reguł wprowadzonych dla umów nazwanych.”⁶³³ Powyższa krytyka jest zdecydowanie uzasadniona, gdy weźmie się pod uwagę „samoobsługowy charakter prawa zobowiązań”⁶³⁴. Na korzyść tej metody przemawia natomiast argument, że jest ona najbardziej uniwersalna i zarazem bardzo elastyczna, w związku z czym z powodzeniem może być używana tak do wszelkich umów nienazwanych, jak i do analizowanych umów wskaźnikowych.⁶³⁵

W związku z powyższym proponuję zastosowanie mieszanej **metody absorpcyjno-kombinacyjnej** – absorpcyjnej na poziomie umowy jako pewnej niepodzielnej całości (poziom ogólny) oraz kombinacyjnej na poziomie poszczególnych jej elementów (poziom szczegółowy). Przewagą takiej metody w stosunku do metody absorpcji oraz kombinacji jest udzielenie stosunkowo pewnych i miarodajnych odpowiedzi na wszystkie pytania, tak dotyczące umowy jako całości (przede wszystkim wypowiedzenie/odstąpienie od umowy),

⁶³² *Op. cit.* M. Romanowski [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 634.

⁶³³ *Op. cit.* M. Romanowski [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 633-636, cytat pochodzi ze strony 635.

⁶³⁴ Por. E. Łętowska [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 18; *op. cit.* M. Romanowski [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 635.

⁶³⁵ Por. M. Kosmol, *Odpowiedzialność cywilna za szkody w urządzeniach bezpieczeństwa ruchu drogowego na autostradach i drogach krajowych - tradycyjne ujęcie a nowatorski typ umowy Performance-based contract*, [w:] A. Tyburska (red.), Z. Mikołajczyk (red.), P. Łuka (red.), *Bezpieczeństwo w ruchu drogowym: nauka w służbie praktyki*, Szczytno 2020, s. 77.

jak i dotyczących poszczególnych jej elementów (przede wszystkim niewykonanie lub nienależyte wykonanie danych świadczeń częściowych), natomiast w stosunku do metody analogii - stosunkowo wysoka pewność prawna - jeżeli stosować metodę absorpcyjno-kombinacyjną do zasadniczo wszelkich nienazwanych umów mieszanych typu kombinowanego, to strony mogłyby z góry przewidzieć, jakie przepisy sąd będzie do danej umowy stosował, co przy metodzie analogii jest zdecydowanie nietransparentne.⁶³⁶ Według mnie stosowne przepisy dotyczące umów nazwanych należy stosować odpowiednio, a nie wprost, gdyż stosowanie ich wprost wskazywałoby na uznanie, że umowa jako całość jest umową nazwaną lub też stanowi jej podtyp⁶³⁷, a ponadto mogłoby prowadzić do nieuzasadnionych rezultatów. Dalsze zasady jej stosowania nie potrzebują szerszych wyjaśnień, gdyż nie jest to koncepcja wcześniej zupełnie nieznaną, a jedynie kombinacja dwóch najbardziej znanych metod stosowania prawa do nienazwanych umów mieszanych. Co jednak interesujące, w literaturze i orzecznictwie brak wyraźnego zaproponowania zastosowania takiej metody. Takie koncepcje co prawda występują (np. na gruncie niemieckim), na co zwracałem uwagę już wcześniej, ale bez ich konkretnego nazywania metodą absorpcyjno-kombinacyjną i wyraźnego odgraniczenia od trzech pozostałych metod, co niniejszym postuluję.⁶³⁸ Zaproponowana metodologia jest uniwersalna i z powodzeniem może być stosowana do wszelkich nienazwanych umów mieszanych typu kombinowanego,

⁶³⁶ U podłoża przedmiotowego wyboru leży więc swoisty dylemat – wybrać metodę przedkładającą pewność prawną nad elastyczność (a w konsekwencji może i nawet sprawiedliwość) ocen prawnych, czy też pewność prawną zepchnąć na dalszy plan opowiadając się przede wszystkim za elastycznością. Do chwili uregulowania w k.c. zasad stosowania prawa do nienazwanych umów mieszanych (np. na wzór DCFR), dylemat ten musi *in casu* rozstrzygnąć zawsze dany sąd, a metoda absorpcyjno-kombinacyjna jest jedynie kolejną propozycją z której można skorzystać, bynajmniej nie pozbawioną wad (przede wszystkim ograniczona elastyczność oraz potrzeba dokładnej analizy i rozkładania umowy na części pierwsze, co zawsze wiąże się z wysiłkiem dla sądu, a ponadto „wtłaczanie” nietypowej umowy w ramy typowych umów nazwanych).

⁶³⁷ Tak w ramach rozróżnienia stosowania prawa odpowiednio w opozycji do stosowania wprost do umów nienazwanych przejawiających cechy zbliżone do danej umowy nazwanej *op. cit.* W. J. Katner [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 23.

⁶³⁸ Ze względów dogmatycznych i dla zachowania transparentności oraz rozdzielności podziału przedmiotowych metod, co do zasady nie powinno się uznawać, że metoda absorpcji pozwala na „stosowanie w kwestiach szczególnych (odnośnie tzw. ubocznych elementów tego stosunku) przepisów ich dotyczących”, jak to np. zrobił SO we Włocławku w *op. cit.* wyroku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14. Taka metoda to już „zliberalizowana” metoda absorpcji. Kwestia ta jest jednak zdecydowanie dyskusyjna z uwagi na brak normatywnej definicji tej metody.

natomiast raczej nie sprawdzi się przy ocenie prawnej nienazwanych umów mieszanych *sensu stricto*, a więc z nierozdzielnie „stopionymi” świadczeniami właściwymi dla różnych umów nazwanych, oraz nienazwanych umów mieszanych krzyżujących się (np. usługi w zamian za najem). Zarazem pragnę zauważyć, że na gruncie przedmiotowej metody sąd powinien badać nie tylko gospodarczy punkt ciężkości danej umowy (poziom ogólny) oraz jej poszczególne elementy składowe (poziom szczegółowy), ale także domniemaną wolę i rozkład interesów stron oraz cel umowy, gdyż schematyczne podejście może okazać się nieodpowiednie.

Powyżej przywoływana krytyka stosowania przepisów umów nazwanych do umów nienazwanych powinna być brana pod uwagę także na kanwie wyszczególnionej przeze mnie metody stosowania prawa. Wyraźnego odnotowania wymaga w związku z tym, że metoda absorpcyjno-kombinacyjna (a także pozostałe trzy „tradycyjne” metody, choć w najmniejszym stopniu dotyczy to metody analogii) co do zasady nie nadaje się do stosowania do umów bardzo nietypowych, nowatorskich lub nacechowanych wyjątkowością, a więc np. *sui generis* umów o świadczenie usług. Do takich umów co do zasady stosować należy wyłącznie przepisy części ogólnej oraz części ogólnej prawa zobowiązań k.c., w przeciwnym razie swoboda umów oraz prawo stron do samostanowienia będą zagrożone.⁶³⁹ Przy nienazwanych umowach mieszanych z wyraźnie dostrzegalnymi elementami składowymi wprost odpowiadającymi danym umowom typowym uregulowanym w k.c. (poziom szczegółowy), a także z widocznym punktem ciężkości z perspektywy umowy jako pewnej niepodzielnej całości (poziom ogólny), prawdopodobnie da ona natomiast najbardziej kompleksowe, pewne, a zarazem zgodne z naturą ocenianej umowy, rezultaty.

⁶³⁹ Zwrot „co do zasady” jest istotny, gdyż nie można apriorycznie wykluczyć możliwości zastosowania przez sąd pewnych przepisów. Dotyczy to w szczególności art. 746 § 3 k.c., który pozwala na wypowiedzenie umowy z ważnego powodu.

Ostatecznie należy więc stwierdzić, że **do analizowanej umowy wskaźnikowej jako całości powinno się odpowiednio stosować przepisy umowy o dzieło, gdyż umowa ta przejawia przede wszystkim cechy i zawiera przede wszystkim elementy tej właśnie umowy (gospodarczy punkt ciężkości umowy znajduje się po stronie umowy o dzieło, gdyż w istocie dochodzi do zamówienia „dzieła ciągłego” (*sensu largo*)), a do poszczególnych jej elementów nie posiadających właściwości dzieła, odpowiednio stosować należy te przepisy, które najlepiej oddają ich charakter** (umowy o roboty budowlane, umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c., umowy użyczenia, itd.), zważając jednak zarazem, że badana umowa stanowi pewną nierozłączną całość, a jej istotą jest nieprzerwane utrzymywanie ustalonego standardu (rezultat ciągły).

W tym miejscu należy podkreślić, że od analizowanej umowy wskaźnikowej jako pewnej niepodzielnej całości można odstąpić na podstawie przepisów umowy o dzieło stosowanych odpowiednio, a więc otwarta jest możliwość na odstąpienie od umowy przez:

- 1) wykonawcę z uwagi na brak współdziałania ze strony zamawiającego (art. 640 k.c.),⁶⁴⁰
- 2) zamawiającego bez podawania przyczyny (art. 644 k.c.)⁶⁴¹. Natomiast art. 635 k.c. nie powinien znaleźć zastosowania do analizowanej umowy jako całości przede wszystkim

⁶⁴⁰ W przypadku niniejszego odstąpienia otwarta jest możliwość żądania zapłaty ustalonego wynagrodzenia, jednak stosownie pomniejszonego o sumę zaoszczędzoną wskutek niewykonania umowy (art. 639 k.c.), por. Ł. Żelechowski, *Komentarz do art. 640 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 3. Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 640 k.c. powinno się jednak aktualizować wyłącznie, jeżeli będzie chodziło o taki rodzaj koniecznego współdziałania zamawiającego, bez którego niezakończona realizacja umowy polegająca na nieprzerwanym dostarczaniu rezultatu ciągłego nie będzie możliwa, por. K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 640 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 2. Należy ponadto zauważyć, że konieczność współdziałania w zamówieniach publicznych wyraźnie podkreślono w nowym PZP (art. 431 ustawy).

⁶⁴¹ W takim wypadku należy zapłacić wykonawcy ustalone wynagrodzenie, zamawiający może jednak odliczyć to, co wykonawca zaoszczędził z powodu braku konieczności dalszej realizacji umowy. Nie ma jasności czy warunkiem skuteczności skorzystania z prawa do odstąpienia od umowy na podstawie ww. przepisu jest jednoczesna zapłata umówionego wynagrodzenia, co miałoby na celu zabezpieczenie interesu przyjmującego zamówienie (wykonawcy), czy też nie jest to konieczne - za koniecznością jednoczesnej zapłaty wypowiedział się np. K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 644 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 1; natomiast odmienne stanowisko prezentują np. B. Kowalczyk, *Komentarz do art. 644 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 2; M. Gutowski, *Komentarz do art. 644 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 8 (powołując się na orzeczenie SN) i Ł. Żelechowski, *Komentarz do art. 644 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 4. Wydaje się, że *de lege lata* nie ma takiej konieczności, gdyż przepis o tym nie stanowi. Wyrażnego podkreślenia wymaga jednak na koniec, że skorzystanie z tego uprawnienia przez zamawiającego będącego podmiotem publicznym będzie uniemożliwione z uwagi na dyscyplinę finansów publicznych, gdyż byłoby niezgodnym z wydatkami środków publicznych bez pokrycia.

z uwagi na fakt, że to same umowy wyraźnie regulują kwestię ewentualnego rozwiązania kontraktu z powodu zwłoki wykonawcy z rozpoczęciem realizacji umowy („dzieła ciągłego” *sensu largo*) lub zawinionej przerwy w jej wykonywaniu,⁶⁴² a więc wypierają dyspozytywną regulację ustawową. Analogiczna sytuacja dotyczy także art. 636 k.c.⁶⁴³ Skutek odstąpienia powinien być wyłącznie na przyszłość (*ex nunc*), gdyż mamy do czynienia z zobowiązaniem o charakterze ciągłym, chyba że umowa nie przeszła jeszcze do fazy realizacyjnej (gdy zamawiający nie przekazał wykonawcy infrastruktury drogowej w dzierżenie), ponieważ wówczas uzasadniony jest skutek wsteczny.

Należy ponadto opowiedzieć się za możliwością skorzystania, przede wszystkim przez wykonawcę⁶⁴⁴, z art. 746 § 3 k.c. i wypowiedzenie umowy z ważnego powodu. Przepisy umowy o dzieło nie przewidują bowiem takiej możliwości, a jak pokazała pandemia wirusa SARS-CoV-2, przepis taki jest prawdopodobnie potrzebny, gdyż w przyszłości może dojść do sytuacji, w której zdarzenie o charakterystyce siły wyższej obejmie swoim zasięgiem tak strony umów, jak i urzędy, sądy, organy państwowe i inne organizacje państwowe i prywatne. Taki rozwój wydarzeń może spowodować sytuację, w której modyfikacja umowy albo jej rozwiązanie na podstawie art. 357¹ k.c. będą w praktyce właściwie niemożliwe.⁶⁴⁵ Należy zarazem zauważyć, że art. 750 k.c. należy traktować jako swoisty „zawór bezpieczeństwa” (jak wskazywano w ramach jego

⁶⁴² Jeżeli stan taki trwa dłużej niż 14 dni (tak starsze umowy - por. § 19 ust. 1 lit. a)-b) IPU szczecińskiego wzorca umownego oraz § 18 ust. 1 lit. a)-b) IPU kieleckiego i opolskiego wzorca umownego) albo 7 dni (najnowsze umowy - por. np. § 18 ust. 1 pkt 1-2 IPU rzeszowskiego wzorca umownego), to zamawiający może umowę jednostronnie rozwiązać.

⁶⁴³ To same umowy jednoznacznie przesądają, kiedy dokładnie umowę można rozwiązać z powodu wadliwego wykonywania usługi („dzieła ciągłego” *sensu largo*) – niespełnianie założonych parametrów usługi (wskaźników) powoduje bowiem, że zamawiający może naliczać „punkty karne”, na podstawie których możliwe będzie potrącenie konkretnych kwot z wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy, a osiągnięcie przez wykonawcę z góry określonego natężenia nienależytego wykonywania umowy powoduje, że otwiera się także możliwość jednostronnego rozwiązania kontraktu w całości – szerzej w Rozdziale V, s. 264 i n.

⁶⁴⁴ Zamawiający dysponuje bowiem uprawnieniem do jednostronnego rozwiązania umowy przewidywanym bezpośrednio przez PZP – możliwe jest odstąpienie od umowy w interesie publicznym na podstawie art. 145 ust. 1 uchylonego PZP (odpowiednio art. 456 ust. 1 pkt 1 nowego PZP), czy też rozwiązanie umowy przez zamawiającego na podstawie art. 145a uchylonego PZP (odpowiednio art. 456 ust. 1 pkt 2 nowego PZP).

⁶⁴⁵ Nieprzewidywalne zdarzenia mogą jednak nie powodować aż niemożliwości świadczeń niepieniężnych (art. 495 k.c.), aby na tej podstawie dłużnicy mogli pozbyć się ciężaru wiążącej ich umowy zawartej na czas oznaczony.

odpowiednika na gruncie k.z.), czy też „regułę pomocniczą/subsydiarną” (jak wskazuje się w Szwajcarii w ramach pierwowzoru tego artykułu), a analizowana umowa wskaźnikowa jest nienazwaną umową o świadczenie usług. Ponadto posiada ona pewną cechę obcą „tradycyjnej” umowie o dzieło, a jest nią ciągłość (dzieło co do zasady powinno być jednorazowo przekazane zamawiającemu, i wówczas zobowiązanie wygasa).⁶⁴⁶

Powyższy pogląd o możliwości odpowiedniego zastosowania art. 746 § 1 lub 2 w zw. z § 3 w zw. z art. 750 k.c. do umowy jako całości (poziom ogólny w ramach którego powinna obowiązywać metoda absorpcji), zdaje się jednak wskazywać na słabość zaproponowanej przeze mnie metody absorpcyjno-kombinacyjnej. Być może jednak to nie powyższa metoda jest wadliwa, a sama regulacja ustawowa. W obecnym kształcie k.c. nie zawiera w części ogólnej prawa zobowiązań regulacji pozwalającej na wypowiedzenie/odstąpienie od zasadniczo⁶⁴⁷ każdej umowy, gdy wystąpią ważne ku temu przyczyny. Nie zawiera także odpowiednika § 648a BGB, pozwalającego na odstąpienie (w Niemczech – wypowiedzenie⁶⁴⁸) od umowy o dzieło z ważnego powodu. Taki przepis (bądź też przepisy), jak sygnalizuje aktualna sytuacja w kraju w dobie pandemii, być może jest jednak potrzebny. Art. 365¹ k.c. pozwala bowiem (jedynie) na wypowiedzenie zobowiązań bezterminowych o charakterze ciągłym, a art. 357¹ k.c. wymaga interwencji sądu, który może przecież zupełnie nie działać (np. z uwagi na intensywnie rozprzestrzeniającą się pandemię). Z kolei adaptacja umowy do zmieniających się warunków poprzez zgodne oświadczenia woli stron, może być w praktyce niemożliwa lub

⁶⁴⁶ Warto także odnotować, że w literaturze wskazano, iż „(...) uprawnienie do wypowiedzenia stosunku zobowiązaniowego wynikającego z czynności prawnej można wywieść również z art. 746 § 3 KC, stosowanego odpowiednio (zob. w szczególności art. 750 KC) lub w drodze analogii legis. Przepis ten, w pewnych przypadkach, może stanowić łączną podstawę wnioskowań z analogii legis wraz z art. 365¹ KC”, por. A. Pyrzyńska, *Komentarz do art. 365¹ KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt IV 5.

⁶⁴⁷ W ramach pewnych umów mogłoby to być nieuzasadnione.

⁶⁴⁸ Na podstawie przedmiotowego przepisu każda ze stron umowy o dzieło jest upoważniona do jej wypowiedzenia, o ile tylko ma ku temu ważny powód (§ 648a ust. 1). BGB przewiduje, że wypowiedzenie jest możliwe także tylko co do części dzieła (§ 648a ust. 2), a przedsiębiorca (przyjmujący zamówienie) może żądać wynagrodzenia tylko za część dzieła dostarczoną do momentu wypowiedzenia umowy (§ 648a ust. 5). Przepis dokładnie wskazuje na sytuację prawną stron po wypowiedzeniu (§ 648a ust. 3-4), a ponadto jednoznacznie przesądza, że poprzez wypowiedzenie nie wyłącza się możliwości żądania odszkodowania (§ 648a ust. 6).

też znacznie utrudniona. Być może więc regulacje zawarte w k.c. są niewystarczające. Nie można bowiem wykluczyć nagłego i permanentnego powrotu pandemii koronawirusa lub też innej epidemii bądź plagi na bardzo znaczną skalę. Z drugiej strony, podstawowa zasada prawa umów *pacta sunt servanda* co do zasady powinna mieć stosunkowo szerokie odzwierciedlenie w przepisach prawa oraz orzecznictwie sądowym, a ponadto tak w doktrynie jak i orzecznictwie szeroko uznawana jest koncepcja siły wyższej, stąd niniejsze rozważania są jedynie sygnalizacją bardzo złożonej problematyki. W tym miejscu warto jednak jeszcze odwołać się do rozwiązań niemieckich i wskazać, że ogólny § 314 BGB pozwala na wypowiedzenie umów kreujących zobowiązania o charakterze ciągłym jeżeli wystąpią ważne powody, a ponadto instytucja *rebus sic stantibus* (niem. *Störung der Geschäftsgrundlage*, § 313 BGB), w przeciwieństwie do polskiej regulacji (art. 357¹ k.c.), również zezwala na odstąpienie od umowy bądź też jej wypowiedzenie, jeżeli ewentualna adaptacja kontraktu byłaby niemożliwa lub bezprzedmiotowa („nieprzypisywalna” drugiej stronie)⁶⁴⁹.

§ 4. Podsumowanie

Jak wykazano w niniejszym rozdziale analizowana umowa wskaźnikowa jest nienazwaną umową mieszaną typu kombinowanego, jest więc umową niezwykle złożoną. W konsekwencji stosowanie do niej konkretnych przepisów części szczególnej k.c. obarczone jest istotnymi trudnościami. Zważając na naturę (właściwości) przedmiotowego stosunku prawnego, układ interesów stron oraz cel umowy, zastosowanie znaleźć powinna metoda absorpcyjno-kombinacyjna. Tylko bowiem takie podejście pośrednie pozwala na osiągnięcie prawidłowych rezultatów. Nie należy natomiast twierdzić, jak to się dzieje

⁶⁴⁹ § 313 ust. 3 BGB: „Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.”

w polskim orzecznictwie, że analizowana umowa jest umową o świadczenie usług z art. 750 k.c., w związku z czym zastosowanie do niej znaleźć powinny przepisy umowy zlecenie stosowane odpowiednio. Przepisy te nie współgrają bowiem z naturą (właściwościami) tej umowy, a ponadto należy unikać nadmiernych uproszczeń myślowych. Powyższe rozważania udowodniły nietrafność takiego podejścia, a zarazem doprowadziły do formalnego wyodrębnienia metody absorpcyjno-kombinacyjnej, która to z powodzeniem może być wykorzystywana także do innych nienazwanych umów mieszanych typu kombinowanego, o ile tylko będą one posiadały widoczny element „przednawiasowy”/dominujący oraz identyfikowalne elementy składowe. Analiza zaprezentowana na gruncie niniejszego rozdziału prowadzi także do krytyki swoistej klauzuli generalnej z art. 750 k.c. W tej części kodeksu przepis taki nie powinien w ogóle się znajdować, gdyż jest to część szczególna, a nie ogólna, a każda umowa nazwana powinna być sobie równa. Wyciąganie umowy zlecenia na piedestał umów typowych i tworzenie z niej niejako „nadumowy” jest natomiast nieuzasadnione, a ponadto nie sprawdza się w praktyce stosowania prawa. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że umowa zlecenie oraz umowa o świadczenie usług z art. 750 k.c. powinny być traktowane jako umowy (jedyne) starannego działania, w przeciwieństwie do umowy o dzieło, która to powinna być rozumiana jako (aż) umowa rezultatu (starannego działania i rezultatu), bez znaczenia czy należny wierzycielowi rezultat jest trwały i ucieleśniony w rzeczy, czy też nietrwały (przemijający) i nieucieleśniony w rzeczy, byleby jego osiągnięcie samymi tylko staraniami dłużnika było wysoce prawdopodobne, a poddanie obiektywnemu testowi na występowanie wad (niezgodności z umową) możliwe. Takie podejście jest konieczne aby rozgraniczanie tych umów było transparentne, a stosowanie prawa racjonalne. Z niniejszego rozdziału wynika także ponadto, że umowa o dzieło może występować w wielu odsłonach (podtypach), w związku z czym zasadne jest dogmatyczne wyodrębnienie umowy o „dzieło ciągłe” (*sensu stricto* oraz *sensu largo*) oraz umowy o „dzieła powtarzające się”.

Rozdział V. Odpowiedzialność stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania

§ 1. Wprowadzenie

W niniejszym rozdziale przedstawiono odpowiedzialność stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z analizowanej umowy wskaźnikowej. Pominięto kwestię odpowiedzialności deliktowej stron, ponieważ w relacji zamawiający-wykonawca odpowiedzialność ta będzie występowała rzadko⁶⁵⁰, w związku z tym poniższe rozważania dotyczą wyłącznie szeroko pojętej odpowiedzialności kontraktowej⁶⁵¹. Odpowiedzialność deliktowa związana pośrednio z analizowanymi umowami wskaźnikowymi jest natomiast niezwykle doniosła w relacji zamawiający-poszkodowany użytkownik drogi oraz wykonawca-poszkodowany użytkownik drogi, gdyż użytkownika drogi nie łączy umowny stosunek zobowiązaniowy z żadnym z tych podmiotów (nie licząc sytuacji w której korzysta się z płatnych autostrad, gdyż wówczas niewykluczone jest wystąpienie odpowiedzialności kontraktowej po stronie zamawiającego lub wykonawcy, w zależności od konkretnej sytuacji faktycznej).⁶⁵²

⁶⁵⁰ Tak na gruncie zamówień publicznych *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 230.

⁶⁵¹ W Polsce występuje podział na odpowiedzialność kontraktową (art. 471 i n. k.c.) oraz deliktową (art. 415 i n. k.c.), por. np. J. Rezler, *O odpowiedzialności kontraktowej w jej stosunku do odpowiedzialności deliktowej - inaczej*, *Palestra* 10-11/1987, s. 88, W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5a, Warszawa 2020, s. 540.

⁶⁵² Szczegółowa analiza odpowiedzialności deliktowej w ramach utrzymywania dróg publicznych por. E. Bagińska, M. Kosmol, *Zarządzanie drogami publicznymi a problem podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej - uwagi na tle orzecznictwa*, *GSP* 1/2018, s. 163-176.

§ 2. Odpowiedzialność zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania

I. Odpowiedzialność zamawiającego za opóźnienie lub zwłokę w zapłacie wynagrodzenia

Jeżeli zamawiający uiszcza wynagrodzenie z opóźnieniem, wykonawca uzyskuje uprawnienie do żądania ustawowych odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych (art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 4 pkt 3 lit. b) ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych⁶⁵³).

W wypadku naliczenia ww. odsetek za opóźnienie niewykluczone będzie także złożenie przez wykonawcę uzupełniającego roszczenia odszkodowawczego (art. 481 § 3 k.c. w zw. z art. 4a ww. ustawy wykładanym *a contrario*), jednakże musi wówczas wystąpić zwłoka, a wysokość kwoty należnej tytułem odsetek wraz z odszkodowaniem uzupełniającym nie może przekraczać wysokości poniesionej szkody.⁶⁵⁴ W ramach odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych należy przy tym pamiętać o ryczałcie odszkodowawczym wynoszącym od 01.01.2020 r. od 40 do 100 euro w zależności od wysokości opóźnionej kwoty (art. 10 ust. 1 ww. ustawy) oraz o możliwości żądania zwrotu poniesionych kosztów odzyskiwania należności przewyższających tę kwotę (art. 10 ust. 2 ww. ustawy).

W literaturze wskazuje się, że jeżeli zamawiający zupełnie przestanie wykonywać swój obowiązek polegający na wypłacaniu ustalonego wynagrodzenia, to wykonawca będzie mógł także powstrzymać się ze spełnianiem swojego świadczenia wzajemnego.⁶⁵⁵

⁶⁵³ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 424.

⁶⁵⁴ Por. *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 180-181; B. Ostrzechowski, K. Riedl, *Komentarz do art. 4a NadmOpTransHandlU*, [w:] K. Osajda (red.), *Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, wyd. 4, 2021, nb. 19.

⁶⁵⁵ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 229.

Powyższy pogląd jest uzasadniony, gdyż za świadczenie niepieniężne należy się wzajemne świadczenie pieniężne (świadczenie okresowe).

Powstaje natomiast pytanie, czy w powyższej sytuacji odstąpienie lub wypowiedzenie umowy przez wykonawcę mogłoby być uzasadnione. W doktrynie zauważono, że odstąpienie od umowy z powodu niewypłacania przez zamawiającego należnego wykonawcy wynagrodzenia jest zagadnieniem problematycznym.⁶⁵⁶ Mając na uwadze, że umowy nie przewidują dla wykonawcy uprawnienia do odstąpienia/wypowiedzenia umowy na wypadek niepłacenia przez zamawiającego wynagrodzenia, należy wskazać, że powołanie się przez wykonawcę na art. 491 k.c. jako podstawę odstąpienia od umowy, jest niewykluczone. Sąd Najwyższy wskazał, że art. 491 § 2 k.c. odnosi się również do zobowiązań o charakterze ciągłym, gdyż świadczenia ciągłe są podzielne pod względem czasu.⁶⁵⁷ Gdyby więc zamawiający w ogóle nie wypłacał wykonawcy należnego wynagrodzenia i sytuacja ta byłaby długotrwała, to wykonawca powinien mieć prawną możliwość odstąpienia od umowy. Jednak z uwagi na podzielność świadczeń stron odstąpienie od umowy przez wykonawcę może być utrudnione, gdyż zastosowanie znaleźć powinien art. 491 § 2 k.c. Taką sytuację można by jednak zakwalifikować jako ważny powód upoważniający wykonawcę do wypowiedzenia umowy na podstawie art. 746 § 2 w zw. z § 3 k.c. stosowanych odpowiednio/analogicznie z uwagi na brak stosownej regulacji w ramach przepisów umowy o dzieło.

II. Odstąpienie od umowy przez wykonawcę z powodu braku współdziałania ze strony zamawiającego

Z uwagi na przyjętą koncepcję stosowania przepisów prawa, przy braku współdziałania zamawiającego z wykonawcą otwarta jest także możliwość odstąpienia od

⁶⁵⁶ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 229.

⁶⁵⁷ *Op. cit.* wyrok SN z dnia 15 maja 2007 r., sygn. akt V CSK 30/07; por. także dalsze orzecznictwo przywoływane w J. Panowicz-Lipska, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 6.

umowy przez wykonawcę. Konieczne jest wówczas uprzednie wyznaczenie zamawiającemu odpowiedniego terminu z zagrożeniem, iż po jego bezskutecznym upływie wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od umowy (art. 640 k.c.).⁶⁵⁸ Obowiązek współdziałania nakładają na zamawiającego jako wierzyciela także przepisy część ogólnej prawa zobowiązań (art. 354 § 2 i art. 486 k.c.), jednakże ewentualna sankcja wynikająca z art. 640 k.c. jest konkretna i poważna dla zamawiającego, czego nie można powiedzieć o unormowaniu zawartym w art. 354 § 2 k.c., gdyż przepis ten nie określa skutków niewykonania przez wierzyciela obowiązku współdziałania, aczkolwiek brak współdziałania będzie najczęściej powodował zwłokę wierzyciela unormowaną w art. 486 k.c.⁶⁵⁹

III. Zastępcze wykonanie zobowiązania

W niektórych umowach wskaźnikowych przewiduje się, że zamawiający ma wykonać określone świadczenie rzeczowe. Na przykład ma obowiązek dostarczyć wykonawcy sól drogową potrzebną do prowadzenia akcji zimowej. Dostarczenie soli należy traktować jako świadczenie rzeczowe oznaczone tylko co do gatunku, w związku z tym w razie zwłoki z jego spełnieniem (zwłoka dłużnika jest wyłączną przesłanką skorzystania z omawianego uprawnienia⁶⁶⁰) powodującej zagrożenie dla powodzenia akcji zimowej, wykonawca może nabyć na koszt zamawiającego taką samą ilość rzeczy tego samego gatunku albo żądać od zamawiającego zapłaty ich wartości⁶⁶¹, zachowując w obu wypadkach roszczenie o naprawienie szkody wynikłej ze zwłoki (art. 479 k.c.). Nabywając rzeczy w ramach zastępczego wykonania zobowiązania nie można jednak zakupić rzeczy

⁶⁵⁸ Por. w tej mierze A. Brzozowski, *Komentarz do art. 640 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 1; F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1273.

⁶⁵⁹ P. Machnikowski, *Komentarz do art. 354 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt II 3.

⁶⁶⁰ Por. np. M. Gutowski, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt I 4.

⁶⁶¹ Por. M. Gutowski, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt III 2; K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 4.

o jakości wyższej niż miał świadczyć zamawiający.⁶⁶² Wykonawca może domagać się zwrotu poniesionych wydatków z tego tytułu albo też zawrzeć z osobą trzecią umowę, na mocy której zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty za rzeczy osobie trzeciej (w ramach konstrukcji umowy o świadczenie przez osobę trzecią, gdyż dla tej umowy zamawiający jest osobą trzecią).⁶⁶³

IV. Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za gotowość do świadczenia usług

Na koniec trzeba zauważyć, że aby wykonywanie umowy było w ogóle możliwe, konieczne jest wydanie infrastruktury drogowej wykonawcy w dzierżenie (a w niektórych wypadkach także obiektów technicznych przekazywanych wykonawcy najczęściej w ramach stosunku użyczenia). Jeżeli zamawiający tego nie zrobi, wykonawca nie będzie mógł w ogóle realizować swoich obowiązków. W takim wypadku wykonawca nie będzie jednak pozbawiony roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, o ile pozostawał będzie w gotowości do wykonywania umowy, gdyż doznał przeszkód z powodów leżących wyłącznie po stronie zamawiającego (art. 486 § 1 i 2 k.c. oraz art. 639 k.c.).⁶⁶⁴ Problematyczne jest jednak, czy wykonawca będzie w tej sytuacji pozbawiony części wynagrodzenia, gdyż „zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła” – art. 639 zd. 2 k.c.⁶⁶⁵ Jako że przepis art. 639

⁶⁶² Por. W. Popiołek, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 5; J. M. Kondek, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 9. W razie zakupu rzeczy wyższej jakości (droższych), zamawiający będzie mógł się bronić, powołując się na art. 354 k.c., por. *op. cit.* M. Gutowski, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt II 4.

⁶⁶³ Por. *op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5a, s. 534; *op. cit.* W. Popiołek, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 5; *op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 3; odmiennie *op. cit.* M. Gutowski, *Komentarz do art. 479 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt II 2.

⁶⁶⁴ Por. M. Lemkowski, *Komentarz do art. 486 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 25. Na gruncie ogólnym rozważaną sytuację można by uznać za przykład zwłoki wierzyciela rozumianą jako odmowa dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione (art. 486 § 2 *in medio* k.c.).

⁶⁶⁵ W ramach art. 486 k.c. wskazano w literaturze, że wykonawca nie musi nic odliczać od swojego wynagrodzenia, o ile pozostawał w gotowości do spełnienia świadczenia, por. *op. cit.* M. Lemkowski, *Komentarz do art. 486 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 25.

k.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 486 k.c.⁶⁶⁶, zamawiający może dokonać ww. korekty na niekorzyść wykonawcy⁶⁶⁷, aczkolwiek nie jest wykluczone, aby wykonawca żądał zapłaty całego ustalonego wynagrodzenia, o ile udowodni przesłanki roszczenia odszkodowawczego (art. 471 k.c.)⁶⁶⁸. Wykonawca nie uzyska jednak świadczenia pieniężnego za ewentualne prace, które mogłyby być zlecone w ramach utrzymania strukturalnego, gdyż ich zlecenie jest jedynie potencjalne, a ponadto zamawiający może powołać się na instytucję *compensatio lucri cum damno*⁶⁶⁹. W omawianej tutaj sytuacji faktycznej niewykluczone jest także odstąpienie od umowy na podstawie art. 640 k.c., gdyż zamawiający nie współpracuje z wykonawcą.⁶⁷⁰

§ 3. Odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania

I. Wprowadzenie

W praktyce kluczowego znaczenia nabiera kwestia kontraktowej odpowiedzialności wykonawcy. Na wykonawcy spoczywa bowiem szereg obowiązków o charakterze niepieniężnym, a ich nienależyte wykonanie jest zdecydowanie bardziej prawdopodobne. Uprawnienia przysługujące zamawiającemu w takiej sytuacji przewidywane tak przez same umowy jak i powszechnie obowiązujące prawo są stosunkowo liczne. Będą to przede wszystkim: dochodzenie zapłaty ustalonej kary umownej, rękojmia za wady, gwarancja

⁶⁶⁶ *Op. cit.* M. Lemkowski, *Komentarz do art. 486 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 25.

⁶⁶⁷ Por. w tej mierze A. Brzozowski, *Komentarz do art. 639 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 2-3.

⁶⁶⁸ Por. *op. cit.* A. Brzozowski, *Komentarz do art. 639 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 4.

⁶⁶⁹ Por. w tej mierze E. Bagińska [w:] E. Bagińska (red.), *Odpowiedzialność prywatnoprawna. System Prawa Medycznego*, t. 5, Warszawa 2021, s. 690; M. Kaliński [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 163-166.

⁶⁷⁰ Skutki braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem mogą wynikać z przepisów szczególnych, gdyż w tej mierze ogólny art. 354 § 2 nie zawiera konkretnej regulacji, por. *op. cit.* P. Machnikowski, *Komentarz do art. 354 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt II 3.

jakości, zastępcze wykonanie zobowiązania, jednostronne rozwiązanie umowy oraz odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach ogólnych.

W okresie obowiązywania zobowiązania oprócz powyższych uprawnień zamawiający co do zasady będzie mógł także żądać realnego wykonania zobowiązania, gdyż jest to podstawowe uprawnienie wierzyciela przewidywane na wypadek nieprawidłowego wykonywania umowy przez dłużnika i mające swoje umocowanie w art. 353 k.c.⁶⁷¹ W zamówieniach publicznych roszczenie to ma kluczowe znaczenie i powinno być realizowane przed innymi roszczeniami z uwagi na specyficzne przeznaczenie zamawianych świadczeń oraz ze względu na ustawowy obowiązek dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu.⁶⁷² Z uwagi na czynnik czasu, sądowe przymuszanie wykonawcy do realizacji zobowiązania będzie jednak w praktyce rzadkością.⁶⁷³

Warto zauważyć ponadto, że jeżeli wykonawca będzie niesumienne realizował umowę, można będzie zastosować sankcję w postaci wykluczenia go z możliwości ubiegania się o kolejne zamówienia publiczne w przyszłości.⁶⁷⁴

Tytułem wstępu wskazuję także, że zawierane w praktyce umowy przewidują zabezpieczenie prawidłowego wykonywania umowy, polegające najczęściej na zdeponowaniu określonej sumy pieniężnej na koncie bankowym, z której możliwe jest szybkie i sprawne zaspokajanie roszczeń zamawiającego wynikających z nieprawidłowej realizacji umowy przez wykonawcę.⁶⁷⁵

Na koniec należy zauważyć, że za wykonanie zobowiązania i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy współwykonawcy odpowiadają solidarnie

⁶⁷¹ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 150. Por. także *op. cit.* F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1143 i n.

⁶⁷² *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 151.

⁶⁷³ Także w USA ogólnie wskazuje się, że roszczenie o wykonanie umowy jest teoretycznie pierwotne oraz możliwe do wyegzekwowania w sądzie, jednakże praktyka orzecznicza wskazuje, że w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania sprawa zakończy się najczęściej zapłatą stosownej kwoty odszkodowania, por. D. Pearce, R. Halson, *Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication*, Oxford Journal of Legal Studies, 1/2008, s. 75.

⁶⁷⁴ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 150.

⁶⁷⁵ W tej mierze por. *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 121 i n.

(solidarność dłużników), gdyż przewiduje to wprost art. 141 uchylonego PZP oraz odpowiednio art. 445 ust. 1 nowego PZP. Powyższe oznacza, że zamawiający może domagać się spełnienia całego świadczenia (pełnej realizacji umowy) od każdego z nich z osobna, nawet jeżeli umowa konsorcjalna przewiduje wyraźny podział prac.

II. Roszczenie o zapłatę kary umownej

1. Umowne reżimy „punktów karnych”

A. Wprowadzenie

Podstawowym elementem analizowanych umów wskaźnikowych są mierniki wykonania zobowiązania. Jeżeli nie są one spełniane, zamawiający uzyskuje uprawnienie do naliczenia, jak wskazują same umowy, „punktów karnych”, które przekładają się na konkretne kwoty potrącane następnie z wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy. W konsekwencji każde poszczególne niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego obowiązku umownego jest sankcjonowane precyzyjnie ustalonym obniżeniem wynagrodzenia. Jak wskazywałem już wcześniej w rozdziale III, wskaźniki można podzielić na poziomy. W tym miejscu podkreślić należy, że kluczowego znaczenia nabierają wskaźniki drugiego poziomu (jakościowy (rezultatu) oraz czasowy), wskaźniki trzeciego poziomu są mniej istotne, gdyż jedynie pośrednio wpływają na standard utrzymania drogi, natomiast wskaźnik pierwszego poziomu (jeden metawskaźnik kreowany przez synergię wszystkich wskaźników niższych poziomów odpowiadający ostatecznemu rezultatowi usługi utrzymaniowej) pozostaje poza uregulowaniami umownym, w związku z czym wykonawca nie może być rozliczany z jego niedochowania.

Kwalifikacja prawna niniejszego reżimu „punktów karnych” oraz zasada odpowiedzialności wykonawcy obowiązująca w jego ramach nie są jednak w pełni transparentne, stąd przedmiotową analizę należy rozpocząć od uwag prawnoporównawczych wynikających z praktyki kontraktowej i prawa *common law*.

B. Reżim „punktów karnych” w prawie *common law*

a. Struktura i cel wprowadzenia

Umowy na utrzymanie dróg, także w ramach projektów PPP, często zawierają specjalny system punktowy (ang. *performance points*), który poszczególne odstępstwa od warunków umownych sankcjonuje konkretną liczbą punktów. Punkty te przekładają się następnie na obniżenie wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy oraz w dalszej mierze na np. możliwość wypowiedzenia umowy. Jak wskazuje się wprost w analizowanych umowach wskaźnikowych, do obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy można doprowadzić poprzez wykorzystanie systemu punktowego oraz powiązanych z nim następujących narzędzi kontraktowych: **uprawnienia zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia** (ang. *payment reduction/deduction*) lub do **naliczenia określonej kary umownej** (ang. *liquidated/stipulated damages*) i potrącenia jej z wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy.

System punktowy nie został implementowany do treści umów w celu zastraszenia i karania wykonawcy, a ma motywować go do prawidłowej realizacji umowy a ponadto rekompensować zamawiającemu ewentualne pogorszenie standardu świadczenia wykonawcy. Można więc uznać, że reżimowi temu nadaje się funkcję stymulującą oraz kompensacyjną. Jeżeli bowiem ustalony standard utrzymania nie jest osiągany, zamawiający otrzymuje usługę gorszej jakości. Utrata na jakości, a więc zarazem na wartości, otrzymywanego przez zamawiającego świadczenia, jest z góry przewidywana i dokładnie obliczona, w związku z czym zasadniczo każde odstępstwo od ustalonego standardu utrzymania drogi ma swój bezpośredni odpowiednik w pieniądzu.

b. Kwalifikacja prawna

W doktrynie występują wątpliwości, czy ww. uprawnienia zamawiającego to odmienne instytucje prawne, czy też w istocie zawsze chodzi tutaj o uprawnienie do

naliczenia kary umownej, przy czym wydaje się, że teza o kwalifikacji systemu punktowego jako **systemu kar umownych** przeważa.⁶⁷⁶ Niezależnie od konkretnej kwalifikacji prawnej przedmiotowego systemu, z punktu widzenia prawa *common law* konkretne wysokości kar umownych oraz obniżenia wynagrodzenia muszą być jednak formułowane w sposób ostrożny i rozsądny, a więc odpowiadający rzeczywistym wartościom (różnicom w wartości zamówionego oraz faktycznie otrzymywanego przez zamawiającego świadczenia), gdyż niedozwolone jest zastraszanie i karanie karami umownymi, co odnosić należy również do uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia.⁶⁷⁷

c. Zasada odpowiedzialności

Na gruncie prawa *common law* wskazuje się, że w ramach odpowiedzialności kontraktowej (ang. *breach of contract*) możliwe jest przyjęcie tak odpowiedzialności za niezachowanie określonego stopnia staranności (ang. *liability for failure to exercise care, skill or dilligence*), odpowiedzialności na zasadzie ryzyka (ang. *strict liability*) jak i odpowiedzialności absolutnej (ang. *absolute liability*).⁶⁷⁸ Co do zasady strony mogą

⁶⁷⁶ Umowy wskaźnikowe w pewnych postanowieniach umownych wyraźnie wskazują, że naliczone punkty przekładają się na kary umowne, natomiast inne klauzule umowne statuują, że wynika z nich obniżenie wynagrodzenia. Niewykluczone jest jednak, że powyższe wyrażenia będą przez sądy interpretowane zawsze jako kary umowne – por. *op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 25-26 (“Performance points are, in effect, a form of liquidated damages that enable the owner to quantify the impact of specific performance breaches and create consequences when these points accumulate over time.”), przy czym ww. Autor wskazuje, że w USA brakuje orzecznictwa w tej kwestii (zarazem warto odnotować, że wcześniej (s. 25) Autor ten cytuje amerykańską Federal Highway Administration, która w ramach wypowiedzi dotyczącej finansowych czynników zniechęcających (ang. *discentives*) wskazała, że “Legal opinions have upheld the use of liquidated damages provisions regardless of the label placed on them provided they are reasonable and based on a rational cost analysis.”, a bezpośrednio przed tym cytatem M. C. Loulakis zauważył, że finansowe czynniki zniechęcające są karami umownymi).

⁶⁷⁷ Tak na gruncie amerykańskim *op. cit.* R. J. Wehrle-Einhorn, *Use of Performance-Based Standards...*, s. 16 w przypisach. Obniżenie (bądź też zwiększenie) wynagrodzenia należnego wykonawcy powinno więc według tego Autora odpowiadać różnicy w wartości jaką zamawiający otrzymuje w toku realizacji umowy przez wykonawcę („(...) based on differences in the value received by the government”). Podobnie amerykańska Federal Highway Administration przywoływana w *op. cit.* M. C. Loulakis, *Legal aspects of performance-based...*, s. 25 (negative price adjustments “(...) are not to penalize a contractor, but rather to pay an equitable amount for the value of the product delivered. Both incentives and disincentives should rationally relate to the gain or loss in service life or performance of the product.”). Por. ponadto Ch. E. Odgers, *Introduction to the Law of Contracts*, London 1948, s. 296 i n.; N. Enonchong, *Breach of Contract and Damages for Mental Distress*, Oxford Journal of Legal Studies 4/1996, s. 617.

⁶⁷⁸ A. Szlęzak, H. Gardocka, *Standardy odpowiedzialności kontraktowej w polskich umowach opartych na wzorcach angloamerykańskich*, PPH 12/2011, s. 13.

dowolnie określić jaki standard odpowiedzialności przyjmują, natomiast jeżeli w umowie nie zapisano jaki standard odpowiedzialności się przyjmuje, a ustalono konkretny rezultat jaki należy osiągnąć, to sąd może przyjąć odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.⁶⁷⁹

W orzecznictwie z zakresu analizowanych umów wskaźnikowych zauważyć można, że w sytuacji sporów o rzekomo nieuzasadnione naliczenia punktów pełnomocnicy wykonawców nie podnoszą kwestii braku winy ich mocodawców, a sądy tego aspektu nie analizują.

Tak było przykładowo w ramach sprawy *Portsmouth City Council v Ensign Highways Ltd.*⁶⁸⁰ Umowa o cechach *Private Finance Initiative* zawarta została w 2004 r. na okres 25 lat. Przedmiotem umowy było doprowadzenie infrastruktury drogowej do określonych standardów (ang. *Core Investment Period*, okres trwania - pięć lat), co też kosztowało około 58 milionów funtów, a następnie utrzymywanie (w tym dokonywanie stosownych odnowień) i obsługiwanie jej przez kolejne 20 lat. Umowa zawierała postanowienia, w ramach których za nienależyte wykonywanie umowy możliwe stawało się naliczanie „punktów karnych” (dosłownie „punktów usługowych”, ang. *Service Points*, co nazywano także „reżimem punktów karnych”, ang. *Service Points regime*). Załącznik nr 17 do umowy zawierał długą listę możliwych nieprawidłowości (ang. *Default Events*), których wystąpienie aktualizowało możliwość naliczenia stosownych punktów, przy czym umowa dawała możliwość dyferencjacji naliczania punktów w ramach danej nieprawidłowości, co uzależnione było od stopnia naruszenia postanowień umownych

⁶⁷⁹ *Op. cit.* A. Szlęzak, H. Gardocka, *Standardy odpowiedzialności kontraktowej...*, s. 14. Kwestia ta jest jednak nietransparentna, gdyż w orzecznictwie funkcjonuje wiele przypadków, w ramach których sądy kierowały się w stronę zasady winy, a nie ryzyka (np. w ramach umów o roboty budowlane), por. *ibidem*, s. 15. Patrz także *op. cit.* I. Karwala, *Regulacja świadczenia usług...*, s. 83-84, 90. Z literatury amerykańskiej por. E. A. Posner, *Fault in Contract Law*, Michigan Law Review 8/2009, s. 1431, 1436-1437; R. E. Scott, *In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract*, Michigan Law Review 8/2009, s. 1382-1383, 1396; S. Levmore, *Stipulated Damages, Super-Strict Liability, and Mitigation in Contract Law*, Michigan Law Review 8/2009, s. 1365-1366; por. ponadto M. A. Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, Michigan Law Review 8/2009, s. 1413-1430.

⁶⁸⁰ *Op. cit.* High Court of Justice Queen's Bench Division Technology and Construction Court – judgement z dnia 14 lipca 2015 r. w sprawie *Portsmouth City Council v Ensign Highways Ltd.*, 2015 WL 4172814.

(ang. *gravity of the breach*).⁶⁸¹ Punkty wykorzystywano początkowo na bieżąco, ale w późniejszym okresie kumulowano je przez kilka miesięcy, aby w pewnym momencie „zaskoczyć” nimi nagle wykonawcę.

Gdy bowiem fundusze rządowe na utrzymanie dróg zaczęły być zmniejszane, stało się jasne, że nie wystarczy środków, aby realizować wypłaty należne wykonawcy, a koszty wypowiedzenia umowy przez zamawiającego obliczono na 140 milionów funtów. Wówczas zaczęło dochodzić do naliczania punktów karnych, gdzie to tylko było możliwe, oraz w najwyższych wartościach za każde odstępstwo od umowy, aby tylko zmniejszyć koszty obsługi kontraktu, co niezależny ekspert powołany zgodnie z postanowieniami umowy uznał za działanie w złej wierze, nieuczciwe oraz bez współpracy z drugą stroną (ang. „*acted in bad faith, without mutual co-operation and unfairly*”).

Jakość usługi była jednak dokładnie określona poprzez specyfikację umowną (ang. *Service Requirements*). Jeżeli postanowienia umowy nie były dochowywane (ang. *breach of contract*), umowa zasadniczo przewidywała wyznaczenie dodatkowego okresu na doprowadzenie do stanu zgodnego z kontraktem (ang. *remedy the breach*; zgodnie z umową: *Remedial Period*), po którym otwierała się możliwość naliczania „punktów karnych” będących podstawą do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy. Często incydenty na drodze były zgłaszane wykonawcy przez samego zamawiającego, a wówczas miał on określony czas na podjęcie działań określonych przez umowę. Brak reakcji zgodnej z treścią umowy oznaczał niedochowanie warunków umowy, a „punkty karne” mogły być naliczane. Gdyby liczba „punktów karnych” była bardzo znaczna, zamawiający uzyskiwał także uprawnienie do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym (ang. *termination of the Agreement with immediate effect*). Ponadto umowa przewidywała dalsze sankcje

⁶⁸¹ Według pełnomocnika pozwanego więcej punktów można było przyznać przy np. celowym niewykonywaniu obowiązków przez wykonawcę (ang. *deliberate decision*), niż przy jedynie niedbałym i opieszalym ich wykonywaniu, z czy Sąd się zasadniczo zgodził, zauważając że naruszenia postanowień umowy dotyczącej utrzymywania drogi mogą być bardzo różne, w związku z tym możliwość dyferencjacji naliczania „punktów karnych” była uzasadniona gospodarczo.

związane z naliczaniem „punktów karnych”, jeżeli jednak liczba punktów nie była zbyt znaczna, to nie prowadziły one do obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Punkty karne nie miały ponadto ograniczenia czasowego (ang. *no time limits*), co oznaczało, że możliwe było ich naliczanie nawet przez kilka miesięcy.

Przed sądem wykonawca nie podnosił jednak zarzutu braku winy, a spór toczył się głównie o kwestię dobrej wiary w ramach naliczania „punktów karnych” oraz obowiązku współpracy stron w tej mierze. Sąd zauważył jednak, że obowiązek działania w dobrej wierze (ang. *a duty of good faith*) nie odnosi się do umów zawieranych w obrocie profesjonalnym (ang. *commercial contracts*), gdyż prawo kontraktów co do zasady nie zawiera ogólnej doktryny dobrej wiary, w związku z czym konieczne jest każdorazowe implementowanie go bezpośrednio do treści umowy.⁶⁸²

W ww. sprawie można więc dojść do wniosku, że odpowiedzialność wykonawcy za ustaloną jakość usługi, a więc za doprowadzanie do określonych rezultatów, nie była zależna od winy wykonawcy, a opierała się na kryteriach obiektywnych (**odpowiedzialność na zasadzie ryzyka**).

Także długoterminowe umowy wskaźnikowe zawierane w innych sektorach niż utrzymanie dróg zawierają postanowienia dotyczące możliwości naliczenia „punktów karnych” w przypadku niedotrzymywania ustalonych parametrów usługi, a odpowiedzialność wykonawcy w tych ramach jest, jak się zdaje, oderwana od winy. Jako przykład posłużyć może angielskie rozstrzygnięcie sądowe w sprawie *Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v Mid Essex Hospital Services NHS Trust*, które zapadło na kanwie umowy wskaźnikowej, której przedmiot stanowiły szpitalne usługi cateringowe oraz sprzątnięcia.⁶⁸³ W przywoływanym orzeczeniu wskazano, że zamawiający miał absolutne

⁶⁸² “Since a duty of good faith is not usually implied into commercial contracts under English law, save in certain particular types of contract, it is necessary to provide for an express duty in appropriate terms.”

⁶⁸³ Punkt 5.8 *conditions of the contract* brzmiał: „(...) Where such performance criteria or standards have not been met by the contractor in the performance of the Services then the Trust shall be entitled to levy payment deductions against the monthly amount of the Contract Price payable to the contractor in accordance with the terms of the Payment Mechanism. In addition, the Trust may by notice to the contractor award Service Failure

(bezwarunkowe) uprawnienie umowne (ang. *absolute contractual right*)⁶⁸⁴ do obniżania wynagrodzenia lub naliczania „punktów karnych”, o ile tylko wskaźniki nie były obiektywnie wypełniane, a kwestia ta to wyłącznie sprawa odpowiedniej kalkulacji dokonywanej na koniec miesiąca, w ramach której występuje tylko jedna prawidłowa odpowiedź.⁶⁸⁵ Sędzia Lord Lewison w zdaniu odrębnym wskazał w analogicznym duchu, że umowa zawierała mechanizm kontroli wykonawcy pozwalający na naliczenie „punktów karnych” lub obniżanie wynagrodzenia, a mechanizm ten był oparty na obiektywnym teście.⁶⁸⁶

Na koniec niniejszych rozważań należy jednak bardzo wyraźnie podkreślić, że jak zasadnie wskazuje się w literaturze, **zobowiązanie dłużnika może składać się z kilku elementów (świadczeń), z których każdy element (świadczenie) może zostać poddany odmiennemu standardowi odpowiedzialności,**⁶⁸⁷ a taka sytuacja jest szczególnie możliwa w analizowanych umowach wskaźnikowych w utrzymaniu dróg, gdyż umowy te składają się z wielu elementów (świadczeń) oraz zawierają wiele wskaźników.

Points depending on the performance of the Services as measured in accordance with the Service Level Specification. (...)", por. Court of Appeal (Civil Division) – judgement z dnia 15 marca 2013 r. w sprawie *Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v Mid Essex Hospital Services NHS Trust*, 2013 WL 617577.

⁶⁸⁴ Skorzystania z takiego uprawnienia nie można podważyć (ang. *the exercise cannot be challenged*), por. P. Morris, *Contractual discretion and its limits*, 2017, <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/207739db/contractual-discretion-and-its-limits> [dostęp 29.10.2019].

⁶⁸⁵ Jak zauważył bowiem Sąd “The specification in conjunction with the Payment Mechanism contains precise rules for determining how many service failure points Medirest has incurred and what deductions are due. This exercise is a matter of calculation to be carried out at the end of each month. It does not involve discretion and there is only one right answer.” Warto odnotować jednak, że umowa “milczała” w kwestii winy wykonawcy, a odwoływała się jedynie do obiektywnych kryteriów niespełnienia wskaźników – por. np. punkt 5.6 *conditions of the contract*: „If any part of any Service is found to be defective or different in any way from the Service Level Specification or otherwise has not been provided to the Contract Standard other than as a result of a default or negligence on the part of the Trust or any Beneficiary, the Contractor shall at its own expense re-perform the Services in question (without additional remuneration therefor) within such time as established by the Service Level Specification or such as the Trust or any Beneficiary may reasonably specify (...).” Wystąpienie siły wyższej nie pozwalało jednak na naliczanie punktów karnych – por. punkt 1.1 czwartego dokumentu składającego się na umowę: „Service Failure Points shall be awarded for every Performance Failure deemed or actual which occurs during the Term unless such matters are disregarded pursuant to paragraph 4 of Part C and further disregarding any Performance Failure which is attributable to the occurrence of an event of Force Majeure.”

⁶⁸⁶ „Where the contract itself expressly provides the control mechanism, especially where the control mechanism is an objective test, there is no warrant for implying a different one.”

⁶⁸⁷ Por. *op. cit.* A. Szlęzak, H. Gardocka, *Standardy odpowiedzialności kontraktowej...*, s. 15.

C. Reżim „punktów karnych” w prawie polskim

a. Struktura i cel wprowadzenia

Polskie umowy wskaźnikowe zawierają szczegółowe tabele, w których sprecyzowane jest, ile konkretnie „punktów karnych” nalicza się wykonawcy za dane naruszenie umowne. Liczba możliwych naruszeń skutkujących naliczeniem „punktów karnych” jest stosunkowo znaczna i może sięgać nawet dwustu pozycji⁶⁸⁸. Poszczególne umowy, na kształt umów z kręgu *common law*, często kształtują jednak uprawnienia zamawiającego wynikające z naliczonych „punktów karnych” niejednolicie, raz wskazując, że przekładają się one na „potrącenia” (jest to według mnie błąd w tłumaczeniu⁶⁸⁹ oraz błąd logiczny, zwrot ten należy więc zasadniczo uznawać nie za potrącenie w rozumieniu k.c. ale za uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia), w innych miejscach tej samej umowy podkreślając z kolei, że przedmiotowe punkty przekładają się na kary umowne. Tytułem przykładu wskazać można kieleckie, opolskie, łódzkie⁶⁹⁰ i zielonogórskie⁶⁹¹ wzorce umowne w których naliczone „punkty karne”, przeliczane na 100 lub 1.000 zł za każdy punkt, mogą być zamienione na **kary umowne** (w sytuacji kiedy stwierdzone **nieprawidłowości** stanowią odstępstwa od wymogów określonych w OPZ, jednakże **nie mają wpływu na standard utrzymania drogi**) albo na **obniżenie wynagrodzenia**

⁶⁸⁸ Przykładowo wskazać można, że Załącznik nr 10 do kieleckiego wzorca umownego „Tabela kar i potrąceń” zawiera aż 211 pozycji, jednak kilka z nich stanowi nadrzędną kategorię (np. „Niespełnienie warunków dot. wykonania robót konserwacyjnych w zakresie urządzeń dylatacyjnych”), będąc niejako pozycjami „pustymi”.

⁶⁸⁹ Zastosowanie w polskich wzorcach umownych formalnie wątpliwej konstrukcji „potrącenia” wynika prawdopodobnie z utożsamienia angielskiego zwrotu *deduction* z polskim słowem „potrącenie”. Takie tłumaczenie można co prawda znaleźć w wielu słownikach, jednakże jest ono nieprawidłowe – potrącenie w rozumieniu prawa cywilnego to po angielsku *set-off*, a nie *deduction* – por. tłumaczenie polskiego k.c. na język angielski - Tytuł VIII. Potrącenie, odnowienie, zwolnienie z długu brzmi „*Title VIII. SET-OFF, NOVATION, RELEASE FROM DEBT*”, tłumaczenie dostępne w serwisie Legalis (tekst tłumaczenia pochodzi z bazy The Polish Law Collection Wydawnictwa Translegis) [dostęp 05.06.2020]; patrz także oficjalne tłumaczenie BGB gdzie potrącenie (niem. *Aufrechnung*) także tłumaczone jest jako *set-off* (§ 387 i n. BGB), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1431 [dostęp 05.06.2020]; analogicznie art. III.–6:101 i n. DCFR.

⁶⁹⁰ Postępowanie przetargowe zakończone w 2019 r., <https://gddkia.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/101635/caloroczne-kompleksowe-utrzymanie-drog-krajowych-administrowanych-przez-rejony-gddkia-oddzial-w-lodzi-z-podzialem-na-3-czesci> [dostęp 05.02.2020].

⁶⁹¹ Postępowanie przetargowe zakończone w 2018 r., <https://www.gddkia.gov.pl/ajax/zamowieniePubliczneSzczegoly.php?id=24927&lang=pl> [dostęp 05.02.2020].

(w sytuacji gdy stwierdzone **nieprawidłowości wpływają na obniżenie standardu utrzymania drogi**). Z drugiej strony najnowsze wzorce umowne⁶⁹² zdają się podążać w stronę jednolitego systemu punktowego, gdyż wszelkie „punkty karne” przekładają się już tylko i wyłącznie na kary umowne.

Niezależnie od konkretnego nazewnictwa „punkty karne” co do zasady pełnią jednak taką samą funkcję, gdyż motywują wykonawcę do prawidłowej realizacji swoich obowiązków (funkcja stymulacyjna). Pewne punkty karne pozwalają zachować ekwiwalentność świadczeń stron w przypadku gdyby wykonawca świadczył usługę gorszej jakości („punkty karne” naliczane za nieprawidłowości wpływające na obniżenie standardu utrzymania drogi), natomiast pozostałe „punkty karne” pełnią funkcję *stricte* odszkodowawczą, a więc mają za zadanie naprawienie szkody doznanej przez zamawiającego w wyniku nieprawidłowej realizacji umowy przez wykonawcę („punkty karne” naliczane za nieprawidłowości, które nie mają jednak wpływu na standard utrzymania drogi).

Powyższą kwestię należy jednak przeanalizować głębiej, gdyż funkcja „punktów karnych” będzie miała istotne znaczenie przy ich kwalifikacji prawnej. Należy więc rozstrzygnąć w tym miejscu, czy przywracanie ekwiwalentności świadczeń stron to także funkcja odszkodowawcza. Jeżeli tak, to wszystkie „punkty karne” mają takie same funkcje, jeżeli nie, zasadne było oddzielenie „punktów karnych” naliczanych za pogorszenie jakości usługi od innych punktów. Według mnie jest to, przynajmniej w pewnej mierze, funkcja odszkodowawcza. Na uzasadnienie przedmiotowej tezy można przywołać przykład umowy o podróż. Tak umowa o podróż jak i analizowana umowa wskaźnikowa to umowy o rezultat usługi (staranne wykonanie i rezultat usługi), stąd porównanie to jest uzasadnione. W ramach przywoływanej umowy wskazano w doktrynie, że za szkodę można uznać sytuację w której wierzyciel w ogóle nie otrzymał pewnych świadczeń lub też otrzymał

⁶⁹² Por. poznański oraz rzeszowski wzorzec umowny.

te świadczenia, aczkolwiek były one niższej, niż ustalona w umowie, jakości (charakteryzowały się gorszym standardem).⁶⁹³ Także w orzecznictwie zauważono w tym względzie, że odstępstwo od warunków umownych skutkujące obniżeniem jakości (standardu) świadczenia prowadzi do aktualizacji prawa wierzyciela do żądania z tego tytułu odszkodowania.⁶⁹⁴ „Punkty karne” obecne w analizowanych umowach są ponadto niezwykle podobne do procentowego obniżenia ceny wycieczki przewidywanego w przypadku wadliwej (niezgodnej z umową) usługi w ramach umowy o podróż, dokonywanego na podstawie tzw. Tabeli Frankfurckiej⁶⁹⁵, a przedmiotowe „obniżenie ceny” wycieczki jest uznawane przez sądy za formę odszkodowania⁶⁹⁶. Także na gruncie prawa niemieckiego wskazano, że niedotrzymywanie warunków umownych statuowanych przez umowy wskaźnikowe (np. mierników odśnieżania drogi) powoduje powstanie sytuacji nienależytego wykonania zobowiązania (niem. *Schlechtleistung*), co powinno przełożyć się na obowiązek wykonawcy do zapłaty stosownego odszkodowania (niem. *Schadensersatz*).⁶⁹⁷ Wszystkie „punkty karne” pełnią więc funkcję **stymulacyjno-prewencyjną** (lub **motywacyjno-prewencyjną**) oraz **kompensacyjną**. Figura prawna „punktów karnych” stanowi w konsekwencji raczej modyfikację niż uzupełnienie ogólnego reżimu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 i n. k.c.) i ma na celu wzmocnienie ochrony zamawiającego.

⁶⁹³ M. Nesterowicz [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 1179; M. Stec [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5C, Warszawa 2020, s. 409-410. Por. także K. Maciąg, *Ochrona podróznego na tle ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych oraz ustawy o usługach turystycznych – analiza porównawcza*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018, nr 4(7), s. 56-57, <https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/51/46.pdf> [dostęp 13.06.2021].

⁶⁹⁴ Wyrok SR Poznań-Stare Miasto w Poznaniu z dnia 22 września 2016 r., sygn. akt I C 507/14, Legalis numer 2116777 oraz wyrok SR w Kielcach z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt. VIII C 1278/14, Legalis numer 2048862.

⁶⁹⁵ Por. *op. cit.* K. Maciąg, *Ochrona podróznego...*, s. 56-57.

⁶⁹⁶ Por. ww. wyroki sądowe (przypis nr 694). Roszczenie o obniżenie ceny wycieczki z powodu niezgodności usługi z umową jest jednak formalnie oddzielnym roszczeniem od roszczenia o zapłatę odszkodowania oraz roszczenia o zapłatę zadośćuczynienia (patrz art. 50 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2139), por. także M. Nesterowicz, *Dyrektywa Unii Europejskiej o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, jej implementacja do prawa polskiego i odpowiedzialność biur podróży*, PS 9/2018, s. 54-55; *op. cit.* K. Maciąg, *Ochrona podróznego...*, s. 47, 50.

⁶⁹⁷ *Op. cit.* D. Kronsbein, *Service-Level-Agreements...*, s. 39.

b. Kwalifikacja prawna

W tym miejscu należy rozważyć kwalifikację prawną „punktów karnych”. Przede wszystkim należy ostatecznie rozstrzygnąć, czy uprawnienie zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia (w niektórych umowach błędnie: „potrącenie”) jest w istocie karą umowną, czy też figurą prawną jedynie do kary umownej zbliżoną. Należy zauważyć w tym miejscu, że obniżenie wynagrodzenia staje się możliwe, gdy wykonawca naruszy (co do zasady łącznie) wskaźnik jakościowy (rezultatu – ustalonego standardu) oraz czasowy (wskazujący jak długo trwa odstępstwo od ustalonego rezultatu). Jeżeli obniżenie wynagrodzenia jest figurą prawną jedynie podobną do kar umownych, to w niektórych umowach mamy do czynienia ze swoistym „dualizmem” systemu „punktów karnych”, utrudniającym w konsekwencji stosowanie prawa – niejako po drugiej stronie mielibyśmy wówczas do czynienia z sytuacją nienależytego wykonania umowy także w postaci niewypełniania ustalonych wskaźników, aczkolwiek z wyłączeniem wskaźnika jakościowego (rezultatu).

Za rozumieniem uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia jako odrębnej instytucji prawnej stworzonej przez strony na podstawie art. 353¹ k.c. przemawia przede wszystkim brzmienie umów wskaźnikowych. Obniżenie wynagrodzenia nie powinno być karą umowną, skoro tak bezpośrednio wynika z woli stron (zamawiającego, znanej wykonawcy). Gdyby było inaczej, w umowie posłużono by się zwrotem „kara umowna”. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że analizowane umowy wskaźnikowe bez wątplenia redagowali profesjonalni prawnicy, a pojęcie kary umownej jest powszechnie znane. Wola stron przemawia za niestosowaniem przepisów o karze umownej do uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia.⁶⁹⁸ Na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania w postaci

⁶⁹⁸ Na marginesie można wskazać, że odmiennosc obniżenia wynagrodzenia od kary umownej zauważyli sami wykonawcy, co poskutkowało złożeniem zamawiającemu stosownego pytania (opartego jednak głównie na kwestiach dotyczących podatku VAT), a w odpowiedzi zamawiający stwierdził, że nie zamierza modyfikować treści umowy oraz pośrednio podkreślił, że sankcja w postaci obniżenia wynagrodzenia jest czymś innym niż kara umowna – w ramach kieleckiego wzorca umownego patrz pozycja „2413_19_2018_II_Tresc-zapytan-z-wyjasnieniami.pdf”, s. 3-4, <https://www.gddkia.gov.pl/ajax/zamowieniePubliczneSzczegoly.php?id=24933&lang=pl> [dostęp 30.01.2020].

nieosiągnięcia dłużnego rezultatu (standardu drogi) umowy przewidują specyficzną sankcję w postaci obniżenia wynagrodzenia, a instytucji tej nie należy utożsamiać z karą umowną.⁶⁹⁹

Nie jest to jednak stanowisko przekonujące. Odmienna interpretacja zakłada, że niestosowanie przepisów o karze umownej do uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia stanowi próbę obejścia prawa tak cywilnego jak i publicznego. Art. 484 § 2 k.c. przewiduje bowiem możliwość miarkowania kary umownej, gdyby zastrzeżona kara była rażąco wygórowana.⁷⁰⁰ Z kolei na gruncie nowego PZP kary umowne zastrzeżone przez strony muszą mieć z góry ustaloną łączną maksymalną wysokość (art. 436 pkt 3 ustawy), nie można więc dopuścić do obchodzenia tego przepisu poprzez *lex contractus*.⁷⁰¹ Umowne uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia są także pomijane w ustawodawstwie szczególnym. Przykładowo w ustawie z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych przewidziano, że „Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia dotyczące kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu oznaczonych okoliczności, strona umowy, o której mowa w ust. 1, w stanowisku, o którym mowa w ust. 3, przedstawia wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie oraz wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań, lub ich

⁶⁹⁹ Przykładowo polski wzorzec umowny bardzo wyraźnie rozgranicza kary umowne od obniżenia wynagrodzenia – po pierwsze zawiera oddzielną Tabelę kar i oddzielną Tabelę odstępstw, a ponadto w § 13 IPU „Kary umowne, odszkodowania i obniżenie wynagrodzenia” konsekwentnie wskazuje się, że czym innym są kary umowne, a czym innym obniżenie wynagrodzenia.

⁷⁰⁰ Próbę obejścia prawa w tym względzie można było zaobserwować także w stosunkowo nowym rzeszowskim wzorcu umownym, który jednak wprost przewidywał, że wszelkie „punkty karne” przekładają się na kary umowne. Zgodnie z § 14 ust. 1 IPU postanowienia dotyczące kar umownych „(...) stanowią regulację całościową, wyczerpującą i adekwatną do celów, a obie strony to uzgodnienie potwierdzają.” W toku postępowania zamawiający zrezygnował jednak z tego zwrotu.

⁷⁰¹ Prawdopodobnie z tego właśnie powodu najnowsze umowy wszelkie „punkty karne” przekładają wyłącznie na kary umowne. Warto w tym miejscu wskazać, że limitują one zamawiającemu możliwość naliczania wszelkich kar umownych, tak w okresie miesięcznym (maksymalnie 60% miesięcznego wynagrodzenia brutto za prace o charakterze rutynowym), jak i przez cały okres obowiązywania umowy (maksymalnie 20% łącznego maksymalnego wynagrodzenia brutto za realizację czynności utrzymaniowych w ramach utrzymania rutynowego oraz strukturalnego), por. § 14 ust. 4 IPU poznańskiego oraz § 14 ust. 6 i 7 IPU rzeszowskiego wzorca umownego.

wysokość.” (art. 15r ust. 6 ustawy). Nieustalenie lub niedochodzenie od wykonawcy należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 15s pkt 1) ustawy), a ponadto ustawa zawiera wyłączenie popełnienia przestępstwa (art. 15t) oraz odpowiedzialności za szkodę (art. 15u), ewentualnie wynikających z nieustalenia lub niedochodzenia powyższych należności od wykonawcy.⁷⁰²

Z drugiej strony, Sąd Najwyższy w jednej ze spraw nie dopatrył się zastosowania przez strony kary umownej, ale figury prawnej jedynie do niej zbliżonej, wskazano bowiem, że „W odróżnieniu od kary umownej, nie działa tu mechanizm miarkowania, klauzula jest bowiem zastrzegana przez strony w umowie, a nie - jak w wypadku miarkowania - w przepisach Kodeksu cywilnego. Przyczyny i mechanizm obniżenia z jakichś przyczyn należnej kwoty musiałyby być zatem przewidziane w umowie.”⁷⁰³

Powyższe jednak nie przekonuje, a przedmiotowa teza Sądu Najwyższego wydaje się być bardzo dyskusyjna. Sprawa ta dotyczyła wykładni klauzuli umownej obecnej w umowie o ciągłą sprzedaż gazu, której istota sprowadzała się do powstania obowiązku zapłaty już w związku ze zgodnym z umową zaoferowaniem spełnienia świadczenia przez kontrahenta, a więc w związku z samym faktem gotowości spełnienia świadczenia (jeżeli druga strona nie odbierze świadczenia (gazu), i tak powstanie po jej stronie obowiązek zapłaty sumy określonej w umowie).

Uznanie uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia za karę umowną i w konsekwencji ewentualne jego „miarkowanie” nie wydaje się być jednak właściwe

⁷⁰² Por. K. Małkowska, *Wyłączenie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce z o.o. oraz spółce akcyjnej w zakresie realizacji zamówień publicznych w związku z wystąpieniem COVID-19*, Legalis 2020; N. Krej, *COVID-19. Ustawy antykryzysowe. Zbiór przepisów z omówieniem*, rozdział I. Omówienie przepisów cywilnych i gospodarczych, wyd. 1, Legalis 2020; A. Hołda (red.), *Zmiany w podatkach i księgowości 2020 z uwzględnieniem tarcz antykryzysowych*, rozdział VII. Wpływ epidemii COVID-19 na wykonywanie umów, wyd. 1, Legalis 2020; M. Falkowska, *Wpływ „tarczy antykryzysowej” na zamówienia publiczne*, Lex 2020.

⁷⁰³ Wyrok SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt II CSK 544/06, Legalis numer 124555.

z tego względu, że mówimy o umowach zawieranych w reżimie zamówień publicznych. System „punktów karnych” wyznacza tutaj pewien poziom ryzyka, z którym wykonawcy muszą się liczyć. Następnie zmniejszenie obniżenia wynagrodzenia może więc okazać się, z punktu widzenia pozostałych wykonawców, którzy przegrali przetarg oferując wyższe wynagrodzenie, niesprawiedliwe.

Powyższy argument jest niezwykle ważki. Jak zasadnie wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie⁷⁰⁴, ryzyko konieczności zapłaty kar umownych przekłada się lub powinno się przekładać na podejście wykonawców do składania ofert, w związku z czym następnie zmniejszenie kar umownych na podstawie porozumienia stron (w przedmiotowej sprawie ugody) jest niedozwolone z uwagi na przepisy PZP, jednakże miarkowanie kar umownych przez sąd jest jak najbardziej zgodne z prawem, gdyż takie uprawnienie sędziemu przyznaje ustawa, a ponadto nie ma wówczas pewności obniżenia kar umownych, nawet jeżeli będą one stosunkowo wygórowane. Odnotować w tym miejscu należy ponadto, że nie jest zupełnie wykluczone, aby obniżenie wynagrodzenia zredukować nie na podstawie art. 484 § 2 k.c., a na podstawie art. 58 k.c. lub art. 5 k.c., w szczególności z uwagi na brzmienie art. 58 § 3 k.c.⁷⁰⁵ Powyższy pogląd może być o tyle uzasadniony, że gdyby dane obniżenie wynagrodzenia było rażąco wygórowane, to otwarta byłaby możliwość uznania, że w takiej wysokości jest ono niezgodne z zasadami współzycia społecznego, gdyż nie ma żadnego oparcia w utracie wartości usługi. Trwała redukcja danego obniżenia wynagrodzenia mogłaby być jednak możliwa wyłącznie na podstawie art. 58 k.c., gdyż art. 5 k.c. nie może być podstawą wydania wyroku zmieniającego treść stosunku prawnego, jednak na jego podstawie roszczenie teoretycznie można by czasowo udaremnić.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 lipca 2017 r., sygn. akt V SA/Wa 2230/16, Legalis numer 1709939.

⁷⁰⁵ Tak na gruncie miarkowania kar umownych W. Popiołek przywoływany w *op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, s. 434-435, czego W. J. Katner jednak zasadniczo nie popiera. Istotne jest jednak, że ww. rozważania dotyczyły bezpośrednio miarkowania kar umownych, a nie narzędzi kontraktowych jedynie zbliżonych do kar umownych.

⁷⁰⁶ *Op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1328. Przeciwny stosowaniu art. 5 k.c. do ewentualnej obrony dłużnika przed nietypową karą umowną jest także J. Jastrzębski, *Nietypowe kary umowne – swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika*, PPH 6/2014, s. 21.

Na odmiennosc analizowanego uprawnienia od kar umownych wskazywac moze jego podobienstwo do warunkowego okreslenia wynagrodzenia. W ramach pewnych „punktów karnych” umowy czesto operuja bowiem zwrotem „za opoznienie”, a nie „za zwloke”, co swiadczy o zamiarze dokonywania obnizenia wynagrodzenia bez wzgledu na wine wykonawcy, a wiec w zasadzie warunkowo. W doktrynie wskazuje sie natomiast, ze w obrocie gospodarczym wystepuja sankcje umowne, ktore co prawda sa ekonomicznie zblizone do kar umownych, jednak konstrukcyjnie nie odpowiadaja tej figurze prawnej, jako przyklad podajac miedzy innymi warunkowe okreslenie wysokosci wynagrodzenia.⁷⁰⁷ Ze wzgledow konstrukcyjnych nie wydaje sie zarazem, aby stosowanie przepisow o karze umownej (w tym o miarkowaniu) do warunkowo okreslonego wynagrodzenia, bylo uzasadnione.⁷⁰⁸ Warto wspomniec w tym miejscu takze, ze juz na gruncie k.z. zaprezentowano poglad, w myszl ktorego kara umowna oderwana od winy dluznika w istocie nie jest juz kara umowna, a „czystym zobowiazaniem warunkowym”, w konsekwencji czego normy prawne dotyczace kar umownych nie powinny byc do takiej konstrukcji stosowane. Przykladowo A. Ohanowicz wskazuje, ze kara umowna powinna byc zalezna od winy, w przeciwnym wypadku jest juz „gwarancja za wynik”.⁷⁰⁹

Przychyłam się do stanowiska, że w analizowanych umowach nie mamy do czynienia z warunkowym określeniem wynagrodzenia, gdyż umowy wprost nie wskazują, że stronom chodziło o takie ukształtowanie wynagrodzenia wykonawcy. System „punktów karnych” raczej jedynie modyfikuje niż uzupełnia ogólny reżim odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Ponadto pogląd, zgodnie z którym kara umowna musi być zależna od winy dłużnika, zdecydowanie jest

⁷⁰⁷ *Op. cit.* J. Jastrzębski, *Nietypowe kary umowne...*, s. 11, 14-16.

⁷⁰⁸ Tak *op. cit.* J. Jastrzębski, *Nietypowe kary umowne...*, s. 15. W dalszej części pracy Autor znacznie łagodzi jednak swoje spostrzeżenia na stosowanie miarkowania do nietypowych kar umownych i stwierdza, że „mniejszym złem” jest stosowanie miarkowania z kar umownych niż korzystanie przez sąd z ogólnego art. 58 k.c. (s. 21).

⁷⁰⁹ *Por. op. cit.* A. Ohanowicz, *Zobowiązania. Część ogólna*, s. 59.

nieuzasadniony, gdyż także odpowiedzialność na podstawie art. 471 k.c. może być odpowiedzialnością oderwaną od winy (por. 472-473 k.c.).⁷¹⁰

System „punktów karnych” naliczanych za niedochowanie ustalonego standardu nie jest systemem kar umownych, a raczej systemem jedynie podobnym do kar umownych, gdyż wykazuje istotne podobieństwa do rękojmi oraz gwarancji jakości. Podobieństwo do rękojmi jest widoczne, gdy analizowaną umowę porównamy do innej umowy kreującej zobowiązanie o charakterze ciągłym – umowy najmu. W ramach umowy najmu k.c. przewiduje bowiem rękojmię (art. 664 k.c.), której celem jest usunięcie braku ekwiwalentności świadczeń stron.⁷¹¹ Należy wskazać, że obiektywna odpowiedzialność wynajmującego zależy od tego, czy wady jedynie ograniczają przydatność rzeczy, czy uniemożliwiają jej używanie przewidziane w kontrakcie.⁷¹² W pierwszej sytuacji najemca uzyskuje roszczenie⁷¹³ o obniżenie czynszu (art. 664 § 1 k.c.), natomiast w drugiej możliwe jest wypowiedzenie umowy (art. 664 § 2 k.c.).⁷¹⁴ Warto podkreślić zarazem, że wada może ujawnić się w dowolnym momencie trwania stosunku najmu, a rękojmia nie jest ograniczona terminem zawitym⁷¹⁵, ryzyko wystąpienia wad przedmiotu najmu ponosi się więc przez cały okres obowiązywania umowy⁷¹⁶. Najemca może natomiast wnosić o obniżenie czynszu za cały czas trwania wad rzeczy najętej.⁷¹⁷ Powyższe ustalenia

⁷¹⁰ Por. *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1280-1281. Por. ponadto K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 483 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt IV 1; wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 791/98, Legalis numer 124542.

⁷¹¹ Por. np. *op. cit.* P. Zakrzewski, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] M. Fras (red.), M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 1; A. Doliwa, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] A. Doliwa (red.), *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2015, nb. 1.

⁷¹² Por. np. G. Koziół, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 3.

⁷¹³ *Op. cit.* P. Zakrzewski, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] M. Fras (red.), M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 11.

⁷¹⁴ Z zastrzeżeniem przepisu szczególnego art. 682 k.c., por. J. Panowicz-Lipska [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 8, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 123.

⁷¹⁵ *Op. cit.* P. Zakrzewski, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] M. Fras (red.), M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 6.

⁷¹⁶ *Op. cit.* J. Panowicz-Lipska, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 1.

⁷¹⁷ *Op. cit.* J. Panowicz-Lipska, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 3.

w znacznym stopniu odpowiadają systemowi odpowiedzialności implementowanemu do analizowanych umów wskaźnikowych. Nieosiągnięcie wskaźników o niskim lub średnim natężeniu uzasadnia obniżenie wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy za cały czas trwania niezgodności z treścią umowy, natomiast przekroczenie pewnej dopuszczalnej granicy odstępstw od warunków umownych uzasadnia tak pełne obniżenie (do 0 zł) wynagrodzenia należnego wykonawcy w danym miesiącu⁷¹⁸, jak i rozwiązanie umowy ze skutkiem na przyszłość. Warto w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 664 k.c. poza uprawnieniem do obniżenia czynszu najemcy przysługuje także prawo do żądania naprawienia rzeczy (na podstawie art. 663 k.c.), a ponadto najemca skorzystać może z art. 471 k.c. i wnieść o naprawienie szkody na zasadach ogólnych.⁷¹⁹ Na gruncie umowy wskaźnikowej skorzystanie przez zamawiającego z obniżenia wynagrodzenia nie oznacza, że zamawiający nie może żądać poprawienia lub powtórnego wykonania danej usługi utrzymaniowej (np. naprawienia wadliwie wykonanego mocowania bariery zniszczonej przez nieznanego sprawcę), a ponadto zamawiający może wnieść o zapłatę odszkodowania za szkodę spowodowaną nienależytą realizacją umowy przez wykonawcę (art. 471 k.c.). Co równie ważne, zamawiający będzie mógł skorzystać z zastępczego wykonania zobowiązania (art. 636 k.c. lub art. 479-480 k.c.).

Powyższe argumenty są stosunkowo trafne, a podobieństwa do rękojmi stają się wręcz oczywiste, jeżeli przyjmujemy koncepcję umowy o dzieło jako umowy o wszelki rezultat usługi (staranne wykonanie i rezultat usługi), czy to ucieleśniony w rzeczy, czy też nie, a ponadto nawet rezultat przemijający, o ile tylko jest on obiektywnie sprawdzalny pod kątem wad (niezgodności z umową). Jeżeli więc w analizowanej umowie w ogóle nie byłoby

⁷¹⁸ O ile dana umowa na to pozwala, gdyż najnowsze umowy mają już z góry określony maksymalny pułap dozwolonych obniżek na podstawie kar umownych, co wynika z regulacji zawartych w nowym PZP. Należy ponadto zauważyć, że także przy najmie obniżenie czynszu aż do 0 zł jest niewykluczone – por. wyrok SN z dnia 14 grudnia 1965 r., sygn. akt II CR 470/65, Legalis numer 12518.

⁷¹⁹ Tak *op. cit.* G. Kozieł, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 11; wyłącznie co do możliwości tak skorzystania z rękojmi jak i z art. 471 k.c. - *op. cit.* P. Zakrzewski, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] M. Fras (red.), M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 1; *op. cit.* J. Panowicz-Lipska, *Komentarz do art. 664 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 6.

reżimu „punktów karnych” albo jeżeli dany asortyment czynności utrzymaniowych nie miałby w nim pokrycia, a mielibyśmy do czynienia ze świadczeniem rezultatu, to zastosowanie znaleźć mogłyby przepisy o rękojmi (o ile osiągnięcie ustalonego rezultatu byłoby wysoce prawdopodobne), co oznaczałoby przede wszystkim możliwość złożenia oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia na podstawie art. 638 § 1 k.c. (albo art. 658 w zw. z art. 656 § 1 w zw. z art. 638 § 1 k.c.) w zw. z art. 560 § 1 i § 3 k.c.

Jest jednak bardzo istotna różnica pomiędzy analizowanym systemem „punktów karnych” a rękojmią (co do zasady także gwarancją jakości). Uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia przewidywane przez analizowane umowy wskaźnikowe jest *ex ante* dokładnie wyliczone w pieniądzu, praktycznie co do każdego możliwego odstępstwa od warunków umownych, czego nie można powiedzieć o obniżeniu czynszu (wynagrodzenia/ceny) przy rękojmi, które jest uznaniowe.⁷²⁰ Reżim „punktów karnych” zbliża się więc bardziej do koncepcji kary umownej niż rękojmi (lub gwarancji jakości). Po drugie, na gruncie obniżenia wynagrodzenia obecnego w analizowanych umowach wskaźnikowych miarkowanie powinno być możliwe. W przeciwnym razie zamawiający mógłby naliczać np. 100.000 zł za każdy dzień opóźnienia ze ścięciem trawy, co z perspektywy wykonawcy już *prima facie* wydaje się być krzywdzące i nieuzasadnione.⁷²¹ Sędziowskie prawo miarkowania powinno niwelować przesadnie wygórowane sankcje, bez znaczenia jak technicznie je nazwano, w przeciwnym razie zamawiający mógłby niezasadnie się bogacić.⁷²² Ponadto rękojmia (i gwarancja jakości)

⁷²⁰ Por. K. Haładaj, M. Tulibacka, *Komentarz do art. 560 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 13; J. Jezioro, *Komentarz do art. 560 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt III 2.

⁷²¹ Jednakże np. poznański wzorzec umowny wskazuje (Załącznik nr 12 Karta Kar), że jeżeli patrolowanie dróg nie zostało zrealizowane z zachowaniem wymagań określonych pkt B.II.III.10 OPZ i częstotliwością co najmniej w ilości zadeklarowanej w ofercie wykonawcy, to wykonawcy należy naliczyć karę umowną w wysokości 50 punktów za każdy dzień, w którym stwierdzono niewykonanie przez Wykonawcę patrolowania dróg w ilości zadeklarowanej w ofercie, przy czym należy zauważyć, że 1 punkt karny w tym wzorcu umownym to 1.000 zł, czyli jednorazowe niewykonanie patrolu będzie kosztowało wykonawcę 50.000 zł. Tak wysoka sankcja jest jednak o tyle uzasadniona, że bez wykonania patrolu nie wiadomo co dokładnie trzeba danego dnia wykonać.

⁷²² Tak na gruncie kar umownych *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1284-1285.

immanentnie oparta jest na zasadzie ryzyka, a reżim „punktów karnych” może być oparty tak na zasadzie ryzyka (np. zwrot „za opóźnienie”), jak i na zasadzie winy (np. zwrot „za zwłokę”). Podobieństwo do rękojmi pozwala jednak na przyjęcie wniosku, zgodnie z którym uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia co do zasady odnosi się do rezultatu ciągłego (standardu utrzymania drogi), a poszczególne rezultaty punktowe/częściowe łącznie składające się na ww. rezultat ciągły (np. załatanie niewielkiego ubytku w jezdni będące dziełem) zasadniczo podlegają rękojmi lub umownej gwarancji jakości (co do kwestii relacji obniżenia wynagrodzenia do rękojmi oraz gwarancji jakości patrz dalej, s. 241-242).

Skoro podobieństwa pomiędzy analizowanym uprawnieniem do obniżenia wynagrodzenia a rękojmią faktycznie występują, to należy w tym miejscu jeszcze wskazać, że za niekwalifikowaniem tego uprawnienia jako kary umownej przemawia nieuznawanie przez sądy uprawnienia kupującego do obniżenia ceny rzeczy (art. 560 § 1 k.c.) za uprawnienie o charakterze odszkodowawczym.⁷²³

Ostatnia teza jest jednak dyskusyjna. Według mnie w istotnej mierze ma taki właśnie charakter, tak samo jak to ma miejsce w ramach uprawnienia do obniżenia ceny wycieczki z powodu wad usługi (umowa o podróż). Przedmiotowe uprawnienie można więc utożsamić, przynajmniej w pewnym zakresie, z roszczeniem odszkodowawczym.⁷²⁴ Obniżenie ceny w ramach rękojmi dotyczy jednak wyłącznie szkody odnoszącej się do samej rzeczy, natomiast odszkodowanie z ww. art. 471 k.c. dotyczy przede wszystkim dalszych szkód

⁷²³ Wyrok SA w Łodzi z dnia 22 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 1588/13, Legalis numer 1024062; w podobnym tonie (przedmiotowe uprawnienie to nie roszczenie odszkodowawcze) wyrok SN z dnia 15 stycznia 1997 r., sygn. akt III CKN 29/96, Legalis numer 30544 oraz wyrok SN z dnia 11 grudnia 2009 r., sygn. akt V CSK 180/09, Legalis numer 336614. Por. ponadto A. Brzozowski, *Komentarz do art. 560 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 6; A. Koziół, *Komentarz do art. 560 KC*, [w:] M. Fras (red.), M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 7; *op. cit.* K. Haładyj, M. Tulibacka, *Komentarz do art. 560 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 13.

⁷²⁴ Jak trafnie zauważa F. Zoll uprawnienie do obniżenia ceny „łączy w sobie elementy roszczenia odszkodowawczego i odstąpienia od umowy” – *op. cit.* F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1268. W tym miejscu warto także wskazać, że w prawodawstwie Wielkiej Brytanii przewiduje się, że skorzystanie przez konsumenta np. z prawa do obniżenia ceny można kumulować z roszczeniem odszkodowawczym, jednakże nie w sposób, który pozwoliłby odzyskać dwa razy tę samą stratę – por. art. 19 ust. 10 lit. a) Consumer Rights Act z 2015 r., analogicznie w ramach umów o świadczenie usług patrz art. 54 ust. 6 ww. ustawy.

wynikających z faktu, że rzecz była obciążona wadą (szkód następnych).⁷²⁵ Ww. orzecznictwo może być jednak rozumiane w ten sposób, że roszczenie odszkodowawcze z art. 471 k.c. ma inną podstawę prawną oraz przesłanki, co może przełożyć się np. na przedmiotową zmianę powództwa, bowiem „inne są podstawy faktyczne i prawne odpowiedzialności z tytułu rękojmi oraz odpowiedzialności odszkodowawczej, inny zakres możliwej obrony pozwanego i inne okoliczności faktyczne, których udowodnienie obciąża każdą ze stron, a tym samym inne granice badania sprawy przez sąd.”⁷²⁶ Obniżenie ceny przy rękojmi, aby dobrze spełniać swoją rolę przywracania ekwiwalentności świadczeń, nie jest zależne od winy dłużnika, a ponadto nie powinno być wyłączone przez siłę wyższą.⁷²⁷

Pomimo istotnych różnic, podobieństwo analizowanego obniżenia wynagrodzenia do rękojmi oraz gwarancji jakości można jednak uznać za tak daleko idące, że reżim „punktów karnych” w tej mierze należałoby uznać za szczególny reżim odpowiedzialności kontraktowej, a nie jedynie modyfikację odpowiedzialności odszkodowawczej (karę umowną). Tak wskazano na tle wskaźnikowych umów *outsourcingowych* zawieranych w branży informatycznej i telekomunikacyjnej.⁷²⁸ Przykładowo J. Wilczewski twierdzi,

⁷²⁵ Kwestia żądania obniżenia ceny wadliwej rzeczy sprzedanej oparta wyłącznie na art. 471 k.c., a nie na rękojmi, jest jednak nietransparentna, por. np. *op. cit.* F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1199.

⁷²⁶ Tak trafnie *op. cit.* wyrok SN z dnia 11 grudnia 2009 r., sygn. akt V CSK 180/09.

⁷²⁷ Por. *op. cit.* F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1267.

⁷²⁸ Umowy te zawierają często porozumienie w zakresie poziomu (jakości) świadczonych usług (ang. *Service Level Agreement*), które reguluje w przeważającej większości następujące obszary zagadnień: 1) poziomy/standardy usług (ang. *levels of performance*), w tym wskaźniki wykonania zleconych czynności, 2) mechanizmy przewidziane na wypadek ich niespełnienia (ang. *remedies*), a więc przede wszystkim możliwość obniżenia wynagrodzenia bazowo należnego usługodawcy, żądania usunięcia nieodpowiedniego poziomu usługi w określonym czasie, a w krańcowych sytuacjach rozwiązania umowy oraz 3) okoliczności egzoneracyjne zwalniające usługodawcę z odpowiedzialności, por. *op. cit.* A. Malarewicz-Jakubów, R. Tanajewska, *Prawne i Ekonomiczne Aspekty Outsourcingu*, s. 239-240; *op. cit.* R. L. Click, T. N. Duening, *Business Process Outsourcing...*, s. 119; K. Świetla, *Charakterystyka umów dotyczących poziomu usług oraz kluczowych wskaźników efektywności w praktyce outsourcingu procesów rachunkowości*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie 12/2017, s. 61-67; R. Sikorski [w:] A. Koch (red.), J. Napierała (red.), J. Grykiel, M. Gutowski, A. Janiak, A. Koch, J. Napierała, A. Nowicka, A. Olejniczak, M. Orlicki, J. Pokrzywniak, R. Sikorski, T. Sokołowski, T. Sójka, F. Zedler, *Umowy w obrocie gospodarczym*, wyd. 4, Warszawa 2015, s. 406-407; M. Maruta, B. Wachta, M. Zackiewicz, M. Bałąj, S. Kowalski, *Umowa na świadczenie usług utrzymania oraz usług rozwoju [opcjonalnie: usług autoryzacji i usług exit planu]. Wzorcowe klauzule*,

że gdy ustalone poziomy usług nie są spełniane, możliwe jest obniżanie wynagrodzenia należnego usługodawcy, co nazywa się „bonifikatą” lub „kredytem usługowym”, a mechanizm ten ma charakter analogiczny do uprawnienia prawokształtującego do obniżenia ceny w przypadku wady rzeczy sprzedanej. Jeżeli jednak w takim wypadku umowa wprost przewiduje kary umowne, przedmiotowe porozumienie nie będzie mogło być uznane za szczególny reżim odpowiedzialności, a będzie wyłącznie modyfikacją odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika.⁷²⁹

W ramach analizowanych umów wskaźnikowych zawieranych w celu utrzymania dróg przekonujące jest jednak zapatrywanie, w myśl którego z uwagi na przyjęcie w polskim systemie prawnym modelu jednolitej kary umownej, „(...) każde zastrzeżenie przez strony *ex ante* oznaczonej sumy pieniężnej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego stanowi karę umowną i podlega ocenie przy zastosowaniu norm art. 483–484 KC.”⁷³⁰, co przemawia za uznaniem analizowanych „punktów karnych” za kary umowne, i to niezależnie od nazewnictwa użytego w umowach. Warto odnotować w tym miejscu dla wyraźnego kontrastu, że np. w Niemczech nie przyjęto jednolitego modelu kary umownej, gdyż prawo niemieckie wyróżnia zarówno karę umowną (niem. *Vertragsstrafe* - § 339 i n. BGB), jak i umowne zryczałtowane odszkodowanie (niem. *pauschalierte Schadensersatz* - § 309 pkt 5 BGB).⁷³¹

cjonalnie_uslug_autoryzacji_i_uslug_exit_planu-_wzorcowe_klauzule.pdf/5bc93421-989b-5f1b-944d-169426c8f1fe [dostęp 13.06.2019]; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt I SA/Po 84/18, Legalis numer 1762618.

⁷²⁹ J. Wilczewski, *Gwarancja Jakości Świadczonej Usług (Service Level Agreement) jako szczególny reżim odpowiedzialności kontraktowej*, e-BIULETYN CBKE 2/2004, s. 1-13 http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/24715/Gwarancja_Jakosci_Swiadczon.pdf [dostęp 03.06.2019]; por. ponadto *tenże*, *Gwarancja jakości świadczonych usług (Service Level Agreement) jako szczególny reżim odpowiedzialności kontraktowej*, Monitor Prawniczy 3/2005, dodatek opublikowany jako Prawo Mediów Elektronicznych 2/2005 oraz J. Janowski, *Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym*, Lex 2008, Rozdział VI, 3.5. - Odpowiedzialność cywilnoprawna w Internecie.

⁷³⁰ *Op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1284.

⁷³¹ *Op. cit.* D. Kronsbein, *Service-Level-Agreements...*, s. 39-40; *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1281 i 1283-1284.

Podsumowując, „punkty karne” powinny być uznawane za swoisty przejaw kary umownej, niezależnie czy według umów przekładają się na obniżenie wynagrodzenia, czy też na kary umowne.

Dodatkowym argumentem za bronioną tu tezą jest stanowisko Sądu Najwyższego, który zauważył, że skoro strony przewidziały w umowie odpowiedzialność gwarancyjną zbliżoną w swojej istocie do kary umownej, ale w umowie nie posłużyły się pojęciem kary umownej, postanowień takich nie powinno postrzegać się w kategorii kary umownej, co jednak nie oznacza, że przepisy o karze umownej nie mogłyby znaleźć do takiej klauzuli odpowiedniego zastosowania.⁷³²

Judykatura przyjmuje zarazem, że we wzorcu umownym nie powinno się zastrzegać rażąco wygórowanej kary umownej⁷³³, a w interesującym nas kontekście mamy do czynienia ze wzorcem umownym, przygotowanym przez zamawiającego jednostronnie, na który wykonawca nie ma realnego wpływu (umowa adhezyjna).

Wyraźnego podkreślenia wymaga ostatecznie, że funkcje analizowanego obniżenia wynagrodzenia są zbieżne z celami kar umownych. Określenie katalogu funkcji kary umownej nie jest jednak zadaniem prostym. Orzecznictwo wskazuje na funkcje odszkodowawczo-kompensacyjne, zachęcające dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania (motywacyjne) oraz represyjne.⁷³⁴ Według części doktryny na przód wychodzi funkcja kompensacyjna⁷³⁵, co znajduje uzasadnienie już w samym brzmieniu art. 483 k.c. Jednakże sprawa nie jest oczywista, gdyż według znacznej części przedstawicieli nauki szkoda w ogóle nie jest przesłanką przyznania wierzycielowi kary umownej, a wówczas kara umowna w zasadzie nie pełni już zadania wyrównawczego

⁷³² Wyrok SN z dnia 15 października 2008 r., sygn. akt I CSK 154/08, Legalis numer 124546.

⁷³³ Por. *op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, s. 428.

⁷³⁴ Por. np. wyrok SN z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12, Legalis numer 736909.

⁷³⁵ *Op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, s. 438; *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1285.

lub trafniej: raz je pełni, a raz nie, w związku z czym być może nie powinno się wskazywać, że funkcją kary umownej jest zawsze funkcja kompensacyjna.⁷³⁶ Podkreślenia wymaga więc, że konkretne funkcje kary umownej w danym zobowiązaniu będą wynikały z samej woli stron.⁷³⁷ Wydaje się natomiast, że można ogólnie wskazać, iż funkcjami kary umownej są funkcja stymulacyjna i prewencyjna (nieuchronność kary zachęca do prawidłowego wykonywania zobowiązania) oraz procesowa (możliwość szybkiego wyegzekwowania konkretnie określonej (ryczałtowej) sumy pieniężnej tytułem sankcji za nieprawidłowe wykonanie zobowiązania, a więc bez konieczności udawadniania dokładnej wysokości szkody).⁷³⁸ Na tej kanwie należy zauważyć, że przedmiotowe „punkty karne” przede wszystkim mają za zadanie motywować wykonawcę do prawidłowej realizacji umowy, a zarazem kompensować zamawiającemu uszczerbek (*sensu largo*), poniesiony poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę. W związku z tym powyższy pogląd pośrednio potwierdza również orzecznictwo z zakresu analizowanych umów wskaźnikowych. Przykładowo na gruncie ewentualnego miarkowania kar umownych (umowa przewidywała wyłącznie kary umowne) za niedochowanie standardu oświetlenia drogi Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 listopada 2019 r.⁷³⁹ wskazał, że miarkowanie kar umownych w specyficznej umowie jaką zawarły strony jest jak najbardziej dozwolone i należy do prawa sędziowskiego.

Przyjęcie poglądu o uznaniu obniżenia wynagrodzenia za swoisty przejaw kary umownej przesądza zarazem, że wykonawca nie może zwolnić się z obowiązku świadczenia przez obliczenie i zapłatę stosownego świadczenia pieniężnego (art. 483 § 2 k.c.). Ponadto

⁷³⁶ Por. A. Śmieja, *W sprawie funkcji realizowanych przez karę umowną*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 362 (2014), s. 394-396.

⁷³⁷ Por. *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak, [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1284.

⁷³⁸ *Op. cit.* A. Śmieja, *W sprawie funkcji...*, s. 396-397. Powyższe aspekty podkreśla się także w literaturze zagranicznej - w Austrii np. A. Wittwer, *Komentarz do § 1336 ABGB*, [w:] M. Schwimann (red.), *ABGB Taschenkommentar*, wyd. 3, Wien 2015, s. 1434, nb. 2; w Niemczech np. B. Ulrici, *Komentarz do § 339 BGB*, [w:] B. Gsell (red.), W. Krüger (red.), S. Lorenz (red.), Ch. Reymann (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR*, nb. 16-33 (stan na dzień 01.11.2019).

⁷³⁹ *Op. cit.* nieprawomocny wyrok SO w Warszawie z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt XXV C 1827/17.

szkoda nie jest przesłanką skorzystania z obniżenia wynagrodzenia.⁷⁴⁰ Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonego obniżenia wynagrodzenia powinno być zastrzeżone w umowie, w przeciwnym razie niewykluczone jest jego nieprzyznanie przez sąd (art. 484 § 1 zd. 2 k.c.). Przewidziane w umowie obniżenie wynagrodzenia wywiera zarazem znaczny wpływ na sferę odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika opartej na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.), gdyż w istocie jest to forma zryczałtowanego odszkodowania, a nie dodatkowy reżim odpowiedzialności za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania podobny do rękojmi oraz gwarancji jakości. Obniżenie wynagrodzenia w istocie naprawia szkodę doznaną przez zamawiającego przez niewykonanie bądź też nienależyte wykonanie zobowiązania.

c. Zasada odpowiedzialności

Jak wykazano w rozdziale IV do analizowanej umowy wskaźnikowej uzasadnione jest stosowanie metody absorpcyjno-kombinacyjnej. Oznacza to, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy powinno być rozpatrywane z poziomu szczegółowego, a więc poszczególnych świadczeń częściowych. W pierwszej kolejności należy w konsekwencji zauważyć, że kwalifikacja poszczególnych świadczeń wykonawcy do kategorii świadczeń starannego działania albo świadczeń rezultatu (starannego działania i rezultatu), nie wpływa na zasadę odpowiedzialności tego podmiotu. Odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania mająca oparcie w art. 471 k.c. bazuje na należytej staranności, a więc winie, chyba że z treści umowy wynikała będzie inna zasada odpowiedzialności (art. 355 oraz art. 471-473 k.c., w szczególności art. 472 k.c.). Powyższe dotyczy także kar umownych, gdyż są one jedynie modyfikacją odpowiedzialności odszkodowawczej opartej na zasadach ogólnych.

⁷⁴⁰ Por. uchwała (7) SN z dnia 06 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03, Legalis numer 59773.

Kwestia przyporządkowania danej umowy do kategorii zobowiązań ze świadczeniem starannego działania albo ze świadczeniem rezultatu (starannego działania i rezultatu), a w konsekwencji wpływ takiego zabiegu myślowego na zasadę odpowiedzialności dłużnika, nie jest jednak w doktrynie pojmowany zupełnie jednolicie. Zauważalny jest pogląd, w myśl którego wzorzec należytej staranności dłużnika powinien być w tej mierze odmiennie konstruowany.⁷⁴¹ Niektórzy przedstawiciele nauki twierdzą więc w konsekwencji, że w zobowiązaniach ze świadczeniem rezultatu dłużnik odpowiada na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy.⁷⁴² W literaturze obecne jest także zapatrywanie, zgodne z którym, z uwagi przede wszystkim na fakt, że analizowany podział nie znajduje podstaw *stricte* normatywnych, nie występuje uzasadnienie dla przyjmowania odmiennych miar staranności dłużnika. W ramach odpowiedzialności kontraktowej zasada odpowiedzialności dłużnika, wynikająca z przyjętego wzorca należytej staranności, powinna być więc taka sama, niezależnie od przedmiotowej kwalifikacji.⁷⁴³ *De lege lata* zdecydowanie przychylić należy się do ostatniego poglądu, który ma zresztą w Polsce bezpośrednie i wyraźne oparcie w art. 472 k.c.⁷⁴⁴

Strony mogą jednak umownie zmodyfikować odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 472-473 k.c.). W myśl art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przyjąć odpowiedzialność zaostrzoną, a więc w szczególności odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Alternatywnie odpowiedzialność dłużnika może zostać ograniczona, jednakże nieważne jest zastrzeżenie, że dłużnik nie będzie

⁷⁴¹ Ł. Kowalczyk przywoływany w Z. Gawlik, *Komentarz do art. 472 KC*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, wyd. 2, 2014, nb. 9.

⁷⁴² *Op. cit.* Z. K. Nowakowski, *Zobowiązanie rezultatu i starannego działania*, s. 105; M. Romanowski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, PPH 2/1997, s. 24.

⁷⁴³ M. Gutowski, *Komentarz do art. 472 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 10; W. Borysiak, *Komentarz do art. 472 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 6; *op. cit.* W. Czachórski, *Zobowiązania...*, [aktualizacja] A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, s. 328-335; *op. cit.* Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 45-46.

⁷⁴⁴ Oczekiwanie więc przez strony (zamawiającego), że sytuacja prawna wykonawcy z mocy samego prawa będzie podobna do panującej na gruncie *common law*, gdzie uzgodnienie w umowie określonego rezultatu oznaczać może odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, jest nieuzasadnione. Także w literaturze zwraca się uwagę na problem z „kalkowaniem” zagranicznych umów „o rezultat” do systemu polskiego, gdzie ustawa bazowo i wyraźnie wskazuje na zasadę winy dłużnika (art. 471-473 k.c.), por. *op. cit.* A. Szlęzak, H. Gardocka, *Standardy odpowiedzialności kontraktowej...*, s. 18.

odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie (art. 473 § 2 k.c.). Przedmiotowa problematyka to w konsekwencji przede wszystkim kwestia wykładni postanowień umownych, a nie prawa.⁷⁴⁵

Zagadnienie to może więc być jedynie zasygnalizowane. Przede wszystkim wskazać należy, że to treść konkretnie zawartej umowy decydowała będzie, jak należy pojmować reżim „punktów karnych”, a w szczególności czy „punkty karne” przyznawane są już za samo obiektywne niespełnianie wskaźników (zwrot w umowie: „za opóźnienie”), czy też konieczne jest wystąpienie zarówno obiektywnego niespełnienia wskaźników jak i winy wykonawcy (zwrot: „za zwłokę”). Przy tym **każdy obowiązek (świadczenie częściowe) wykonawcy może być oparty na innej zasadzie odpowiedzialności**, gdyż mamy do czynienia z nienazwaną umową mieszaną z wyraźnie identyfikowalnymi świadczeniami.

Niezwykle istotne jest, że modyfikacja przez strony odpowiedzialności dłużnika w reżimie odpowiedzialności kontraktowej w stosunku do zasad ogólnych powinna **jednoznacznie** wynikać z treści umowy.⁷⁴⁶ W związku z powyższym nietransparentne postanowienia umowne należy co do zasady interpretować na korzyść wykonawcy, gdyż to autor wzoru umowy musi ponosić konsekwencje swoich przeoczeń lub niejasnych sformułowań umownych.

Sama praktyka kontraktowa pokazuje, że najnowsze umowy posługują się już praktycznie wyłącznie pojęciem „zwłoki”, a nie „opóźnienia” jak to często było we wcześniejszych wzorcach umownych, co oznacza oparcie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie winy.⁷⁴⁷ Wynika to prawdopodobnie z regulacji zawartych w nowym PZP

⁷⁴⁵ Co do kwestii dopuszczalności umownej modyfikacji odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania por. w szczególności P. Konik, *Umowne kształtowanie odpowiedzialności dłużnika za naruszenie zobowiązania w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2019, s. 91 i n.; K. Zagrobelny [w:] R. Strugała, *Wykładnia umów. Standardowe klauzule umowne*, wyd. 3, Warszawa 2020, s. 376-381.

⁷⁴⁶ Wyroki SN z dnia 29 listopada 2002 r., sygn. akt IV CKN 1553/00, Legalis numer 59147; *op. cit.* z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12; z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt I CSK 383/15, Legalis numer 1472291; Z. Gawlik, *Komentarz do art. 473 KC*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 3, nb. 4.

⁷⁴⁷ Na „zwłokę” wskazuje bezpośrednio np. OPZ poznańskiego wzorca umownego w myśl którego „Zwłoka w usunięciu któregośkolwiek z odstępstwa od standardu utrzymania Drogi stwierdzonego w trakcie kontroli doraźnej Drogi skutkować będzie naliczeniem punktów karnych (zgodnie z Kartą Kar stanowiącą załącznik

w myśl których umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia (art. 433 pkt 1 ustawy).

Na koniec wymaga wskazania, że zgodnie z prawem cywilnym dłużnik odpowiada do granic siły wyższej.⁷⁴⁸ Także tradycyjna koncepcja umownej klauzuli siły wyższej wykazuje następujące konsekwencje: (1) przerwanie stosunku umownego, (2) brak odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie kontraktu.⁷⁴⁹ W analizowanych umowach wskaźnikowych siła wyższa jest natomiast jedynie przesłanką zmiany umowy.⁷⁵⁰ Powyższe oznacza, że co do zasady nie będzie ona zwalniała wykonawcy z obowiązku świadczenia (zawieszala obowiązek wykonywania umowy), dopóki strony nie zmienią kontraktu ich łączącego. Klauzule siły wyższej implementowane do analizowanych umów wskaźnikowych umożliwiają jednak stronom podtrzymanie łączącej je więzi zobowiązaniowej, a wręcz to nakazują. W praktyce jakakolwiek zmiana umowy może jednak okazać się niemożliwa, gdyż do jej przeprowadzenia potrzebna jest zgoda obydwu stron, a wykonawca może nie być w stanie zrealizować roszczenia o złożenie oświadczenia woli przez sąd w zastępstwie zamawiającego (art. 64 k.c.). Planowana przez strony rewizja rozkładu ryzyk kontraktowych może więc być jedynie czysto teoretyczna.⁷⁵¹ W konsekwencji odpowiedzialność wykonawcy za realizację umowy, a precyzując za wykonywanie pewnych świadczeń częściowych, może być odpowiedzialnością nawet nie

nr 12) będących podstawą do naliczenia kar umownych.” - B I 4.1.1. „Kontrola doraźna Drogi” OPZ. Analogicznie IPU: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: 2) z tytułu zwłoki w wykonaniu Robót i Usług zgodnie z Kartą Kar stanowiącą załącznik nr 16 [nie nr 16 a 12, to omyłka zamawiającego – MK] do OPZ w wysokości określonej w Karcie Kar” - § 14 ust. 1 pkt 2) IPU.

⁷⁴⁸ Instytucji siły wyższej nie należy jednak mylić z klauzulą nadzwyczajnej zmiany okoliczności (art. 357¹ k.c.), por. E. Bagińska, *Klauzula rebus sic stantibus - współczesne zastosowania*, GSP 2/2010, s. 182. Por. ponadto A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014, s. 101 i n.; *op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5a, s. 548.

⁷⁴⁹ A. Brzozowski [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1378.

⁷⁵⁰ § 7 ust. 5 lit. f) IPU szczecińskiego, § 6 ust. 7 lit. d) IPU kieleckiego, § 6 ust. 7 lit. e) IPU opolskiego wzorca umownego. Por. ponadto *op. cit.* M. Kosmol, *Ryzyka kontraktowe...*, s. 21.

⁷⁵¹ Na niedoskonałość umownych klauzul siły wyższej niezawierających konkretnych postanowień na wypadek niedojścia przez strony do porozumienia zasadnie wskazuje *op. cit.* A. Brzozowski [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1382.

tylę zbliżoną do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka (gdyż siła wyższa zwalniałaby wówczas dłużnika z odpowiedzialności), a wręcz do zasady gwarancyjnej, opartej praktycznie wyłącznie na kryteriach obiektywnych. Umowy wyłączają jednak pewne zdarzenia z zakresu odpowiedzialności wykonawcy – np. gdy zdarzenie losowe doprowadzi do katastrofy budowlanej albo dojdzie do uszkodzenia konstrukcji nośnej obiektu inżynierskiego. Wykonawca może więc być zobligowany do realizacji pewnych świadczeń, nawet w sytuacji obiektywnego wystąpienia zjawisk o charakterze *vis major* (np. zabezpieczenie drogi w przypadku jej uszkodzenia przez trąbę powietrzną, jednakże już nie jej naprawienie, gdyż ta czynność co do zasady powinna być wykonana na podstawie oddzielnie zleconej oraz dodatkowo płatnej aktywności z zakresu utrzymania strukturalnego). Umowny podział ryzyk kontraktowych jest więc zagadnieniem niezwykle istotnym i o olbrzymim wręcz znaczeniu praktycznym. Postanowienia umowne w tej mierze często nie są jednak w pełni transparentne.

2. Pozostałe kary umowne

Analizowane umowy wskaźnikowe oprócz „typowych” kar umownych zawierają także stosunkowo „nietypowe” kary umowne. Przedmiotowa „nietypowość” niektórych kar umownych polega na tym, że *prima facie* wywołują one istotne wątpliwości co do skuteczności ich zastrzeżenia. Z tego względu zostaną omówione poniżej.

Tabela nr 7. Przykładowe „nietypowe” kary umowne w analizowanych umowach wskaźnikowych.

Powód naliczenia kary umownej	Wysokość kary umownej
z tytułu rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie wykonawcy	20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy, w części świadczenia umownego, które nie zostało spełnione; zamawiający zachowuje w tym przypadku prawo do roszczenia z tytułu rękojmi i gwarancji do prac dotychczas wykonanych

w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom	10.000 zł za każdy przypadek braku zapłaty wynagrodzenia – w stosunku do każdego podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy
w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom	300,00 zł za każdy dzień opóźnienia – w stosunku do każdego podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy

Źródło: opracowanie własne Autora na podstawie IPU opolskiego wzorca umownego.

W przypadku kary umownej naliczanej z tytułu rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie wykonawcy powstaje pytanie, czy kara taka jest ważna oraz czy powinna być kumulowana z innymi sankcjami umownymi. Według mnie nic nie stoi na przeszkodzie, aby karę taką zastosować i co do zasady powinna być ona w pełni ważna i skuteczna.⁷⁵² Indemnifikuje ona bowiem szkodę wynikającą z przedwczesnego zakończenia stosunku zobowiązaniowego, co dla zamawiającego zawsze będzie problematyczne, gdyż spowoduje konieczność rozpisanie nowego przetargu. Można kumulować ją z innymi sankcjami umownymi, jednakże z ostrożności prawnej kumulacja taka powinna być zapisana wprost w umowie. Kumulacja kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z karą umowną za odstąpienie od umowy lub jej wypowiedzenie z powodów leżących po stronie dłużnika jest bowiem zagadnieniem stosunkowo problematycznym.⁷⁵³ Warto odnotować, że Sąd Najwyższy stwierdził⁷⁵⁴, przywołując także wcześniejsze orzecznictwo, że roszczenie o zapłatę kary umownej przewidzianej na wypadek zwłoki lub opóźnienia co do zasady nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również karę umowną należną w przypadku odstąpienia od umowy. Jednak w razie rozwiązania analizowanej umowy wskaźnikowej z powodów obciążających wykonawcę odpowiedzialność za szkodę

⁷⁵² Por. *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1293-1294.

⁷⁵³ Por. *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1298-1300.

⁷⁵⁴ Wyrok SN z dnia 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17, Legalis numer 1793919.

z tego tytułu nie pochłania odpowiedzialności za szkodę wcześniej doznaną przez zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

Jeżeli chodzi o **kary umowne naliczane za nienależyte wykonanie zobowiązania pieniężnego** w postaci braku/nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom to sprawa jest już znacznie mniej transparentna. Kara taka może być uznana za niezgodną z art. 483 § 1 k.c., jednakże ma wyraźne oparcie w przepisach PZP, gdzie kara taka jest wprost wskazywana (art. 143d ust. 1 pkt 7) lit. a) uchylonego PZP; art. 436 pkt 4) lit. a) oraz art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a) nowego PZP). W doktrynie i orzecznictwie występują trzy podejścia do przedmiotowej problematyki: taka kara umowna jest bezwzględnie nieważna, gdyż jest niezgodna z art. 483 § 1 k.c. (art. 58 § 3 k.c.), kara taka jest w pełni ważna albo kara taka jest albo ważna albo nieważna w zależności od jej konkretnej treści.⁷⁵⁵ Według mnie taka kara co do zasady powinna być ważna, gdyż ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z brzmienia art. 483 § 1 k.c., a mimo to ww. przepisy do PZP wprowadził, a ponadto kara tego typu ma bardzo wyraźne uzasadnienie aksjologiczne. Przedmiotowe normy prawne można by więc uznać za przypadki *leges specialis* w stosunku do art. 483 § 1 k.c. Ostatecznie także Sąd Najwyższy uznał, że przedmiotowa kara umowna jest dozwolona.⁷⁵⁶ Odnotowania wymaga zarazem, iż przedmiotowa uchwała nie była w ogóle potrzebna, gdyż zobowiązanie wykonawcy w stosunku do inwestora (zastrzeżenie, że wykonawca zapłaci podwykonawcy na czas) nie wykazuje charakteru pieniężnego.⁷⁵⁷

Zastanawiające są ponadto takie **kary umowne, które nie zawierają odesłania do żadnego konkretnego przypadku naruszenia warunków umowy**. W ramach

⁷⁵⁵ *Op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1298; przy czym Autorzy wskazują, że „(...) klauzule określające kary umowne w sposób powielający dosłowną treść art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a ZamPublU, a zatem za opóźnienie w zapłacie lub brak zapłaty przez wykonawców wynagrodzenia należnego podwykonawcom należy co do zasady uznać za sprzeczne z imperatywną normą art. 483 § 1 KC.”

⁷⁵⁶ Uchwała SN z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt III CZP 67/19, Legalis numer 2392454.

⁷⁵⁷ Por. T. Szanciło, *Komentarz do art. 483 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 7.

przykładu przywołać można sytuację, w której według umowy wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości 4.000 zł za każdy niewymieniony w § 12 pkt 1-23 oraz w Tabeli kar i potrąceń przypadek naruszenia warunków umowy.⁷⁵⁸ Kara umowna powinna odnosić się bowiem do zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania⁷⁵⁹, w związku z czym należy uznać, że tak sformułowana kara umowna nie powinna wywoływać negatywnych skutków prawnych w sferze wykonawcy, gdyż jest zbyt nieprecyzyjna.

3. Potrącanie kar umownych z wynagrodzenia należnego wykonawcy

Pozostaje problematyczna kwestia jakie przepisy powinny zostać zastosowane, gdy zamawiający zamierza potrącić karę umowną z należnego wykonawcy wynagrodzenia za dany miesiąc. Zamawiający co do zasady może potrącić należne kary umowne z dowolnej należności (faktury) przysługującej wykonawcy lub może je pokrywać z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdyż umowy wyraźnie przewidują taką możliwość.⁷⁶⁰ Powyższe niekoniecznie dotyczy jednak kar umownych wynikających z niedotrzymania standardu (w niektórych umowach błędnie: „potrącenie”, będące w istocie obniżeniem wynagrodzenia), które to najczęściej mogą być potrącane wyłącznie z wynagrodzenia należnego wykonawcy za miesiąc w którym stwierdzono odstępstwa od ustalonych standardów (tych „punktów karnych” co do zasady nie można więc „magazynować”). Przykładowo w jednym z postępowań zamawiający wskazał, że w tym wypadku mamy do czynienia z kompensatą umowną, następującą bez konieczności składania dodatkowego

⁷⁵⁸ § 13 ust. 1 pkt 24 IPU katowickiego wzorca umownego; na powyższe zwrócił uwagę także wykonawca zadając pytanie zamawiającemu i przywołując w tej mierze stosowne orzeczenie SN, jednakże zamawiający nie wyraził zgody na zmianę umowy – por. pozycja „Treść zapytań i wyjaśnień”, s. 3, <https://www.gddkia.gov.pl/ajax/zamowieniePubliczneSzczegoly.php?id=24871&lang=pl> [dostęp 01.02.2020].

⁷⁵⁹ Por. *op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, s. 428, podkreślając potrzebę szczegółowego określenia warunków zastosowania kary umownej.

⁷⁶⁰ Por. np. § 13 ust. 3 IPU kieleckiego i § 13 ust. 6 IPU opolskiego wzorca umownego, patrz także § 14 ust. 7 IPU poznańskiego i § 14 ust. 9-10 IPU rzeszowskiego wzorca umownego.

oświadczenia woli przewidywanego przez art. 499 k.c.⁷⁶¹ Wykonawca powinien więc *de facto* sam zmniejszyć należne sobie wynagrodzenie i fakt ten musi znaleźć odzwierciedlenie na wystawianej przez niego w danym miesiącu fakturze VAT, a stosowne wartości powinny zostać odliczone od kwoty netto należnego wykonawcy wynagrodzenia miesięcznego.⁷⁶²

Potrącenie umowne wykreowane przez analizowaną umowę wskaźnikową można by zatem zakwalifikować jako tzw. kompensatę stałą, w ramach której strony umownie regulują zasady dokonywania przyszłych potrąceń (nie jest to jednak potrącenie wierzytelności przyszłej).⁷⁶³ W takiej konstelacji w ustalonym momencie (bądź ustalonych momentach) wzajemne zarachowanie wierzytelności dokona się automatycznie, bez potrzeby składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń woli.⁷⁶⁴ Brak reakcji wykonawcy na dostarczone mu saldo rozliczenia „punktów karnych”, będzie więc tożsamy z jego uznaniem.⁷⁶⁵ Możliwa jest jednak również odmienna wykładnia przedmiotowego narzędzia kontraktowego, nie jako tzw. kompensaty stałej, a upoważnienia zamawiającego do jednostronnego dokonywania potrąceń⁷⁶⁶. Kwalifikacja konkretnego przypadku będzie zależna od treści danej umowy, a także samego podejścia do podziału potrącenia umownego i wynikających z niego skutków⁷⁶⁷.

We wzorcach umownych zaobserwować jednak można, że zamawiający co do zasady może dokonać potrącenia stosownym oświadczeniem woli.⁷⁶⁸ Sytuacja taka mogłaby

⁷⁶¹ Wyjaśnienia zamawiającego w ramach katowickiego wzorca umownego z 2019 r. – patrz pozycja „Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami”, s. 1-2, <https://www.gddkia.gov.pl/ajax/zamowieniePubliczneSzczegoly.php?id=25129&lang=pl> [dostęp 30.01.2020].

⁷⁶² Por. np. Załącznik nr 16b do opolskiego oraz łódzkiego wzorca umownego „Tabela odstępstw” i Załącznik nr 16 do zielonogórskiego wzorca umownego „Tabela kar i potrąceń”.

⁷⁶³ Por. Ł. Chyla, A. Barańska, *Potrącenie umowne w prawie polskim*, SZN 2017, vol. XX, nr 33, s. 15.

⁷⁶⁴ *Op. cit.* Ł. Chyla, A. Barańska, *Potrącenie umowne...*, s. 15

⁷⁶⁵ *Op. cit.* Ł. Chyla, A. Barańska, *Potrącenie umowne...*, s. 15.

⁷⁶⁶ Por. w tej mierze *op. cit.* Ł. Chyla, A. Barańska, *Potrącenie umowne...*, s. 16

⁷⁶⁷ Różni Autorzy wyrażają bowiem odmienne opinie, por. w szczególności poglądy prezentowane w M. Pyziak-Szafnicka [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1668-1669.

⁷⁶⁸ „W przypadku przekroczenia dopuszczalnego poziomu odstępstw od założonych standardów (załącznik nr 16 - Tabela kar i potrąceń), Zamawiający dokona potrącenia kwot naliczonych kar z Cyklicznego Wynagrodzenia w miesiącu w którym takie odstępstwo zostanie stwierdzone.” - § 6 ust. 3 IPU szczecińskiego

być więc zakwalifikowana jako umowne upoważnienie zamawiającego do jednostronnego dokonywania potrąceń. Potrącenie będzie wówczas następowało na podstawie umowy, a nie ustawy, poprzez skorzystanie z uprawnienia prawokształtującego, jednakże z uwagi na (1) podobieństwo tak ukształtowanego potrącenia umownego do potrącenia ustawowego, (2) szczątkowej regulacji umownej oraz (3) braku pełnej jasności, czy strony (zamawiający) nie chciały jedynie usunąć ewentualnych wątpliwości, czy zamawiający może potrącać stosowne kwoty z wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy; do konstrukcji tej uzasadnione może być stosowanie przepisów o potrąceniu ustawowym. Postanowienia umowne nie są bowiem w pełni transparentne, a ponadto tak potrącenie ustawowe jak i upoważnienie do jednostronnego dokonywania potrąceń realizowane są poprzez skorzystanie z uprawnienia prawokształtującego⁷⁶⁹. W razie wątpliwości interpretacyjnych według mnie kierować należy się w stronę uznania przedmiotowego uprawnienia za umowne upoważnienie zamawiającego do jednostronnego dokonywania potrąceń, do którego w kwestiach nieuregulowanych w umowie zastosowanie mogłyby znaleźć przepisy k.c. o potrąceniu.

4. Stosunek kar umownych do pozostałych uprawnień przysługujących zamawiającemu na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę

Kary umowne zastrzegane przez umowę co do zasady funkcjonują niezależnie od pozostałych uprawnień zamawiającego przewidywanych tak przez umowy, jak i prawo, na

wzorca umownego; „W przypadku stwierdzenia odstępstw od wymaganych standardów utrzymania Zamawiający uzna, że Wykonawca nie zrealizował Umowy w wymaganym zakresie i dokona potrącenia Cyklicznego Wynagrodzenia Wykonawcy w miesiącu, w którym takie odstępstwo zostało stwierdzone. Potrącenie zostanie dokonane w oparciu o Tabelę Kar i Potrąceń stanowiącą załącznik Nr 10 do OPZ.” - § 5 ust. 3 IPU kieleckiego wzorca umownego. Nicco inaczej w opolskim wzorcu umownym: „W przypadku przekroczenia dopuszczalnego poziomu odstępstw od założonych standardów, Wykonawca zgodnie z żądaniem Zamawiającego wyrażonym w protokole robót i usług (odbioru częściowe) dokona obniżenia Cyklicznego Wynagrodzenia w miesiącu, w którym takie odstępstwo zostanie stwierdzone.” - § 5 ust. 3 IPU opolskiego wzorca umownego.

⁷⁶⁹ Por. *op. cit.* M. Pyziak-Szafnicka [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1668-1669.

wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę, tj. zastępczego wykonania zobowiązania, roszczenia o zapłatę odszkodowania⁷⁷⁰, czy też jednostronnego rozwiązania umowy.

W ramach kar umownych naliczanych za naruszenie (co do zasady łącznie) wskaźnika jakościowego (rezultatu) oraz czasowego (kar umownych zabezpieczających standard utrzymania drogi) i praw zamawiającego wynikających z rękojmi oraz gwarancji jakości, dochodzi do zbiegu uprawnień. Przedmiotowe kary umowne wynikają z „punktów karnych” naliczanych w istocie za dopuszczenie do wadliwości usługi utrzymaniowej (rozumianej jako niezgodność usługi z umową). W związku z powyższym rękojmia oraz gwarancja jakości, choć formalnie pozostają niezależnymi od analizowanych kar umownych figurami prawnymi, leżą na tej samej płaszczyźnie, gdyż zabezpieczają ten sam interes zamawiającego. Formalną odrębność ww. instytucji dobrze obrazuje przykład niestarannego (wadliwego) załatania ubytku w jezdni (dzieło). Nawet jeżeli zamawiający naliczy karę umowną za niespełnienie standardu w danej jednostce czasu, i tak będzie mógł wymagać poprawienia ww. dzieła na podstawie gwarancji jakości/rękojmi, gdyż wykazało ono wady fizyczne. Powyższe niejako „podwójne pokrycie” interesu zamawiającego (przedmiotowymi karami umownymi oraz gwarancją jakości i rękojmią) jest w pełni uzasadnione, gdyż zamawiający zainteresowany jest rezultatem ciągłym, a nie poszczególnymi czynnościami utrzymaniowymi jako takimi. Samo niedochowanie standardu w danej jednostce czasu uzasadnia naliczenie stosownej kary umownej, choćby wykonawca później wadliwe dzieło (świadczenie częściowe) poprawił.⁷⁷¹ Z uwagi na zbieg uprawnień nie można obniżyć wynagrodzenia wykonawcy za te same uchybienie (np. ww. wadliwe załatanie ubytku w jezdni) dwa razy, a więc zarówno naliczyć „punkty

⁷⁷⁰ Obok roszczenia o zapłatę kary umownej możliwe jest także podniesienie roszczenia o zapłatę odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oparte na art. 471 k.c., jednak wyłącznie, o ile umowa będzie przewidywała taką ewentualność (art. 484 § 1 zd. 2 k.c.).

⁷⁷¹ Inaczej byłoby w ramach „tradycyjnej” umowy o dzieło, w ramach której albo przyjmujący zamówienie dzieło poprawi albo obniża się wynagrodzenie.

karne” przekładające się na karę umowną, jak i wykorzystać obniżenie wynagrodzenia przewidywane przez rękojmię lub gwarancję jakości.⁷⁷²

III. Odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach ogólnych

1. Funkcje i przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej opartej na zasadach ogólnych

Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika oparta na zasadach ogólnych powstaje w Polsce z mocy samego prawa (art. 471 k.c.) w związku z czym nie zastrzega się jej w umowie. W jej ramach powszechnie obowiązuje zasada, w myśl której wysokość odszkodowania należnego wierzycielowi nie może przewyższać wysokości doznanej przez niego szkody, podstawową funkcją obowiązku odszkodowawczego z ww. przepisu jest bowiem wyrównanie powstałego uszczerbku majątkowego (funkcja kompensacyjna), a nie zapewnianie wierzycielowi nieuzasadnionych korzyści kosztem dłużnika.⁷⁷³ Z kolei na dalszym planie znajduje się funkcja prewencyjno-wychowawcza – realnie i *ex lege* grożąca odpowiedzialność zachęca do prawidłowego wykonywania obowiązków kontraktowych.⁷⁷⁴

⁷⁷² Powyższe ustalenia nabierają głębszego sensu, jeżeli przyrównamy analizowaną umowę (o niejednorodny (niejednorodny) rezultat ciągły) do umowy także o rezultat ciągły, jednak zdecydowanie jednorodny (jednorodny) - np. umowy o udostępnianie chmury internetowej koncentrującej się na ciągłej dostępności usługi. W przypadku analizowanej umowy wskaźnikowej konieczne jest wyszczególnienie poziomu ogólnego (umowa/usługa jako pewna całość) oraz poziomu szczegółowego (poszczególnych rezultatów punktowych/usług). Natomiast w przywoływanym przykładzie takie wyszczególnienie jest bezzasadne, przede wszystkim dlatego, że wówczas mamy do czynienia z jednorodnym (jednorodnym) rezultatem ciągłym (w jego ramach trudno zaobserwować poszczególne, odrębne czynności wykonawcy). Analizowaną umowę wskaźnikową można więc określić umową o „dzieło ciągłe” *sensu largo*, natomiast przywoływany przykład za umowę o „dzieło ciągłe” *sensu stricto*. Zarazem warto wskazać, że w umowie o „dzieło ciągłe” *sensu stricto*, a więc opiekującej na jednorodny (jednorodny) rezultat ciągły, obniżanie wynagrodzenia z powodu niedostarczenia ustalonego rezultatu poprzez kary umowne co do zasady całkowicie zastąpi rękojmię (która to z ustawy miałaby zastosowanie, gdyby strony nie ustaliły bardziej konkretnych reguł postępowania na wypadek braku dostarczenia ustalonego rezultatu ciągłego, a więc na wypadek wystąpienia wad usługi, jednak przy założeniu, że osiągnięcie ustalonego rezultatu byłoby wysoce prawdopodobne), czego nie można powiedzieć o sytuacji prawnej w ramach analizowanych umów wskaźnikowych.

⁷⁷³ *Op. cit.* A. Śmieja, *W sprawie funkcji...*, s. 391; por. ponadto *op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5a, s. 538-539. Analogicznie także np. w USA, por. R. Cooter, M. A. Eisenberg, *Damages for Breach of Contract*, *California Law Review* 5/1985, s. 1434.

⁷⁷⁴ *Op. cit.* A. Śmieja, *W sprawie funkcji...*, s. 393. Warto w tym miejscu jednak odnotować, że tak funkcja prewencyjna jak i wychowawcza w praktyce nie mają większego znaczenia, por. *op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5a, s. 539.

Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika oparta na zasadach ogólnych aktualizuje się, o ile wierzyciel (zamawiający) będzie w stanie udowodnić, że zachodzą następujące przesłanki: 1) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (za które dłużnik ponosi odpowiedzialność), 2) szkoda oraz 3) związek przyczynowy między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą.⁷⁷⁵

Pierwszą i zasadniczą przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Nie chodzi jednakże o każdy przejaw naruszenia zobowiązania, a jedynie o takie jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie, za które w danym stosunku umownym dłużnik odpowiada. Podkreślenia wymaga, że w analizowanych umowach wskaźnikowych praktycznie zawsze będziemy mieli do czynienia z nienależytym wykonaniem zobowiązania, a nie z jego niewykonaniem, gdyż niezgodności z treścią umowy będą występowały tylko na poziomie poszczególnych świadczeń częściowych (np. odśnieżenie drogi, naprawa ubytku w jezdni), a nie całego zobowiązania ciągłego.⁷⁷⁶ Samo stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania danego świadczenia częściowego (obowiązku) jest stosunkowo transparentne, gdyż jakość usługi jest dokładnie określona w umowie, natomiast ustalenie zasady odpowiedzialności jego dotyczącej musi opierać się na wykładni postanowień umownych. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że kary umowne wywierają bezpośredni wpływ na sferę odpowiedzialności dłużnika kształtowaną przez art. 471 k.c.⁷⁷⁷, a ponadto kwalifikacja poszczególnych świadczeń wykonawcy do kategorii świadczeń starannego działania albo świadczeń rezultatu (starannego działania i rezultatu), nie wpływa na zasadę odpowiedzialności tego podmiotu. Odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie lub

⁷⁷⁵ Por. np. *op. cit.* A. Śmieja, *W sprawie funkcji...*, s. 391.

⁷⁷⁶ Z niewykonaniem zobowiązania mamy bowiem do czynienia dopiero, gdy dłużnik w ogóle nie świadczy lub też świadczy, ale inny przedmiot niż wynikający z treści zobowiązania, albo też gdy jego świadczenie nie przekroczy progu osiągnięcia konstytutywnych cech ustalonego świadczenia, por. *op. cit.* F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1177-1178.

⁷⁷⁷ Por. *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1284.

nienależyte wykonanie zobowiązania mająca oparcie w art. 471 k.c. bazuje na należytej staranności, a więc winie, chyba że z treści umowy wynikała będzie inna zasada odpowiedzialności (art. 472 k.c.). Na koniec warto wskazać, że wykonawca nie może odpowiadać za niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego świadczenia częściowego (obowiązku), gdy będzie to spowodowane przez zawinione działania lub zaniechania zamawiającego, w tym przez brak współdziałania zamawiającego z wykonawcą w sytuacji gdyby było to konieczne do prawidłowej realizacji umowy lub też gdy będzie to wynikało z realizacji zadań w sposób wprost wskazany w umowie⁷⁷⁸, gdyż przypisywanie odpowiedzialności wykonawcy w tych sytuacjach byłoby nieuzasadnione.

Kolejną przesłanką odpowiedzialności z art. 471 k.c. jest szkoda. Musi ona powstać aby możliwe było dochodzenie odszkodowania, przy czym w aktualnym stanie prawnym chodzi wyłącznie o szkodę majątkową.⁷⁷⁹ Szkoda majątkowa to różnica pomiędzy stanem majątkowym w jakim znalazł się poszkodowany, a stanem, który niewątpliwie zaistniałby, gdyby do wyrządzenia szkody nie doszło.⁷⁸⁰ Sąd powinien więc ustalić, jak wygląda majątek poszkodowanego, a jak wyglądałby, gdyby zobowiązanie zostało prawidłowo wykonane.⁷⁸¹ Na zasadach ogólnych najczęściej będą więc wynagradzane uszczerbki majątkowe zamawiającego wynikające z konieczności zapłaty użytkownikom dróg odszkodowań oraz zadośćuczynień mających podstawę w nieprawidłowym stanie utrzymywanej infrastruktury drogowej. Obniżenie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na różnicę między wartością

⁷⁷⁸ Według wskazówek zamawiającego - umowa przewiduje np. konkretny sposób przygotowywania mieszanki asfaltowej do łatania ubytków w jezdni w okresie zimowym (opis świadczenia typu *method-based*), a sposób ten prowadzi do wystąpienia wady w załatany ubytku (dziele). W tej mierze por. w szczególności art. 641 § 2 k.c.

⁷⁷⁹ *Op. cit.* F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1207; *op. cit.* M. Kaliński [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 23; K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 471 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt B 1.

⁷⁸⁰ *Por. op. cit.* M. Kaliński [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 77 i n.; *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 233; A. Sinkiewicz, *Pojęcie i rodzaje szkody w polskim prawie cywilnym*, *Rejent* 2/1998, s. 65 i n.

⁷⁸¹ *Op. cit.* F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1217.

świadczenia zamówionego a otrzymanego regulują natomiast same umowy w ramach reżimu „punktów karnych”.

Dla powstania odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest także zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą. *De lege lata* mamy tutaj na myśli adekwatny związek przyczynowy (art. 361 § 1 k.c.).⁷⁸² W ramach analizowanych umów wskaźnikowych kwestia ta nie powinna być ponadprzeciętnie problematyczna.

2. Odpowiedzialność wykonawcy za osoby zaangażowane w wykonywanie zobowiązania

Zgodnie z prawem wykonawca odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza (art. 474 k.c.). Ww. przepis przewiduje odpowiedzialność na zasadzie ryzyka⁷⁸³, w związku z czym ewentualne zwolnienie się z odpowiedzialności za szkody wywołane przez osoby trzecie jest bardzo utrudnione. Wykonawca odpowiada za działania i zaniechania podwykonawców oraz pomocników niezależnie od tego, czy podlegają jego kierownictwu, czy też posiadają swobodę działania, a także bez względu na fakt otrzymywania przez nich jakiegokolwiek korzyści majątkowej za swoje aktywności.⁷⁸⁴ Warto odnotować także, że co do zasady wszelkie modyfikacje zakresu odpowiedzialności dłużnika automatycznie znajdują

⁷⁸² *Op. cit.* M. Kaliński [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 132; *op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 471 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, pkt B 2.

⁷⁸³ M. Gutowski, *Komentarz do art. 474 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt I 1; K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 474 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 2.

⁷⁸⁴ *Op. cit.* M. Gutowski, *Komentarz do art. 474 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt I 6; *op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 474 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 7.

lustrzane odbicie w zakresie odpowiedzialności dłużnika za podwykonawców i pomocników.⁷⁸⁵

3. Stosunek roszczenia odszkodowawczego opartego na zasadach ogólnych do pozostałych uprawnień przysługujących zamawiającemu na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę

Skorzystanie przez zamawiającego z art. 471 k.c. co do zasady nie wywiera wpływu na pozostałe uprawnienia przysługujące temu podmiotowi na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę. W szczególności roszczenie odszkodowawcze oparte na zasadach ogólnych jest niezależne od obciążającej wykonawcę powinności realizowania poszczególnych świadczeń częściowych. Zamawiający może więc nadal wymagać od wykonawcy realizacji umowy, gdyż ma interes w ciągłym utrzymywaniu ustalonego standardu drogi.⁷⁸⁶ Analogicznie konkurencja roszczeń nie występuje z uprawnieniem do zastępczego wykonania zobowiązania⁷⁸⁷, czy też uprawnieniem do jednostronnego rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

IV. Realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady

Odpowiedzialność z tytułu rękojmi wynika z przepisów prawa (por. w szczególności art. 556-576 k.c.), natomiast profesjonalne podmioty mogą w znacznym stopniu

⁷⁸⁵ *Op. cit.* M. Gutowski, *Komentarz do art. 474 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt II 1; *op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 474 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 6.

⁷⁸⁶ Roszczenie o zapłatę odszkodowania może zastąpić świadczenie wynikające z treści zobowiązania albo też wystąpić obok tego świadczenia, o ile wierzyciel nie zrezygnuje z domagania się wykonania zobowiązania, por. *op. cit.* W. J. Katner [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5a, s. 536. Natomiast roszczenie o naprawienie szkody wynikłej ze zwłoki zawsze istnieje obok roszczenia o wykonanie zobowiązania, por. *op. cit.* F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 1214. Jeśli zamawiający skorzysta jednak z roszczenia odszkodowawczego i zrezygnuje zarazem z możliwości żądania realnego wykonania zobowiązania lub gdy ww. żądanie stało się niemożliwe, zobowiązanie o realne spełnienie świadczenia przekształca się w zobowiązanie odszkodowawcze, por. *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 232.

⁷⁸⁷ Jest to dodatkowe uprawnienie przewidziane dla wierzyciela, a wynikające ze zwłoki (bądź też opóźnienia, jeżeli umowy wskazują na opóźnienie) dłużnika.

zmodyfikować jej zakres. Instytucję rękojmi należy uznać za szczególny rodzaj odpowiedzialności umownej.⁷⁸⁸ W ramach zamówień publicznych posiada ona głównie dwie funkcje: wyrównawczą oraz prewencyjno-stymulacyjną⁷⁸⁹. Jak wskazywałem wyżej, „punkty karne” naliczane za niedochowanie ustalonego standardu (za niewypełnianie co do zasady łącznie wskaźnika jakościowego (rezultatu) oraz czasowego), zabezpieczają rezultat ciągły (standard utrzymania drogi), natomiast rękojmia zabezpiecza co do zasady poszczególne rezultaty punktowe/częściowe, razem składające się na ww. rezultat ciągły.

Na początek warto zauważyć, że art. 638 § 1 k.c. wskazuje, iż do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Realizacja uprawnień wynikających z rękojmi za wady dzieła ma swoje bezpośrednie umocowanie i źródło w przepisach k.c.⁷⁹⁰ Można ją rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć wolą stron.⁷⁹¹ Wzorce umów o utrzymanie dróg wprost wskazują, że zamawiającemu przysługuje ochrona przewidywana przez omawianą instytucję. Także w ramach umowy o roboty budowlane do rękojmi przy sprzedaży poprzez art. 638 § 1 k.c. odsyła art. 656 § 1 k.c.

Zakres możliwego stosowania rękojmi w ramach umów wskaźnikowych zasadniczo jest ustalany bardzo ogólnie⁷⁹², wydaje się w związku z tym, że rękojmię będzie można stosować do **ucieleśnionych w rzeczy przejawów działalności wykonawcy, które posiadają cechy punktowych (jednorazowych) świadczeń rezultatu (starannego działania i rezultatu) oraz według postanowień umownych podlegają odbiorowi, a więc**

⁷⁸⁸ Por. F. Zoll, *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018; W. Żukowski [w:] M. Chudzik, I. Karasek, K. Kohutek, B. Łyszczarz, M. Olczyk, M. Porzycki, D. Rogoń, M. Rusinek, W. Żukowski, *Sprzedaż*, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 187.

⁷⁸⁹ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 244.

⁷⁹⁰ *Op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 456.

⁷⁹¹ Por. np. K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 638 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 6.

⁷⁹² Szczeciński oraz opolski wzorzec umowny wskazuje, że „Wykonawca udziela Zamawiającemu rękojmi na okres 24 miesięcy.” (odpowiednio § 18 ust. 7 oraz § 17 ust. 6 IPU); w § 17 ust. 7 IPU kieleckiego wzorca umownego czytamy z kolei, że „Wykonawca udziela Zamawiającemu rękojmi na przedmiot umowy na zasadach ogólnych”.

świadczeń częściowych o charakterze dzieła lub robót budowlanych (np. załatanie ubytku w jezdni, naprawa znaku, itd.). Umowy łączą bowiem wady z instytucją odbioru.⁷⁹³

Okres obowiązywania rękojmi jest zazwyczaj uregulowany w umowie. Szczeciński oraz opolski wzorzec umowny ustalają 24-miesięczny okres jej obowiązywania⁷⁹⁴, rzeszowski wskazuje na okres 5 lat⁷⁹⁵, natomiast kielecki opiera się na „zasadach ogólnych”⁷⁹⁶. W ostatnim przypadku zastosowanie znajdą odpowiednie przepisy k.c. dotyczące okresu rękojmi.⁷⁹⁷

Rozpoczęcie biegu okresu objętego rękojmią jest zagadnieniem niejednoznacznym, gdyż zależy od treści danej umowy. Przykładowo kielecki wzorzec umowny wyraźnie wskazuje, że „Bieg okresu rękojmi rozpoczyna się od dnia podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy.”⁷⁹⁸, podczas gdy przy gwarancji „Bieg okresu gwarancji na poszczególne roboty rozpoczyna się w dniu następnym od daty sporządzenia bezusterkowego protokołu odbioru robót w miesiącu rozliczeniowym, w którym zostały one wykonane.”⁷⁹⁹ Szczecińskie oraz opolskie wzorce umowne nie zawierają natomiast takiej

⁷⁹³ § 16 ust. 1 IPU szczecińskiego i § 15 ust. 1 IPU opolskiego wzorca umownego brzmią: „Jeżeli w toku czynności odbioru bądź eksploatacji elementów wykonanych przez Wykonawcę, zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia (...)”. Kielecki wzorzec umowny nie wspomina natomiast o „eksploatacji” wymieniając wyłącznie „odbior” (§ 15 ust. 1 IPU). Rzeszowski wzorzec umowny także wskazuje na zaproponowaną wykładnię zakresu rękojmi wskazując bezpośrednio, że „Zamawiającemu przysługuje, niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji jakości, rękojmią za wady na każdy wykonany element Drogi, a w szczególności na punktowe elementy odbłaskowe, na zabezpieczenie antykorozyjne w wymienianych lub zabezpieczanych przed korozją wyrobach, remont cząstkowy nawierzchni.” (§ 17 ust. 9 IPU). Takie uregulowanie zasługuje na aprobatę, gdyż usuwa niepewność co do zakresu rękojmi. Warto zarazem zauważyć, że także we wzorcowych postanowieniach umownych proponowanych przez World Bank okres objęcia odpowiedzialnością za wady przedmiotu umowy wynosić może np. 12 miesięcy od dnia zakończenia obowiązywania umowy albo 18 miesięcy od dnia uzyskania certyfikatu (protokołu) zakończenia danych robót (ang. *Certificate of Completion of the Works*), którakolwiek z tych dat będzie pierwsza (punkt 42.2 General Conditions (GC) wzorcowych postanowień umów utrzymaniowych, por. *op. cit.* World Bank, *Procurement of works and services...*, s. 150), co wskazuje, że odpowiedzialność wykonawcy za wady dotyczy wyłącznie świadczeń częściowych z punktu widzenia prawa polskiego o charakterze dzieła lub robót budowlanych. Z uwagi na bardzo rozbudowany system „punktów karnych”, który wydaje się być wielokrotnie przemyślany oraz całościowy, problematyczne jest natomiast stosowanie rękojmi do świadczeń częściowych niebędących odrębnymi dziełami materialnymi ucieleśnionymi w rzeczy lub też robotami budowlanymi (a więc do rezultatów przemijających).

⁷⁹⁴ § 18 ust. 7 IPU szczecińskiego, § 17 ust. 6 IPU opolskiego wzorca umownego.

⁷⁹⁵ § 17 ust. 10 IPU rzeszowskiego wzorca umownego.

⁷⁹⁶ § 17 ust. 7 IPU kieleckiego wzorca umownego.

⁷⁹⁷ W ramach dzieła por. *op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajska (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 466. Por. także wyrok SA w Katowicach z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt V ACa 584/13, Legalis numer 775735.

⁷⁹⁸ § 17 ust. 9 IPU kieleckiego wzorca umownego.

⁷⁹⁹ § 17 ust. 2 IPU kieleckiego wzorca umownego.

regulacji, co powinno oznaczać, że w ich ramach termin zaczyna biec od daty odbioru danych dzieł lub robót budowlanych (świadczeń częściowych).⁸⁰⁰

Warunkiem skorzystania z rękojmi jest wyłącznie wystąpienie wady fizycznej lub prawnej (art. 556 k.c.), a kwestie winy dłużnika (wykonawcy) oraz ewentualnej szkody wierzyciela wynikającej z tej wady pozostają bez znaczenia.⁸⁰¹ Instrument ten oparty został bowiem na zasadzie ryzyka, a wręcz ociera się o odpowiedzialność absolutną – podmiot odpowiedzialny nie może bowiem się od niej zwolnić, obciąża go ona niezależnie od tego, czy ponosi on w tym zakresie jakąkolwiek winę, czy to on spowodował wadliwość rzeczy, a nawet niezależnie od tego czy w ogóle widział on lub też mógł wiedzieć o tym, że rzecz jest wadliwa.⁸⁰²

Analizowane umowy wskaźnikowe nie precyzują, jak należy rozumieć pojęcie wady w ramach rękojmi (w przeciwieństwie do gwarancji jakości, gdzie taka definicja występuje i odsyła od k.c.), zasadne jest więc przyjęcie w tej mierze koncepcji kodeksowych. W ramach umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane jest to jednak kwestia problematyczna, gdyż kontrakty te różnią się od umowy sprzedaży do której odsyła k.c. W ramach niniejszych rozważań umowa o roboty budowlane zdecydowanie pozostaje na drugim planie, a kluczowa jest kwestia umowy o dzieło, jednakże koncepcyjnie umowy te są do siebie niezwykle podobne.

Stosując odpowiednio art. 556¹ k.c. należy uznać, że wada fizyczna polega na niezgodności dzieła lub obiektu budowlanego (ustalonego rezultatu) z umową, a w szczególności dzieło lub obiekt budowlany (w istocie remont) jest niezgodne/y z umową, jeżeli:

⁸⁰⁰ Por. też uregulowanie zawarte w rzeszowskim wzorcu umownym - § 17 ust. 11 IPU.

⁸⁰¹ *Op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 457.

⁸⁰² Por. np. *op. cit.* H. Witczak, A. Kawałko, *Zobowiązania*, s. 238; wyrok SA w Lublinie z dnia 25 listopada 1998 r., sygn. akt I ACA 351/98, Legalis numer 44111; *op. cit.* W. Żukowski [w:] M. Chudzik, I. Karasek, K. Kohutek, B. Łyszczarz, M. Olczyk, M. Porzycki, D. Rogoń, M. Rusinek, W. Żukowski, *Sprzedaż*, s. 187.

- nie ma właściwości, które dzieło/obiekt budowlany tego rodzaju powinno/powinien mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia;

- nie ma właściwości, o których istnieniu wykonawca zapewnił zamawiającego, w tym przedstawiając próbkę lub wzór;

- nie nadaje się do celu, o którym zamawiający poinformował wykonawcę przy zawarciu umowy, a wykonawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego ich przeznaczenia;

- zostało/został zamawiającemu wydane/y w stanie niepełnym (art. 556¹ § 1 pkt 1-4 k.c. w zw. z art. 638 § 1 k.c.).⁸⁰³

Ponadto dzieło może mieć wadę fizyczną także w razie nieprawidłowego jego zamontowania i uruchomienia, jeżeli czynności te zostały wykonane przez wykonawcę lub osobę trzecią, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność, albo przez zamawiającego, który postąpił według instrukcji otrzymanej od wykonawcy⁸⁰⁴ (art. 556¹ § 3 k.c.; w ramach umowy o roboty budowlane jest to co do zasady wyłączone), jednakże jest to kwestia problematyczna⁸⁰⁵.

Należy podkreślić, że wada fizyczna jest pojęciem relatywnym i zależnym od treści zawartej umowy.⁸⁰⁶ W związku z tym istotne będzie zawsze dokładnie zbadanie wymagań umownych dotyczących oczekiwanych przez zamawiającego rezultatów.

Natomiast wada prawna to sytuacja w której dzieło lub obiekt budowlany zostało/został wykonane/y z materiałów stanowiących własność osoby trzeciej albo obciążonych prawem osoby trzeciej, a także jeżeli ograniczenie w korzystaniu lub

⁸⁰³ Analogicznie w ramach wad dzieła *op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 459; *op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 638 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 2. Por. także *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 143 i n.; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 81 i n.

⁸⁰⁴ *Op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 638 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 3.

⁸⁰⁵ Por. rozważania zawarte w *op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 461-462.

⁸⁰⁶ *Op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 144; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 82; *tenże* [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 460.

rozporządzeniu dziełem/obiektem budowlanym wynika z decyzji lub orzeczenia właściwego organu (art. 556³ k.c. w zw. z art. 638 § 1 k.c./w zw. z art. art. 656 § 1 k.c.).⁸⁰⁷ Uregulowanie art. 556³ k.c. przy rękojmi za wady dzieła/obiektu budowlanego będzie mogło jednak znaleźć zastosowanie tylko w ograniczonym zakresie, ponieważ spektrum ewentualnych wad prawnych w porównaniu z umową sprzedaży jest bardzo ograniczone.⁸⁰⁸ Przede wszystkim podkreślić należy, że gdy mówimy o remoncie infrastruktury drogowej lub budowie nowych jej elementów, zamontowane materiały lub wybudowane obiekty zasadniczo będą stawały się własnością właściciela nieruchomości w myśl zasady *superficies solo cedit* (art. 48 k.c.). Za części składowe gruntu w pierwszej kolejności należy bowiem uznać budynki oraz inne urządzenia, o ile są trwale z gruntem związane, przy czym od chwili zasadzenia lub zasiania do części składowych gruntu zalicza się również drzewa oraz inne rośliny.⁸⁰⁹

Uprawnienia zamawiającego wynikające z przepisów dotyczących rękojmi stosowanych odpowiednio to uprawnienie do żądania wymiany dzieła/obiektu budowlanego na wolne/y od wad (np. całkowita wymiana wadliwego znaku pionowego, a więc pełne powtórzenie usługi (świadczenia częściowego)) albo usunięcia wady (np. naprawa wadliwego znaku pionowego); a ponadto uprawnienie do złożenia oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia należnego wykonawcy albo odstąpieniu od umowy (w analizowanych umowach – zasadniczo od danego świadczenia częściowego podlegającego odbiorowi a niekoniecznie od całej umowy).⁸¹⁰ Pierwsze dwa uprawnienia to roszczenia, natomiast

⁸⁰⁷ W ramach umowy o dzieło *op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 638 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 4. Por. ponadto *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 147-148; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 85.

⁸⁰⁸ W ramach dzieła *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 147-148; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 85; *tenże* [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 462, 466.

⁸⁰⁹ Por. np. E. Gniewek, *Komentarz do art. 48 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 2-3.

⁸¹⁰ W ramach umowy o dzieło *op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 638 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 7-8. Por. także *op. cit.* A. Brzozowski, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 93 i n., przy czym Autor ten wskazuje, że przepisy nie przyznają wierzycielowi uprawnienia do żądania nowego dzieła, wolnego od wad (s. 117; analogicznie *tenże*, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 174).

możliwość odstąpienia od danego świadczenia częściowego albo obniżenia wynagrodzenia należy zakwalifikować jako uprawnienia prawokształtujące.⁸¹¹

Na gruncie analizowanych umów należy jednak wskazać, że same wzorce umowne przewidują, jakie uprawnienia przysługują zamawiającemu w przypadku wadliwości przedmiotu umowy, i to one będą w tej sytuacji wiążące. Są to następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady będą nadawały się do usunięcia (wady usuwalne), zamawiający będzie mógł odmówić odbioru do czasu usunięcia wad i żądać ich usunięcia, z zastrzeżeniem że – w przypadku braku skutecznego ich usunięcia – roboty i usługi traktowane będą jako niewykonane;

2) jeżeli wady nie będą nadawały się do usunięcia (wady nieusuwalne), to:

- jeżeli będą umożliwiały one użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z jego przeznaczeniem, zamawiający będzie uprawniony do obniżenia wynagrodzenia, do odpowiednio utraconej wartości użytkowej, estetycznej i technicznej (np. zgodnie z instrukcją DP-T14 z dnia 30.03.2017 r.⁸¹²);

- jeżeli wady będą uniemożliwiały użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy (sic!) lub żądania wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi bez dodatkowego wynagrodzenia.⁸¹³

Warto również zauważyć, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy składane przez wykonawcę przed przystąpieniem do realizacji umowy zabezpiecza również koszty ewentualnego skorzystania przez zamawiającego z uprawnień przewidywanych przez przepisy k.c., a 30% sumy zabezpieczenia zwracane jest nie później niż w 15 dniu po upływie pełnego okresu rękojmi za wady.⁸¹⁴

⁸¹¹ *Op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 638 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 9.

⁸¹² Tak przykładowo szczeciński wzorzec umowny.

⁸¹³ Tak § 16 ust. 1 IPU szczecińskiego, podobnie § 15 ust. 1 IPU kieleckiego i § 15 ust. 1 IPU opolskiego wzorca umownego.

⁸¹⁴ § 24 ust. 6 pkt 1 ust. 1 IPU szczecińskiego, § 22 ust. 3 IPU kieleckiego, § 22 ust. 3 lit. b IPU opolskiego wzorca umownego.

Rękojmia zasadniczo nie wpływa na powinność wykonania danego świadczenia częściowego, gdyż będzie się aktualizowała wyłącznie, jeżeli dane świadczenie zostanie już wykonane (a ponadto ujawnią się jego wady). Jednakże gdy na podstawie rękojmi dojdzie do obniżenia wynagrodzenia, nie będzie już można żądać w pełni należytego wykonania danego świadczenia częściowego (usunięcia wady), gdyż obniżenie wynagrodzenia łączy elementy roszczenia odszkodowawczego oraz odstąpienia od umowy, a w analizowanych umowach rękojmię co do zasady stosujemy do świadczeń o charakterze jednorazowym, a nie świadczeń ciągłych.

W ramach korelacji uprawnień wynikające z rękojmi w opozycji do odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych, należy wskazać, że rękojmia nie narusza prawa zamawiającego do dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody w pełnej wysokości na zasadach określonych w k.c. Przepisy dotyczące rękojmi stosowane odpowiednio (art. 566, 574 k.c.) wprost wskazują, że ponad uprawnienia z tytułu rękojmi zamawiającemu przysługują także roszczenia odszkodowawcze. Roszczenia odszkodowawcze w ramach negatywnego interesu umownego są w ramach analizowanej umowy bez znaczenia, natomiast w ramach pozytywnego interesu umownego pozostają zdecydowanie aktualne, a ich podstawą są przepisy ogólne.⁸¹⁵ Roszczenie odszkodowawcze w ramach pozytywnego interesu umownego nie może być traktowane jako element składowy rękojmi.⁸¹⁶ Prezentowany przeze mnie pogląd na relację przedmiotowych uprawnień w stosunku do siebie ma także bezpośrednie umocowanie w postanowieniach umownych - w jednostce redakcyjnej „Wady w realizacji przedmiotu zamówienia” wskazuje się bowiem, że „Wykonawca ma obowiązek naprawienia na swój koszt wszystkich szkód powstałych na skutek okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.”⁸¹⁷,

⁸¹⁵ W ramach analizy umowy o dzieło *op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 470.

⁸¹⁶ W ramach analizy umowy o dzieło *op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 470.

⁸¹⁷ § 16 ust. 3 IPU szczecińskiego, § 15 ust. 3 IPU kieleckiego i § 15 ust. 6 IPU opolskiego wzorca umownego.

a w polskim wzorcu umownym wskazano jeszcze dobitniej, że „Udzielone rękojmia i gwarancja nie naruszają prawa Zamawiającego do dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody w pełnej wysokości na zasadach określonych w kodeksie cywilnym.”⁸¹⁸ Jako że uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia przewidywane przez rękojmię w pewnej mierze ma jednak charakter odszkodowawczy, nie można doprowadzić do podwójnego pokrycia tej samej szkody.

Jeżeli uzasadnione jest skorzystanie z rękojmi, co do zasady nie należy łącznie wykorzystywać tak tej instytucji, jak i zastępczego wykonania zobowiązania. Wykonawca powinien bowiem mieć odpowiedni czas na usunięcie wad danego świadczenia częściowego. Jeżeli jednak wykonawca nie usunie wad danego świadczenia w rozsądnym (lub przewidywanym wprost przez umowę) terminie, można będzie skorzystać z zastępczego wykonania zobowiązania.⁸¹⁹ Powyższe ograniczenie nie powinno jednak dotyczyć sytuacji, w której z powodu wady świadczenia częściowego zagrożone jest życie lub zdrowie użytkowników dróg.

Rękojmia jest także niezależna od uprawnienia zamawiającego do rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Co istotne, rękojmia może nadal obowiązywać, nawet gdy umowa zostanie rozwiązana przez zamawiającego albo wygaśnie.

Również gwarancja jakości istnieje zasadniczo niezależnie od rękojmi⁸²⁰, jednakże instytucje te współistnieją na tej samej płaszczyźnie i bezpośrednio konkurują ze sobą,⁸²¹ co powoduje, że nie można jednocześnie korzystać z rękojmi oraz gwarancji, a należy

⁸¹⁸ § 17 ust. 7 IPU opolskiego wzorca umownego.

⁸¹⁹ Tak wprost § 15 ust. 5 IPU opolskiego wzorca umownego, w ramach szczecińskiego oraz kieleckiego wzorca umownego kwestia ta jest jednak nietransparentna – por. § 16 i 18 oraz odpowiednio § 15 i 17 IPU, gdyż uprawnienie takiej umowy przewidują raczej jedynie dla gwarancji jakości. Należy jednak uznać, z powodu równorzędności instytucji gwarancji i rękojmi, że zastępcze wykonanie zobowiązania jak najbardziej będzie możliwe. W tej mierze warto mieć na uwadze termin wskazywany w ramach gwarancji jakości (14 dni) – § 18 ust. 6 IPU szczecińskiego, § 17 ust. 6 IPU kieleckiego, § 17 ust. 5 IPU opolskiego wzorca umownego. Por. ponadto *op. cit.* W. Popiołek, *Komentarz do art. 480 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 2.

⁸²⁰ *Op. cit.* A. Brzozowski, *Komentarz do art. 577 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 20; *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 244.

⁸²¹ Por. np. E. Habryn-Chojnacka, *Komentarz do art. 579 KC*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, pkt II 1.

wybrać jedną podstawę formułowanych roszczeń bądź składanych oświadczeń prawokształtujących⁸²².

V. Realizacja uprawnień z tytułu gwarancji jakości

Gwarancja jakości w aktualnym jej rozumieniu pojawiła się w XIX wieku i uzupełniała rękojmię będąc odrębnym przejawem odpowiedzialności za wady albo wyłącznie swoistą modyfikacją rękojmi.⁸²³ Podkreślenia wymaga, że nowożytna postać gwarancji pojawiła się w ramach umowy o dzieło, a nie umowy sprzedaży.⁸²⁴ Gwarancja przede wszystkim pełni funkcję ochronną (rekompensacyjną) oraz prewencyjno-stymulacyjną, a na drugim planie znajduje się ponadto funkcja promocyjna⁸²⁵, co jednak nie ma znaczenia w ramach analizowanych umów.

Zgodnie z art. 638 § 2 k.c. do gwarancji na wykonane dzieło udzielonej przez przyjmującego zamówienie zamawiającemu, należy odpowiednio stosować przepisy o gwarancji przy sprzedaży.⁸²⁶ Powyższe oznacza, że do tych elementów umowy wskaźnikowej (świadczeń częściowych), które będzie można zakwalifikować jako dzieła (np. naprawa bariery drogowej, załatwienie ubytku w jezdni), w ramach udzielonej gwarancji należało będzie odpowiednio stosować przepisy art. 577–581 k.c. Taka sama sytuacja dotyczy także np. dużych remontów, które można będzie zakwalifikować jako roboty budowlane, chociaż w art. 656 § 1 k.c. brakuje stosownego wskazania gwarancji i odesłania do przepisów umowy o dzieło, a więc do art. 638 § 2 k.c.⁸²⁷ Umowa o roboty budowlane

⁸²² *Op. cit.* W. J. Katner, J. Pisuliński [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 162; A. Kubiak-Cyruł, *Komentarz do art. 579 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 3 i 8.

⁸²³ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 259-260.

⁸²⁴ *Op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 173; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 114.

⁸²⁵ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 263.

⁸²⁶ *Op. cit.* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 638 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 10; A. Kowalczyk, *Komentarz do art. 638 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 4.

⁸²⁷ *Odmienne* K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 656 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 1.

(remont infrastruktury) jako element analizowanej umowy wskaźnikowej schodzi jednak na dalszy plan z uwagi na jej potencjalność.

Wykonywanie uprawnień z tytułu gwarancji jakości jest możliwe dzięki postanowieniom umownym, a w szczególności oddzielnemu dokumentowi załączanemu do zawieranych wzorców umownych i inkorporującemu szczegółowe unormowania regulujące uprawnienia zamawiającego w wypadku wystąpienia wadliwości poszczególnych części usługi (świadczeń częściowych), gdyż źródła gwarancji nie należy poszukiwać w ustawie, a w treści czynności prawnej (oświadczeniu gwarancyjnym)⁸²⁸. Sama konstrukcja prawna źródła zobowiązania gwarancyjnego jest jednak niejasna – możliwe jest przyjęcie koncepcji, że gwarancja wynika z jednostronnej czynności prawnej gwaranta albo z umowy gwarancyjnej.⁸²⁹

Zakres możliwego stosowania gwarancji jakości wydaje się być ustalony przez umowy ogólnie, a przez to szeroko. Szczeciński wzorzec umowny wskazuje, że gwarancji udziela się na „przedmiot umowy”⁸³⁰, a więc „poszczególne roboty i usługi”⁸³¹, w oddzielnym dokumencie gwarancyjnym wręcz podkreślając, że „(...) gwarancja obejmuje całość przedmiotu Umowy pn.: „Całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi (...) określonego w Umowie oraz w innych dokumentach będących integralną częścią Umowy opisanych w ust. 1 § 18 Umowy.”⁸³². Podobnie opolski wzorzec umowny posługuje się ogólnym pojęciem „przedmiotu umowy”⁸³³, a następnie zawiera podkreślenie, w myśl którego „(...) gwarancja obejmuje całość przedmiotu Umowy (...)”⁸³⁴. Wyraźnej emfazy

⁸²⁸ *Op. cit.* A. Brzozowski [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 473.

⁸²⁹ Koncepcja umowy wydaje się być w doktrynie przeważająca, por. *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 175; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 118; *tenże*, *Komentarz do art. 577 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 5; *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 261-262; analogicznie W. J. Katner, J. Pisuliński [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 161-162, przy czym ww. Autor jako prawidłową wskazuje koncepcję oferty (oświadczenie gwarancyjne) i jej przyjęcia. Według mnie powyższe poglądy w pełni zasługują na aprobatę pomimo literalnego brzmienia przepisu art. 577 k.c.

⁸³⁰ § 18 ust. 1 IPU szczecińskiego wzorca umownego.

⁸³¹ § 18 ust. 2 IPU szczecińskiego wzorca umownego.

⁸³² Pkt 1.1 gwarancji jakości szczecińskiego wzorca umownego.

⁸³³ § 17 ust. 1 IPU opolskiego wzorca umownego.

⁸³⁴ Pkt 1.1 gwarancji jakości opolskiego wzorca umownego.

wymaga jednak fakt, że każdorazowo dokument gwarancji jakości wskazuje określone elementy umowy faktycznie objęte gwarancją, gdyż wymienia konkretne terminy obowiązywania gwarancji na poszczególne elementy usługi (patrz tabela nr 8 poniżej). Gwarancją objęte są więc wyłącznie te elementy umowy wskaźnikowej, które zostały wymienione w dokumencie gwarancyjnym, a nie cały przedmiot umowy.

Terminy obowiązywania gwarancji jakości są różne, w zależności od elementu umowy którego gwarancja dotyczy oraz postanowień danego wzorca umownego.⁸³⁵

Tabela nr 8. Przykładowe terminy gwarancji jakości.

Element usługi	Termin gwarancji*
remont cząstkowy	2 lata
nasadzenie drzew i krzewów	3 lata
ekrany akustyczne	2 lata
oznakowanie pionowe	7 lat
oznakowanie poziome grubowarstwowe	5 lat
elementy betonowe (krawężniki, kostki, itp.)	5 lat
bariery ochronne	5 lat

* Jeżeli warunki gwarancji udzielonej przez producenta materiałów i urządzeń przewidują dłuższy okres gwarancji niż gwarancja udzielona przez gwaranta (wykonawcę), obowiązuje okres gwarancji w wymiarze równym okresowi gwarancji producenta.

Źródło: opracowanie własne Autora na podstawie gwarancji jakości szczecińskiego wzorca umownego.

Rozpoczęcie biegu okresu objętego gwarancją według szczecińskiego wzorca umownego rozpoczyna się zasadniczo w dniu następnym od daty odbioru miesiąca rozliczeniowego, w którym usługi zostały wykonane (albo odbioru końcowego), a dla wymienianych materiałów i urządzeń w okresie trwania gwarancji z dniem ich wymiany⁸³⁶. Podobną zasadę przyjęto w opolskim wzorcu umownym wskazując, że bieg okresu gwarancji zasadniczo rozpoczyna się w dniu następnym po dacie odbioru poszczególnych

⁸³⁵ Terminy dochodzenia roszczeń związanych z gwarancją można ustalić inaczej niż wskazuje k.c., por. *op. cit.* A. Brzozowski, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 125.

⁸³⁶ § 18 ust. 2 i ust. 4 IPU szczecińskiego wzorca umownego.

elementów objętych zamówieniem, a dla wymienianych materiałów i urządzeń w okresie trwania gwarancji z dniem ich wymiany.⁸³⁷ Rzecz jasna, aby uprawnienia z tytułu gwarancji jakości powstały, wada musi ujawnić się w terminie określonym w dokumencie gwarancji.⁸³⁸

Analogicznie jak w ramach rękojmi, przesłanką odpowiedzialności gwarancyjnej jest wyłącznie wystąpienie wady dzieła lub robót budowlanych.⁸³⁹ Przedmiotowy instrument prawny oparty został bowiem na zasadzie ryzyka.⁸⁴⁰ W konsekwencji odpowiedzialność gwaranta jest bardzo trudno wyłączyć.⁸⁴¹ Ciężar dowodu (art. 6 k.c.) obciąża w tej mierze podmiot zobowiązany z gwarancji, który w celu eskulpacji powinien wykazać, że wady wystąpiły z przyczyn od niego niezależnych.⁸⁴²

Pojęcie wady definiują same umowy wskazując, że należy przez nią rozumieć „wadę fizyczną, o której mowa w art. 556 § 1 k.c. polegającą w szczególności na zmniejszeniu funkcjonalności rzeczy, jej wartości użytkowej, technicznej lub estetycznej, a także niezgodność rzeczy z postanowieniami Umowy, specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową do Umowy, a także najlepszą wiedzą Gwaranta oraz aktualnie obowiązującymi zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. Wadę stanowi także wada w Dokumentach Wykonawcy.”⁸⁴³

W sytuacji wykrycia wady zgodnie z gwarancją jakości zamawiający jest uprawniony przede wszystkim do:

⁸³⁷ § 17 ust. 3 IPU opolskiego wzorca umownego.

⁸³⁸ *Op. cit.* A. Brzozowski, *Komentarz do art. 577 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 21; *op. cit.* W. J. Katner, J. Pisuliński [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 166.

⁸³⁹ *Op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 264; *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 176; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 119.

⁸⁴⁰ *Op. cit.* Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 56; *op. cit.* H. Witczak, A. Kawałko, *Zobowiązania*, s. 247. *Op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 175; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 118, wskazuje na odpowiedzialność gwarancyjną.

⁸⁴¹ *Por. op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 175; *tenże*, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 118; *op. cit.* H. Witczak, A. Kawałko, *Zobowiązania*, s. 247; wyrok SA w Katowicach z dnia 02 grudnia 2004 r., sygn. akt I ACa 940/04, Legalis numer 72081.

⁸⁴² *Op. cit.* wyrok SA w Katowicach z dnia 2 grudnia 2004 r.

⁸⁴³ Pkt 1.4 gwarancji jakości szczebińskiego i opolskiego wzorca umownego. Odpowiedzialność za wady prawne jest więc w ramach gwarancji wyłączona (co do tej odpowiedzialności przy umowie o dzieło *por. op. cit.* A. Brzozowski, *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie...*, s. 123).

- 1) żądania nieodpłatnego usunięcia wady przedmiotu umowy, a w przypadku, gdy dana rzecz wchodząca w zakres przedmiotu umowy była już dwukrotnie naprawiana – do żądania wymiany tej rzeczy na nową, wolną od wad;
- 2) wskazania trybu usunięcia wady lub wymiany rzeczy na wolną od wad;
- 3) a ponadto otwarta jest także możliwość żądania od gwaranta (wykonawcy) zapłaty odszkodowania (lub ustalonych w umowie kar umownych), obejmującego zarówno poniesione straty jak i utracone korzyści, w celu naprawienia szkody, jakiej zamawiający doznał na skutek wystąpienia wady.⁸⁴⁴

Usuwanie wad również zostało obwarowane wskaźnikiem czasowym oraz karami umownymi – umowy przewidują czterostopniową klasyfikację wad uzależniając czas reakcji wykonawcy od istotności stwierdzonej wady.⁸⁴⁵

Stosunek gwarancji jakości do rękojmi został sprecyzowany wyżej. W tym miejscu należy jednak wskazać, że uprawnienia gwarancyjne wydają się mieć prymat nad uprawnieniami wynikającymi z rękojmi, na co na gruncie kodeksowym niejako wskazuje art. 579 § 3 k.c.⁸⁴⁶, natomiast w ramach analizowanych umów wskaźnikowych przemawia za tym stosunkowo szczegółowe i kompletne uregulowanie uprawnień gwarancyjnych, czego z oczywistych powodów nie można powiedzieć o uprawnieniach wynikających z rękojmi.

Relacja gwarancji jakości do pozostałych uprawnień zamawiającego została określona w samej Gwarancji jakości stanowiącej załącznik do wzorców umownych. Jeżeli dojdzie do wykrycia wady danego elementu przedmiotu umowy (danego świadczenia częściowego, a więc najczęściej konkretnej rzeczy np. znaku pionowego), zamawiający jest

⁸⁴⁴ Pkt 2.1 gwarancji jakości szczecińskiego i opolskiego wzorca umownego.

⁸⁴⁵ 1. Wady istotne, powodujące (bezpośrednio lub pośrednio) brak możliwości eksploatacji jakiegokolwiek części przedmiotu umowy; 2. Wady istotne, powodujące (bezpośrednio lub pośrednio) ograniczenie możliwości eksploatacji jakiegokolwiek części przedmiotu umowy oraz pozostałe wady istotne; 3. Wady nieistotne - nie wpływające (bezpośrednio lub pośrednio) na eksploatację jakiegokolwiek części przedmiotu umowy; 4. Wady w dokumentach wykonawcy - por. gwarancja jakości opolskiego wzorca umownego.

⁸⁴⁶ Tak *op. cit.* R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 266.

uprawniony do żądania nieodpłatnego jej usunięcia, a w przypadku gdy dany element przedmiotu umowy był już dwukrotnie naprawiany – do żądania jego wymiany na nowy, wolny od wad. Zarazem zamawiający jest uprawniony do wskazania trybu usunięcia wady lub wymiany elementu przedmiotu umowy na wolny od wad. Ponadto zamawiający może żądać od gwaranta (wykonawcy) zapłaty odszkodowania, obejmującego zarówno poniesione straty jak i utracone korzyści, spowodowanego samym wystąpieniem wady. Dokumenty gwarancyjne przewidują także możliwość żądania od gwaranta (wykonawcy) zapłaty kary umownej za nieterminowe przystąpienie do usuwania wady lub wymiany elementu przedmiotu umowy na wolny od wad w wysokości 3.000 zł za każdy dzień zwłoki oraz za nieterminowe usunięcie wad lub wymianę elementu przedmiotu umowy na wolny od wad również w wysokości 3.000 zł za każdy dzień zwłoki. Jeżeli nieterminowe usunięcie wad lub wymiana elementu przedmiotu umowy na wolny od wad spowoduje szkody przenoszące wysokość ww. kar umownych zasadniczo możliwe jest także żądanie od gwaranta (wykonawcy) zapłaty odszkodowania uzupełniającego.⁸⁴⁷

Wyraźnie podkreślić należy zarazem, że w sytuacji wystąpienia wad elementu przedmiotu umowy i zwłoki w ich usuwaniu, niedozwolone powinno być zarówno naliczenie kar umownych wskazanych w poprzednim akapicie, jak i „punktów karnych” za brak wypełniania wskaźników (najczęściej łącznie wskaźnika jakościowego (rezultatu) oraz czasowego), gdyż w takiej sytuacji doszłoby do podwójnego pokrycia tej samej szkody. Przedmiotowe uprawnienia znajdują się bowiem w zbiegu.

Jeżeli uzasadnione jest skorzystanie z gwarancji jakości wykorzystanie zastępczego wykonania zobowiązania (danego świadczenia częściowego) co do zasady będzie ograniczone. Umowy zapewniają wykonawcy stosowny termin na usunięcie wad (maksymalnie 14 dni od dnia zgłoszenia wady przez zamawiającego), w związku z czym do tego czasu nie należy tego robić za wykonawcę.⁸⁴⁸ Powyższe ograniczenie nie powinno

⁸⁴⁷ Por. dokumenty Gwarancji jakości załączane do wzorców umownych.

⁸⁴⁸ § 18 ust. 6 IPU szczecińskiego, § 17 ust. 6 IPU kieleckiego, § 17 ust. 5 IPU opolskiego wzorca umownego.

jednak dotyczyć sytuacji, w której z powodu wady elementu przedmiotu umowy zagrożone jest życie lub zdrowie użytkowników dróg.

Analogicznie jak przy rękojmi skorzystanie przez zamawiającego z gwarancji jakości co do zasady nie wywiera wpływu na obciążającą wykonawcę powinność świadczenia, gdyż będzie się aktualizowała wyłącznie jeżeli dane świadczenie zostanie już wykonane (a ponadto ujawnią się jego wady). Jednakże gdy na podstawie gwarancji jakości dojdzie do obniżenia wynagrodzenia, nie będzie już można żądać w pełni należytego wykonania danego świadczenia częściowego (usunięcia wady), gdyż obniżenie wynagrodzenia łączy elementy roszczenia odszkodowawczego oraz odstąpienia od umowy, a w analizowanych umowach gwarancję jakości stosujemy do świadczeń o charakterze jednorazowym, a nie świadczeń ciągłych.

Gwarancja jakości, tak jak rękojmia, jest także niezależna od uprawnienia zamawiającego do rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a ponadto może nadal obowiązywać, nawet gdy umowa zostanie rozwiązana lub wygaśnie.

VI. Zastępcze wykonanie zobowiązania

Jeżeli wykonawca nienależycie realizuje swoje obowiązki standard utrzymania spada. Gdy podmiot ten zaniecha np. odśnieżania drogi lub też napraw ubytków w jezdni, może dojść do zagrożenia życia i zdrowia użytkowników dróg. Użytkownicy ci są bowiem traktowani przez analizowane umowy jako faktyczni interesariusze czynności utrzymaniowych. Zamawiający jest pierwotnie odpowiedzialny za stan dróg, w związku z czym odpowiada za szkodę spowodowaną nieutrzymaniem infrastruktury drogowej w należyłym stanie, i to nawet pomimo zlecenia wszystkich czynności utrzymaniowych profesjonalnemu wykonawcy.⁸⁴⁹ W związku z powyższym powstaje pytanie o możliwość

⁸⁴⁹ Odpowiedzialności tej nie można przenieść na wykonawcę i to nawet pomimo brzmienia art. 429 k.c., por. *op. cit.* E. Bagińska, M. Kosmol, *Zarządzanie drogami publicznymi...*, s. 171-172. Na gruncie amerykańskim por. Court of Appeals of Utah – opinia z dnia 26 sierpnia 2004 r. w sprawie *Johnson v. Department of Transp.*, 98 P.3d 773, por. ponadto United States District Court, D. Puerto Rico – order z dnia

zastępczego wykonania zobowiązania przez samego zamawiającego, na wypadek niewłaściwego realizowania umowy przez wykonawcę.

Zastępcze wykonanie zobowiązania ma swoje umocowanie przede wszystkim w przepisach k.c. Art. 479 k.c. dotyczy świadczenia polegającego na *dare*, natomiast art. 480 k.c. na *facere* (§ 1) lub *non facere* albo *pati* (§ 2).⁸⁵⁰ W ramach analizowanych umów wskaźnikowych zastosowanie znaleźć może więc tak art. 479 k.c. (np. zastępcze nabycie soli drogowej przez wykonawcę), jak i art. 480 § 1 k.c. (np. odśnieżenie drogi za wykonawcę).

Z punktu widzenia ochrony interesu zamawiającego znaczenie ma jednak w zasadzie wyłącznie art. 480 § 1 k.c., gdyż świadczenie wykonawcy polega na czynieniu. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca będzie w zwłoce z wykonaniem swojego zobowiązania czynienia, zamawiający może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt wykonawcy. W praktyce sprawy sądowe trwają jednak długo, a utrzymanie dróg ma bardzo istotne znaczenie dla życia oraz zdrowia ludzkiego i często „nie może czekać”, w związku z czym istotny jest § 3 ww. artykułu.

Zgodnie z art. 480 § 3 k.c. zamawiający może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, wykonać bez upoważnienia sądu czynność na koszt wykonawcy. Przesłanką skorzystania z tego uprawnienia jest „nagły wypadek”. Jak wskazuje się w doktrynie nagłość należy określać zawsze *in casu*, a ponadto nie powinno się tego pojęcia wyklądać

02 lipca 2019 r. w sprawie *Ramirez de Arellano Ortiz v. United States*, 2019 WL 2881529, Supreme Court of the United States – opinia z dnia 20 czerwca 1996 r. w sprawie *Lane v. Pena*, 116 S.Ct. 2092, United States Court of Appeals, First Circuit – opinia z dnia 03 maja 2005 r. w sprawie *Marina Bay Realty Trust LLC v. U.S.*, 407 F.3d 418. Należy zarazem zauważyć, że podstawą odpowiedzialności zamawiającego za szkodę spowodowaną nieodpowiednim utrzymaniem dróg może być art. 415 albo 417 k.c. (por. w tej mierze E. Bagińska, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29.10.2003 r.*, III CK 34/02, OSP 2005, Nr 4, poz. 54; Z. Banaszczyk [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, s. 837) – patrz *op. cit.* E. Bagińska, M. Kosmol, *Zarządzanie drogami publicznymi...*, s. 166-173.

⁸⁵⁰ Por. np. J. M. Kondek, *Komentarz do art. 480 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 1 i przywoływana tam literatura.

rozszerzająco.⁸⁵¹ Można jednak uznać, że nagły wypadek zachodzi, gdy oczekiwanie na uzyskanie prawomocnego wyroku sądowego doprowadziłoby do sytuacji, w której dla wierzyciela świadczenie straciłoby znaczenie przynajmniej w przeważającym stopniu.⁸⁵² W doktrynie zauważa się, że wierzyciel jest upoważniony do przeprowadzenia wykonania zastępczego, gdy wykonanie czynności dopiero za zgodą sądu nie miałyby dla niego znaczenia z uwagi na niemożliwość osiągnięcia celu, w którym zawarto umowę lub z uwagi na naturę (właściwości) zobowiązania albo groziłoby wierzycielowi rażącą stratą.⁸⁵³ Zamawiający ponosi więc ryzyko swojego zachowania – jeżeli dokona zastępczego wykonania zobowiązania gdy nie wystąpi nagły wypadek, nie będzie mógł żądać od wykonawcy zwrotu kosztów oraz może ponieść odpowiedzialność odszkodowawczą za rzekome wykonanie zastępcze.⁸⁵⁴ Na gruncie analizowanych umów wskaźnikowych zamawiający często będzie jednak mógł przeprowadzić zastępcze wykonanie zobowiązania bez zgody sądu, gdyż jest to dozwolone, gdy niewykonanie zobowiązania spowodować może zagrożenie życia lub zdrowia.⁸⁵⁵

Zastępcze wykonanie prawie zawsze dotyczyło będzie wyłącznie danego świadczenia częściowego, z którym wykonawca będzie w zwłoce (np. nieodśnieżenia drogi). Należy wyraźnie podkreślić ponadto, że uprawnienie do zastępczego wykonania zobowiązania może wynikać także z samej umowy wskaźnikowej.⁸⁵⁶ Warto zarazem

⁸⁵¹ K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 480 KC*, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 3; T. Szanciło, *Komentarz do art. 480 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 4.

⁸⁵² F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, suplement do t. 6, Warszawa 2010, s. 175.

⁸⁵³ Por. W. Popiołek, *Komentarz do art. 480 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 6.

⁸⁵⁴ *Op. cit.* W. Popiołek, *Komentarz do art. 480 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 2, nb. 6; *op. cit.* T. Szanciło, *Komentarz do art. 480 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 4.

⁸⁵⁵ *Op. cit.* T. Szanciło, *Komentarz do art. 480 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 4.

⁸⁵⁶ Niektóre umowy wprost wskazują, że np. w przypadku zwłoki w zimowym utrzymaniu infrastruktury, a więc w przypadku nie podjęcia działań przez wykonawcę w ustalonym z góry terminie, „Zamawiający ma prawo wezwać do wykonania usług Wykonawcę zastępczego, a kosztami wykonanej pracy i karami umownymi obciążyć Wykonawcę umowy” – por. np. pozycja 21 Załącznika Nr 1 Karta potrąceń i kar do IPU warszawskiego wzorca umownego z 2012 r., https://www.gddkia.gov.pl/pl/2783/zamowienia-publiczne-rozstrzygniete,nr_ref-,data_postepowania_od-,data_postepowania_do-,nazwa-,opis-,zakres-18,oddzial-781,typ_progu-,sortuj_po-data_postepowania,sortuj_jak-DESC,s-6 [dostęp 23.06.2020]. Warto zarazem wskazać, że przedmiotowy wzorzec umowny w § 9 ust. 7 IPU przyznaje zamawiającemu ogólną kompetencję do przeprowadzenia wykonania zastępczego.

zwrócić uwagę, że zastępcze wykonanie danego świadczenia częściowego bez zgody sądu jest również uzasadnione z uwagi na brzmienie art. 636 k.c., jednak wyłącznie o ile dane świadczenie jest świadczeniem rezultatu (starannego działania i rezultatu).

Zastępcze wykonanie zobowiązania jest zasadniczo niezależne od pozostałych uprawnień przysługujących zamawiającemu na wypadek niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę, w szczególności dochodzenie zapłaty kary umownej lub odszkodowania na zasadach ogólnych, jak i rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy przysługuje niezależnie od czynności zmierzających do wykonania zastępczego. Oczywiście po rozwiązaniu umowy przeprowadzenie wykonania zastępczego staje się niemożliwe, a ponadto zastępcze wykonanie zobowiązania udaremni roszczenie zamawiającego o realne wykonanie umowy. Jak wskazywałem już wyżej, co do zasady nie powinno się od razu korzystać z tego uprawnienia, gdy uzasadnione jest wykorzystanie uprawnień wynikających z gwarancji jakości lub rękojmi.

VII. Jednostronne rozwiązanie umowy przez zamawiającego

Głównym założeniem analizowanej umowy wskaźnikowej jest umowne sprecyzowanie konkretnego poziomu usługi (standardu utrzymania drogi). Jakość usługi jest w konsekwencji dokładnie określana w umowie poprzez stosowne wskaźniki, natomiast osiągnięcie swoistego „pułapu krytycznego” ich niewykonywania (nienależytego wykonywania zobowiązania), otwiera możliwość jednostronnego rozwiązania umowy przez zamawiającego (odstąpienia lub wypowiedzenia umowy). Uprawnienie to jest uprawnieniem prawokształtującym i ma za zadanie motywować wykonawcę do prawidłowego wykonywania zobowiązania. Tytułem wstępu należy także zauważyć, że przedmiotowe uprawnienie jest niezależne od pozostałych uprawnień przysługujących

zamawiającemu na wypadek niewykonywania lub nienależytego wykonywania zobowiązania przez wykonawcę.

1. Jednostronne rozwiązanie stosunku umownego na podstawie postanowień umownych

Przedmiotowy „poziom krytyczny” niespełniania ustalonego standardu utrzymania drogi jest dokładnie sprecyzowany w umowach. Szczecińskie oraz kieleckie wzorce umowne wskazują, że potrącenie przez zamawiającego całości miesięcznego Cyklicznego Wynagrodzenia, zgodnie z Tabelą Potrąceń w trakcie dwóch kolejnych okresów rozliczeniowych albo w trakcie trzech okresów rozliczeniowych w ciągu jednego roku kalendarzowego, uprawnia zamawiającego do rozwiązania umowy (powyższe nie dotyczy jednak przypadków nieterminowego ale odebranego i rozliczonego wykonania robót).⁸⁵⁷ Z kolei opolski wzorzec umowny precyzuje, że rozwiązanie umowy jest możliwe, gdy suma potrąconych kwot za nienależyte wykonanie umowy wyniesie powyżej 60% wysokości wynagrodzenia miesięcznego brutto w ciągu trzech miesięcy w okresie jednego roku kalendarzowego (przy czym brakuje tutaj jakichkolwiek wyjątków).⁸⁵⁸

Jak wynika z powyższego „pułap krytyczny” może być ustalony na różnych poziomach, co mniej lub bardziej motywowało będzie wykonawcę do prawidłowego wykonywania zobowiązania. Warto jednak zarazem przypomnieć, że szczecińskie oraz kieleckie wzorce umowne przewidują, że przekroczenie progu 50% miesięcznego wynagrodzenia powoduje automatyczne potrącenie całości kwoty należnej wykonawcy w danym miesiącu.

Wzorce umowne zapewniają zamawiającemu także inne podstawy do jednostronnego rozwiązania umowy na wypadek nieprawidłowej realizacji zobowiązania

⁸⁵⁷ § 19 ust. 1 lit. e)-f) IPU szczecińskiego, § 18 ust. 1 f)-g) IPU kieleckiego wzorca umownego.

⁸⁵⁸ § 18 ust. 1 lit. f) IPU opolskiego wzorca umownego.

przez wykonawcę. Istotne są w tej mierze przede wszystkim postanowienia umowne statuujące, że jeżeli wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w terminie 14 dni od daty wprowadzenia go na sieć drogową lub od dnia otrzymania polecenia od zamawiającego nie rozpoczął robót lub usług albo przerwał (także z przyczyn leżących po jego stronie) realizację robót lub usług i przerwa ta trwa dłużej niż 14 dni, to zamawiający może umowę rozwiązać.⁸⁵⁹ Możliwość taka jest przewidziana również np. jeżeli czynności objęte umową wykonuje bez zgody zamawiającego podmiot do tego nieupoważniony,⁸⁶⁰ czy gdy przekroczenie terminu poszczególnych etapów gotowości kompletnie wyposażonych nośników Zimowego Utrzymania Dróg będzie dłuższe niż 30 dni,⁸⁶¹ lub jeżeli wykonawca odstąpi od przygotowania do realizacji zadań na rzecz obronności państwa⁸⁶².

2. Jednostronne rozwiązanie stosunku umownego na podstawie przepisów k.c.

Niewykluczone jest także jednostronne rozwiązanie umowy na podstawie przepisów k.c. Można przykładowo wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca jest w zwłoce z danym świadczeniem częściowym np. naprawą zupełnie zniszczonego, a zarazem znacznego, fragmentu drogi. Jako że nienaprawienie drogi może mieć tragiczne konsekwencje dla życia ludzkiego, zamawiający być może powinien być uprawniony do wyznaczenia wykonawcy odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania (świadczenia częściowego), a w przypadku inercji wykonawcy być może będzie mógł odstąpić od danego świadczenia częściowego albo od umowy w całości, gdyż dalsze jej wykonywanie może nie mieć dla zamawiającego znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania (niewykonanie choćby jednego świadczenia częściowego powoduje upadek ostatecznego efektu oczekiwanego przez zamawiającego) albo ze względu na zamierzony

⁸⁵⁹ § 19 ust. 1 lit. a)-b) IPU szczecińskiego, § 18 ust. 1 a)-b) IPU kieleckiego, § 18 ust. 1 lit. a)-b) IPU opolskiego wzorca umownego. Warto zarazem odnotować, że najnowsze umowy wskazują już na okres 7 dni.

⁸⁶⁰ § 19 ust. 1 lit. c) IPU szczecińskiego, § 18 ust. 1 c) IPU kieleckiego, § 18 ust. 1 lit. c) IPU opolskiego wzorca umownego.

⁸⁶¹ § 18 ust. 1 lit. g) IPU opolskiego wzorca umownego.

⁸⁶² § 18 ust. 1 lit. h) IPU opolskiego wzorca umownego.

przez zamawiającego cel umowy (ciągłe utrzymywanie drogi w przejezdnym i bezpiecznym stanie), bezsprzecznie wiadomy wykonawcy (art. 491 § 2 i art. 492 zd. 2 k.c.). Odstąpienie od umowy przez zamawiającego z powodu zwłoki wykonawcy z danym świadczeniem częściowym mogłoby być jednak możliwe dopiero po uprzednim wyznaczeniu wykonawcy dodatkowego i odpowiedniego terminu do wykonania świadczenia częściowego, z wyraźnym uprzedzeniem tego podmiotu o możliwej sankcji w postaci odstąpienia od umowy (art. 491 § 1 k.c.). Gdyby przyznać zamawiającemu takie uprawnienie, to powinno być ono wykorzystywane wyłącznie w ostateczności i jedynie gdy dane świadczenie częściowe byłoby bardzo istotne z punktu widzenia umowy jako całości. W przeciwnym razie odstąpienie na tej podstawie powinno być uznawane za nieskuteczne. Podkreślenia wymaga, że ewentualne odstąpienie od umowy będącej w fazie realizacji powinno mieć skutek wyłącznie na przyszłość (*ex nunc*), gdyż umowa kreuje zobowiązanie o charakterze ciągłym (co można potraktować także jako częściowe odstąpienie od umowy).⁸⁶³ Powyżej omówione umowne prawo do jednostronnego rozwiązania umowy może być jednak traktowane jako postanowienie zastępujące art. 491 k.c., poprzez co jego wykorzystanie być może powinno być wyłączone. W doktrynie wskazuje się, że pytanie, czy zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia od umowy powoduje pozbawienie strony możliwości powołania się na uprawnienie przyznane jej na mocy samego prawa, jest zagadnieniem problematycznym.⁸⁶⁴ Choć praktyka kontraktowa pokazuje, że wzorce umowne wprost nie wyłączają zastosowania ww. regulacji ustawowej, stosowanie art. 491 lub 492 zd. 2 k.c. do tak skomplikowanych umów byłoby obciążone daleko posuniętą niepewnością prawną, a całą umowę można by rozwiązać tylko z powodu zwłoki z jednym świadczeniem częściowym. Taka sytuacja byłaby zdecydowanie niepożądana, stąd skorzystanie przez zamawiającego z ww. przepisów powinno być wykluczone.

⁸⁶³ Tak co do skutków odstąpienia od umowy kreującej zobowiązanie o charakterze ciągłym na podstawie art. 491 k.c. J. M. Kondek, *Komentarz do art. 491 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 26; por. także *tenże*, *Komentarz do art. 494 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 1.

⁸⁶⁴ Por. A. Zbiegień-Turzańska, *Komentarz do art. 395 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 15.

Zwłoka ze spełnianiem świadczeń częściowych także nie może uzasadniać wypowiedzenia umowy wyłącznie na podstawie art. 746 § 1 w zw. z § 3 k.c. w zw. z art. 750 k.c., gdyż ważny powód w tej mierze został już uszczegółowiony przez same umowy (o czym była mowa powyżej).

Odstąpienie od umowy jest natomiast możliwe na podstawie przepisów umowy o dzieło, na co wskazywałem już wcześniej (aczkolwiek należy przypomnieć, że wyłącznie na podstawie art. 644 k.c., gdyż art. 635 oraz 636 k.c. nie powinny znaleźć zastosowania do umowy jako całości).

§ 4. Przedawnienie roszczeń umownych

Z uwagi na specyficzny charakter analizowanej umowy wskaźnikowej w kwestii przedawnienia roszczeń konieczne będą autonomiczne, a nie automatyczne, rozwiązania prawne.

Problematyczne jest przede wszystkim ustalenie terminu przedawnienia dla roszczeń wynikających z każdorazowo oddzielnie zleczonych robót strukturalnych. Powstaje w konsekwencji pytanie o sytuację, gdy w ramach utrzymania strukturalnego zamawiający zamówi konkretne roboty budowlane, np. zleci wykonanie zakrojonego na większą skalę remontu danego fragmentu drogi, zniszczonego w wyniku wystąpienia nagłego zjawiska pogodowego - czy roszczenie o wynagrodzenie za takie czynności powinno się przedawnić, tak jak przedawnia się roszczenie o zapłatę za roboty budowlane, a więc w terminie trzech lat⁸⁶⁵? Warto zarazem odnotować, że niewykluczone jest dodatkowe zamówienie w danym miesiącu pewnych robót mających charakter dzieła, a nie robót budowlanych, a wówczas termin przedawnienia powinien wynieść 2 lata (art. 646 k.c.). Powyższe rozróżnienie należy

⁸⁶⁵ *Op. cit.* uchwała (7) SN z dnia 11 stycznia 2002 r., sygn. akt III CZP 63/01.

więc odrzucić, w przeciwnym razie niewykluczona byłaby sytuacja, w której roszczenia o zapłatę uwidocznione na jednej fakturze VAT wystawionej za dany miesiąc, przedawniałyby się w różnych terminach. Co ważniejsze, zamawiającemu nie chodzi o poszczególne roboty wykonywane czy to w ramach utrzymania rutynowego czy też utrzymania strukturalnego, a o swoisty rezultat ciągły, którego utrzymanie może być osiągalne dopiero po wykonaniu pewnych dodatkowych prac, koniecznych np. z powodu wystąpienia siły wyższej. Roboty realizowane w ramach utrzymania strukturalnego ostatecznie także służą utrzymaniu standardu drogi, chociaż ich wpływ na standard utrzymania w przeciwieństwie do czynności wchodzących w zakres utrzymania rutynowego jest wyłącznie pośredni, w konsekwencji **roszczenie wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia za wykonywanie tak prac o charakterze rutynowym jak i strukturalnym przedawniać powinno się po dwóch latach, gdyż będzie to roszczenie o zapłatę za czynności ostatecznie składające się na zamawiane „dzieło ciągłe” sensu largo (art. 646 k.c.)**. Zamawiający w istocie płaci bowiem za nieprzerwane dostarczanie bezpiecznej, przejezdnej oraz zadbanej infrastruktury drogowej (rezultat ciągły), a nie za same „należyte starania”, czy też poszczególne czynności zmierzające do osiągnięcia tego rezultatu.

Powyższe ustalenia dotyczące terminu przedawnia roszczeń o zapłatę nie budzą zastrzeżeń, jeżeli mówimy o wynagrodzeniu za czynności realizowane w ramach utrzymania rutynowego, należne za ciągłe utrzymywanie określonego standardu. Czy jednak taki pogląd na pewno da się utrzymać, gdy pod uwagę bierzemy utrzymanie strukturalne, samo w sobie stanowiące przejaw umowy nienazwanej (umowy opcji)? Według mnie odpowiedź powinna być pozytywna, ponieważ nie mówimy tutaj jedynie o dołączonej do umowy głównej umowie ramowej, i zapłacie za wynikające z niej i niezależne tak od siebie jak i od umowy głównej czynności (umowy realizacyjne/wykonawcze o odmiennym charakterze prawnym), a o klauzuli opcji, która na swoim poziomie ogólnym jak i szczegółowym wykazuje charakter *stricte* uzupełniający wobec obejmującego ją stosunku prawnego. Utrzymanie

strukturalne jest fakultatywnym dodatkiem do umowy wskaźnikowej implementowanym w celu zmniejszenia losowości zobowiązania, mogłoby go więc w ogóle nie być, co w początkowych wdrożeniach w Polsce było normą, gdyż konstrukcja ta pojawiła się dopiero wraz z wprowadzeniem pilotażowego „modelu gdańskiego”, którego reguły zasadniczo przyjęły się następnie w całym kraju. Ponadto trudno byłoby uzasadnić różnicowanie terminów przedawnienia roszczeń o zapłatę wynagrodzenia, które jest wypłacane wykonawcy w istocie za nieprzerwane utrzymanie drogi w bezpiecznym stanie, a nie za poszczególne świadczenia jako takie (jak to by było chociażby w przypadku ww. umowy ramowej).⁸⁶⁶

Także pozostałe roszczenia wynikające z analizowanej umowy wskaźnikowej (w szczególności roszczenie o zapłatę kary umownej⁸⁶⁷, w tym kary umownej zastrzeżonej na wypadek rozwiązania umowy przez zamawiającego z powodów leżących po stronie wykonawcy⁸⁶⁸, roszczenie o zapłatę odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oparte na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.), itd.) powinny przedawniać się w terminie przewidywanym dla umowy o dzieło, a więc dwóch lat (art. 646 k.c.), ponieważ wynikają z umowy o „dzieło ciągłe” *sensu largo*, a w konsekwencji z uwagi na fakt, że niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie przez wykonawcę poszczególnych elementów kontraktowych (świadczeń częściowych) bezpośrednio wpływa

⁸⁶⁶ Na marginesie warto jednak wskazać, że gdyby pewne czynności wykonawcy realizowane w ramach utrzymania strukturalnego (w szczególności budowlane) były zupełnie niezwiązane z utrzymaniem standardu drogi (w tym pośrednio), a więc stanowiły w pełni oddzielne i nienależne zamówienia o charakterze *stricte* dodatkowym i autonomicznym, to uzasadnione mogłoby być stosowanie terminu przedawnienia właściwego każdorazowo z uwagi na naturę takich czynności (przy umowie o roboty budowlane trzech lat). Z uwagi na złożoność analizowanego stosunku zobowiązaniowego nie można natomiast powyższego *a priori* zupełnie wykluczyć.

⁸⁶⁷ W literaturze wskazano jednak, że gdy kara umowna jest zastrzeżona w umowie o charakterze mieszanym (np. łączącym świadczenia właściwe dla umowy o dzieło oraz zlecenie) powinno się stosować termin przedawnienia przewidziany przez prawo dla odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia, z którym kara została powiązana, por. *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1329. W analizowanej umowie zamawiającemu nie chodzi jednak o poszczególne świadczenia (częściowe) jako takie, a o swoisty rezultat ciągły („dzieło ciągłe” *sensu largo*), różnicowanie terminów przedawnienia nie ma zatem uzasadnienia.

⁸⁶⁸ Według orzecznictwa taka kara umowna „odrywa się” od danej umowy i powinna przedawnić się na zasadach ogólnych (art. 118 k.c.), z czym nie należy się jednak zgodzić – tak też *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1329-1330. W tej mierze por. ponadto *op. cit.* A. Brzozowski, *Konsumencka umowa o dzieło...*, s. 69-70.

na standard utrzymania drogi (nie dotyczy to jednak stosunku użyczenia, a wyłącznie pośrednio dotyczy czynności strukturalnych), a więc ostateczny rezultat ciągły należy zamawiającemu.⁸⁶⁹

W razie zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości co do terminu przedawnienia należy opowiadać się za terminem ogólnym (z punktu widzenia analizowanej umowy, nie k.c.), a więc dwóch lat (art. 646 k.c.). Wskazuje na to sam **art. 646 k.c.** („[wszelkie – M.K.] Roszczenia wynikające z umowy o dzieło przedawniają się z upływem (...)”), który to **stanowi bezpośrednią podstawę do zastosowania metody absorpcji na poziomie przedawnienia roszczeń wynikających z umowy wskaźnikowej.**

Powyższe ustalenia nie dotyczą jednak pobocznego elementu kontraktowego niemającego żadnego wpływu na „dzieło ciągłe” *sensu largo*, a ponadto najczęściej znajdującego się w formalnie odrębnej umowie, a więc **stosunku użyczenia**, do którego zastosowanie znaleźć powinny przepisy regulujące ten typ umowy (art. 719 k.c.). Powyższy pogląd znajduje oparcie w fakultatywności, uboczności oraz przede wszystkim funkcji stosunku użyczenia - jego celem jest jedynie ułatwienie wykonawcy realizowania obowiązków utrzymaniowych. Przedmiotowy element umowy wykazuje więc charakter akcesoryjny wobec innego stosunku prawnego do którego jest jedynie dołączany, użyczenia może więc w ogóle nie być, co w praktyce nie jest zresztą wyjątkiem.

Początku biegu terminu przedawnienia nie należy natomiast liczyć od dnia „oddania dzieła” (art. 646 k.c.), a zgodnie z regułami określonymi w przepisach ogólnych (art. 120

⁸⁶⁹ Także w orzecznictwie wskazuje się, że roszczenia z tytułu kar umownych zalicza się do „wynikających z umowy o dzieło”, por. wyroki SN z dnia 18 listopada 1997 r., sygn. akt II CKN 465/97, Legalis numer 31818 i *op. cit.* z dnia 06 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 421/07. Nie można natomiast zgodzić się z tezą SN wyrażoną w *op. cit.* wyroku z dnia 20 października 2006 r., sygn. akt. IV CSK 178/06, w myśl której przy umowie o dzieło zawartej na czas oznaczony z *sui generis* karą umowną za jej wypowiedzenie, roszczenie o zapłatę takiej kary nie jest związane z wykonywaniem umowy o dzieło (art. 646 k.c.), gdyż takie postanowienie umowne „odrywa się” od tej umowy, w związku z czym powinno przedawniać się na zasadach ogólnych (art. 118 k.c.). Aprobując jednak *op. cit.* D. Krekora, *Roszczenie o zapłatę...*, s. 40-43.

k.c.), przy uwzględnieniu postanowień umownych⁸⁷⁰.⁸⁷¹ Taki wniosek jest uzasadniony, gdyż umowa dotyczy w istocie rezultatu ciągłego, a przepisy stosujemy z koniecznymi modyfikacjami. Powyższy pogląd znajduje ponadto oparcie w orzecznictwie.⁸⁷²

Czy jednak przyjmowanie różnych terminów przedawnienia roszczeń, wynikających ze stosunku użyczenia z jednej strony oraz zasadniczo wszelkich pozostałych roszczeń wynikających z umowy wskaźnikowej z drugiej strony, ostatecznie mają uzasadnienie prawne? Wydaje się że tak, ponieważ mamy do czynienia z nienazwaną umową mieszaną typu kombinowanego, z wyraźnie wyodrębnionymi elementami składowymi, praktycznie wprost odpowiadającymi konkretnym umowom nazwanym - w interesującym nas przypadku obejmującą umową o „dzieło ciągłe” *sensu largo* (na które składają się przede wszystkim dzieła, natomiast rzadziej roboty budowlane oraz usługi w rozumieniu art. 750 k.c., realizowane przede wszystkim w ramach utrzymania rutynowego, a jedynie incydentalnie w ramach utrzymania strukturalnego, które pośrednio także wpływa na ostateczny rezultat usługi utrzymaniowej) oraz zupełnie uboczną umową użyczenia. Także

⁸⁷⁰ Np. w najnowszych wzorcach umownych wskazuje się, że termin zapłaty kary umownej wynosi 14 dni od dnia doręczenia stronie noty księgowej, por. § 14 ust. 6 IPU poznańskiego wzorca umownego, § 14 ust. 8 IPU rzeszowskiego wzorca umownego.

⁸⁷¹ Na marginesie warto odnotować, że nawet w przypadku w którym karę umowną ustala się według pewnej stawki pomnożonej przez dni zwłoki (bądź też opóźnienia), a więc w sytuacji bardzo często występującej w ramach reżimu „punktów karnych”, to nie oznacza to w żadnym razie, że taka kara umowna wykazuje charakter okresowy, por. *op. cit.* T. Szanciło, *Komentarz do art. 483 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny...*, nb. 19. Z praktycznego punktu widzenia przedawnienie kar umownych nie jest jednak aż tak istotne, gdyż zamawiający może potrącać je na bieżąco z wynagrodzenia przysługującego wykonawcy.

⁸⁷² Wątpliwości co do zasadności całkowitego wyłączenia stosowania art. 120 k.c. do roszczeń odszkodowawczych wynikających z umowy o dzieło zostały trafnie dostrzeżone w judykaturze. W wyroku SA w Krakowie z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. akt I ACa 1427/15, Legalis nr 1428837, wyrażono pogląd, że „(...) początek biegu terminu przedawnienia roszczenia o zapłatę odszkodowania nie powinien być wiązany w każdym przypadku z datą odbioru dzieła, lecz należy go ustalać według reguł określonych w art. 120 k.c. W stosunku do roszczeń odszkodowawczych, art. 646 k.c. określa bowiem tylko termin przedawnienia, jednak początek jego biegu wskazuje ogólna reguła wymagalności tego roszczenia”. Podobnie w wyroku SA w Warszawie z dnia 16 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 714/12, Legalis nr 735082, wskazano, że: „Nie jest bowiem możliwe, aby termin przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody rozpoczął bieg zanim szkoda powstała, chyba że co innego wynika z jednoznacznych w tym zakresie przepisów szczególnych, których nie ma wśród przepisów regulujących umowę o roboty budowlane oraz umowę o dzieło. Nawet bieg terminu przedawnienia roszczenia z art. 646 k.c., który się rozpoczyna z upływem dnia, w którym dzieło miało zostać oddane, odnosi się do tej części szkody, której zamawiający doznał w wyniku niewykonania umowy przez wykonawcę przed upływem terminu przewidzianego na jej realizację, nie dotyczy natomiast szkody, która powstała w późniejszym czasie (...)”.

w orzecznictwie⁸⁷³ i literaturze⁸⁷⁴ wskazano, że zasadne jest stosowanie różnych terminów przedawnienia roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania tej samej umowy, a zróżnicowanie takie znajduje uzasadnienie w odmiennym charakterze poszczególnych roszczeń. Odnotować jednak warto, że w doktrynie zauważono zarazem, iż do umów nienazwanych o charakterze usługowym zastosowanie znaleźć powinien albo termin z art. 751 k.c. albo zasady ogólne (art. 118 k.c.), co tłumaczy się wyjątkowym charakterem reżimu przedawnienia, który uniemożliwia sięganie do analogii zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*.⁸⁷⁵ Choć pogląd taki jest zdecydowanie racjonalny, *de lege lata* nie jestem jednak do niego przekonany, gdyż należy raczej stosować te przepisy, które najlepiej odpowiadają naturze danego stosunku prawnego lub elementu umownego, a ponadto nie wydaje się, aby art. 750 k.c. czy też art. 751 k.c. były przepisami cechującymi się omnipotencją, a umowa zlecenia umową nadrzędną w stosunku do pozostałych umów uregulowanych w kodeksie.⁸⁷⁶

§ 5. Podsumowanie

Analizowane umowy wskaźnikowe kreują bardzo szerokie spektrum uprawnień przewidywanych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez strony umowy. Szczególnie widoczne jest to na gruncie świadczenia wykonawcy, które stanowi przykład świadczenia o charakterze niepieniężnym, ze swojej natury predystynowane do szeroko pojętej wadliwości.

⁸⁷³ *Op. cit.* uchwała (7) SN z dnia 11 stycznia 2002 r., sygn. akt III CZP 63/01, wskazując jednak tylko na zróżnicowanie w zależności od charakteru roszczenia „zdeteminowanego statusem podmiotu, któremu roszczenie to przysługuje”. Por. ponadto orzecznictwo przywoływane w przypisach nr 615-616.

⁸⁷⁴ Tak co do przedawnienia roszczeń wynikających z nienazwanych umów mieszanych *op. cit.* P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 1329.

⁸⁷⁵ *Op. cit.* K. Osajda, *Umowy nienazwane...*, s. 17.

⁸⁷⁶ Już wyłącznie na marginesie zauważyć trzeba, że także art. 751 k.c. przewiduje 2-letni termin przedawnienia, jednakże nie wszystkich roszczeń wynikających z umowy zlecenia.

Z powyższych rozważań wynika przede wszystkim, że niewypełnianie przez wykonawcę ustalonych wskaźników (w szczególności jakościowego (rezultatu) oraz czasowego), przekłada się w pierwszej kolejności na obniżenie wynagrodzenia bazowo należnego temu podmiotowi. Przedmiotowe obniżenie dokonywane jest poprzez potrącenie naliczonych kar umownych, mających swoje podłoże w przyznanych wykonawcy „punktach karnych”. „Punkty karne” są więc niczym innym jak przykładem szczegółowego, umownego systemu, przewidzianego przez strony (zamawiającego) w celu: (1) ustalenia konkretnych oczekiwań co do jakości usługi utrzymaniowej oraz (2) uniknięcia sporów co do (a) faktu, czy zobowiązanie zostało prawidłowo wykonane (w szczególności czy usługa miała ustaloną jakość); (b) sankcji, jakie powinny zostać zastosowane w przypadku ewentualnego stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Ponadto „punkty karne” pełnią także funkcję motywacyjną oraz kompensacyjną. System „punktów karnych” to swoisty reżim odpowiedzialności, jednak nie aż uzupełniający, a jedynie modyfikujący ogólne zasady odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy (art. 471 k.c.), a więc system z którego wynikają zawsze kary umowne, niezależnie od nazewnictwa przyjętego przez strony (zamawiającego) w umowach. Co jednak istotne, „punkty karne” naliczane za nieosiągnięcie ustalonego rezultatu (standardu utrzymania) wykazują daleko sięgające podobieństwa do rękojmi oraz gwarancji jakości, w związku z czym kary umowne z nich wynikające znajdują się na tej samej płaszczyźnie co rękojmia oraz gwarancja jakości, konkurując ze sobą. Bardzo ważne jest ponadto, że gdyby ww. punktów umowy nie przewidywały, a osiągnięcie ustalonego rezultatu byłoby wysoce prawdopodobne, w ich miejsce *ex lege* powinna wejść kodeksowa rękojmia, pozwalająca przede wszystkim na obniżenie wynagrodzenia bazowo należnego wykonawcy za okres trwania wady usługi (rozumianej jako niezgodność usługi z umową), gdyż usługa nie wykazała odpowiedniej jakości, a zamawiającemu zależy na ciągłym utrzymywaniu określonego standardu. Reżim „punktów karnych” można jednak praktycznie

dowolnie kształtować, a więc np. oprzeć na zasadzie winy, a nie na zasadzie ryzyka (jak to ma miejsce w ramach rękojmi oraz gwarancji jakości), albo też pewne obowiązki dłużnika (świadczenia/wskaźniki) oprzeć na zasadzie winy, inne na zasadzie ryzyka, a jeszcze inne nawet i na zasadzie gwarancyjnej (o ile będzie to *in casu* uzasadnione). Potencjał reżimu „punktów karnych” jest więc olbrzymi, gdyż reżim taki można implementować w ramach praktycznie każdej umowy, nie tylko umowy mającej za przedmiot usługi.⁸⁷⁷

W sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę zamawiający dysponuje również dalszymi uprawnieniami. Przede wszystkim możliwe będzie także żądanie naprawienia (dalszej) szkody na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.), jednak stosowne uprawnienie w tej mierze muszą zawierać umowy. Niewykluczone jest również skorzystanie (przynajmniej w pewnej części) z rękojmi albo gwarancji jakości, a ponadto zamawiający dysponuje prawem do zastępczego wykonania zobowiązania. Gdy natomiast jakość usługi opadnie do umownie ustalonego „poziomu krytycznego” (a także w innych sytuacjach przewidywanych w umowie lub też ustawie), zamawiający może ponadto rozwiązać umowę.

Także jednak wykonawca dysponuje konkretnymi uprawnieniami, gdyby to zamawiający nie wykonywał swoich obowiązków. Uprawnienia te przewidują jednak nie umowy, a przepisy powszechnie obowiązującego prawa. W razie opóźnienia z zapłatą wynagrodzenia ustawa przewiduje możliwość naliczenia stosownych odsetek za opóźnienie, jeżeli jednak zamawiający zupełnie przestanie wypłacać wykonawcy wynagrodzenie, wykonawca będzie mógł także powstrzymać się ze spełnianiem swojego świadczenia wzajemnego, natomiast gdyby ww. sytuacja stała się poważna, wykonawca uzyska uprawnienie do wypowiedzenia umowy (art. 746 § 2 w zw. z § 3 k.c. w zw. z art. 750 k.c.). Przy braku współdziałania zamawiającego z wykonawcą otwarta jest ponadto możliwość

⁸⁷⁷ Jako zupełnie odmienny przykład wskazać można np. umowę najmu, do której także można by implementować wskaźniki jakościowe (rezultatu) oraz czasowe.

odstąpienia od umowy przez wykonawcę (art. 640 k.c.). Jeżeli zamawiający ma dostarczyć wykonawcy sól drogową potrzebną do prowadzenia akcji zimowej a tego obowiązku nie wykona, możliwe będzie zastępcze wykonanie zobowiązania (art. 479 k.c.). Gdyby natomiast doszło do niewydania infrastruktury drogowej wykonawcy w dzierżenie, wykonawca i tak będzie mógł żądać zapłaty ustalonego wynagrodzenia, aczkolwiek co do zasady będzie musiał z niego odliczyć to, co zaoszczędził wskutek niespełnienia własnego świadczenia (art. 639 k.c.).

Natomiast do przedawnienia roszczeń co do zasady stosować należy termin dwóch lat wynikający z przepisów umowy o dzieło (art. 646 k.c.), gdyż analizowaną umowę wskaźnikową można uznać za umowę o „dzieło ciągłe” *sensu largo*. Powyższe ustalenie nie dotyczy jednak roszczeń wynikających z ubocznego elementu umownego zakwalifikowanego jako umowa użyczenia. Jest to bowiem najczęściej odrębna umowa, aczkolwiek akcesoryjna w stosunku do umowy wskaźnikowej.

Zakończenie i wnioski

System angloamerykański, z założenia nieregulujący ustawowo znakomitej większości kontraktów, sprzyja konstruowaniu nowatorskich i nietypowych umów.⁸⁷⁸ Skoro umowy zasadniczo nie są regulowane, zazwyczaj trzeba je tworzyć niejako „od zera”, a także wyraźnie regulować w nich prawa i obowiązki stron. Być może z tego właśnie powodu w kręgu *common law* w ciągu ostatnich lat doszło do wyodrębnienia wielu nowatorskich kontraktów, a jednym z nich jest *performance-based road maintenance contract*, który to przyjął się już w wielu państwach na całym świecie.

Analizowana umowa wskaźnikowa zawierana w celu utrzymania dróg jest specyficzną i bardzo rozbudowaną konstrukcją, bezsprzecznie wymaga więc specjalistycznego traktowania. Badania jednoznacznie wykazały, że na gruncie polskim jest to przejaw nienazwanej umowy mieszanej typu kombinowanego. Jaką metodę należy jednak przyjąć przy stosowaniu prawa do tak skomplikowanej umowy?

Na łamach niniejszej pracy doszło do wykazania, że najodpowiedniejsza jest metoda absorpcyjno-kombinacyjna: absorpcyjna na poziomie ogólnym (umowy jako pewnej niepodzielnej całości), natomiast kombinacyjna na poziomie szczegółowym (poszczególnych świadczeń częściowych).⁸⁷⁹ Przy jej zastosowaniu przepisy części szczególnej k.c. należy stosować odpowiednio, a nie wprost. Co istotne, według mojej wiedzy w Polsce⁸⁸⁰ nikt wcześniej nie zaproponował takiej metody stosowania prawa do nienazwanych umów mieszanych. Dzięki zastosowaniu przedmiotowej metody możliwe jest

⁸⁷⁸ *Op. cit.* W. J. Katner [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 11.

⁸⁷⁹ Przy stosowaniu przedmiotowej metody umowę mieszaną należy zbadać *a capite ad calcem* i wyszczególnić poziom ogólny oraz poziom szczegółowy, a dopiero na tej podstawie stosować przepisy części szczególnej k.c. W pierwszej kolejności kontrakt powinno się więc rozbić na części składowe (poziom szczegółowy), gdyż one tak wskażą z czego dana umowa się dokładnie składa, jak i łącznie zarazem uwidoczniają punkt ciężkości całej umowy, a więc jej część „przednawiasową” (element dominujący).

⁸⁸⁰ Podejście takie, jednakże bez konkretnego nazewnictwa czy też formalnego wyodrębnienia i odgraniczenia od pozostałych metod, jest jednak zauważalne szczególnie w nauce niemieckiej.

znalezienie odpowiedzi na pytania dotyczące tak umowy jako pewnej niepodzielnej całości, a więc dotyczące reguł odnoszących się do zawarcia umowy oraz zasad regulujących jej wygaśnięcie/rozwiązanie, a zarazem transparentne stają się kwestie szczegółowe - przede wszystkim dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania danych świadczeń częściowych i wynikających z tego skutków prawnych. Metoda ta nie upraszcza nadmiernie rzeczywistości jak to robi metoda absorpcyjna, a zarazem pozwala także na ocenę prawną umowy jako pewnej niepodzielnej całości, na co nie pozwala metoda kombinacyjna koncentrująca się wyłącznie na szczegółach. Metoda absorpcyjno-kombinacyjna jest więc niczym innym jak wyciągnięciem tego co najlepsze z dwóch tradycyjnych metod stosowania prawa do nienazwanych umów mieszanych, a w konsekwencji stanowi kolejny krok w procesie ewolucji cywilistycznej myśli prawnej.

Co ważne, przedmiotowe narzędzie z powodzeniem może być wykorzystywane także do innych nienazwanych umów mieszanych typu kombinowanego. Jedynym warunkiem jest możliwość wyszczególnienia w danej umowie poszczególnych elementów składowych, a zarazem posiadanie przez nią pewnego elementu „przednawiasowego”, a więc elementu obejmującego lub też dominującego. Jeżeli umowa nie posiada takiego „rdzenia” (rozumianego także jako cecha przeważająca) lub nie da się w niej zidentyfikować poszczególnych elementów składowych, to zastosowanie przedmiotowej metody nie będzie się mogło udać. W nienazwanych umowach mieszanych typu kombinowanego elementy składowe są jednak wyraźnie dostrzegalne (poziom szczegółowy), a przeważenie szali na którąś stronę (poziom ogólny) praktycznie zawsze możliwe, gdyż w zasadzie w każdej takiej umowie o coś „chodzi bardziej”.⁸⁸¹

⁸⁸¹ Przykładowo w umowie o przebywanie w domu spokojnej starości na treść której składa się tak najem jak i szeroko pojęte usługi a ponadto sprzedaż, najbardziej chodzi o najem, gdyż bez niego cała umowa traci gospodarczy sens; w umowie o podróż zawierającej w sobie tak najem jak i przewóz, a ponadto szeroko pojęte usługi oraz sprzedaż, najbardziej chodzi nie o jakąś jej część (element) ale o całościowy efekt (rezultat) w postaci konkretnych wakacji zgodnych z zapewnieniami biura podróży, umowa ta jako pewna niepodzielna całość może być więc oceniana z punktu widzenia przepisów umowy o dzieło; w umowie o wydobywanie piasku oraz jego sprzedaż bardziej chodzi o sprzedaż, a nie o samo wydobywanie będące pewną formą usługi, itd. Oczywiście pamiętać przy tym należy, że nienazwana umowa mieszana stanowi zawsze pewną funkcjonalną całość, a nie jest wyłącznie prostym konglomeratem poszczególnych umów nazwanych,

Przy użyciu ww. metody stosunkowo transparentne stało się jednak przede wszystkim zagadnienie odpowiedzialności stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z analizowanej umowy wskaźnikowej. Przedmiotowa problematyka jest jednak niezwykle złożona, gdyż obowiązki stron (szczególnie wykonawcy) bardzo liczne. Najważniejszym ustaleniem w tej mierze jest bez wątpienia wskazanie, że „punkty karne” to swoiste kary umowne, a więc modyfikacja odpowiedzialności opartej na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.), a nie uzupełnienie tej odpowiedzialności, a więc specjalny, dodatkowy reżim odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania.

Z niniejszej pracy wynikają ponadto stosunkowo liczne ustalenia o charakterze ogólnym. W pierwszej kolejności wskazać należy na konieczność przewartościowania umowy o dzieło. Umowa o dzieło może być postrzegana jako umowa o rezultat usługi (staranne wykonanie i rezultat usługi), a jej przedmiotem może być praktycznie dowolny efekt wynikający ze świadczenia usług, byleby był to rezultat, którego osiągnięcie jest wysoce prawdopodobne oraz który można poddać obiektywnemu testowi na istnienie wad (niezgodności z umową). Bez znaczenia jest natomiast, czy ustalony efekt jest jedynie przemijający i nieucieleśniony w rzeczy (nie trwałe), czy też permanentny i zarazem ucieleśniony w rzeczy (trwałe). „Dzieło” to nic innego jak rezultat usługi i w ten sposób na przedmiotową umowę powinno się patrzeć. Pytanie, czy dana umowa jest „umową o dzieło czy też umową o usługę?” jest więc immanentnie nieprawidłowe, gdyż umowa o dzieło to przejaw umowy o charakterze usługowym.

Należy także wskazać, że umowa o dzieło może mieć bardzo wiele rozmaitych odsłon, które z powodzeniem można uznawać za podtypy tej umowy (analogicznie jak

por. M. Świerczyński przywoływany w P. Zięcik, K. Bartkowiak, *Umowy w badaniach klinicznych*, Warszawa 2009, s. 52, aczkolwiek nienazwanych umów mieszanych typu kombinowanego dotyczy to w znacznie mniejszym stopniu niż umów mieszanych *sensu stricto*.

w ramach umowy sprzedaży, która występuje w obrocie gospodarczym w bardzo wielu różnorodnych konfiguracjach).

Uwagi zawarte w rozdziale IV uprawniają konkluzję, że *de lege lata* wyróżnić należy figurę „dzieła ciągłego”, a w konsekwencji wyróżnić istnienie umowy o „dzieło ciągłe” *sensu stricto* oraz *sensu largo*. W pierwszym wypadku ustalony efekt jest osiągany poprzez jednolite (jednorodne) świadczenie ciągłe. W drugim, zamawiany efekt jest możliwy do zrealizowania poprzez wiele w zasadzie odrębnych czynności, czasami także o odmiennym charakterze (właściwościach), a więc w tym wypadku zasadniczo mamy do czynienia z niejednolitym (niejednorodnym) świadczeniem ciągłym, krystalizującym się w czasie w postaci wielu świadczeń częściowych. Uważam, że w pierwszej sytuacji co do zasady mamy do czynienia z podtypem umowy o dzieło, natomiast w drugiej prawdopodobnie już z nienazwaną umową mieszaną. Powyższe ustalenie implikuje zarazem stosowanie prawa – w pierwszej sytuacji należy odpowiednio stosować przepisy umowy o dzieło, natomiast w drugiej w szczególności rozważenia wymaga metoda absorpcyjno-kombinacyjna.

Za umowę o dzieło (jej podtyp) można także uznać umowę nie tyle o rezultat ciągły, ale o powtarzające się rezultaty (umowa o „dzieła powtarzające się”). W takiej sytuacji zamawiającemu należy się nie pewien stale utrzymujący się w czasie efekt, a wyłącznie poszczególne rezultaty punktowe (jednorazowe). Nieuzasadnione jest natomiast stwierdzenie, że mamy wówczas do czynienia z umową z art. 750 k.c. jako całością, a jej wykonywanie będzie powodowało powstawanie poszczególnych dzieł, gdyż taka kwalifikacja prawna nie jest zgodna z naturą (właściwościami) przedmiotowego kontraktu i prowadziłyby do nieprawidłowych ocen prawnych.

Z uwagi na brak przepisu pozwalającego na wypowiedzenie umowy o dzieło z ważnego powodu, tak w ramach umowy o „dzieło ciągłe” jak i o „dzieła powtarzające się” korzystać należy z odesłania zawartego w art. 750 k.c. i odpowiednio stosować art. 746 k.c., jednak wyłącznie w części pozwalającej na wypowiedzenie umowy z ważnego powodu.

Pozostaje ważne pytanie, czy należy skodyfikować umowę typu *performance-based contract* czyniąc ją umową nazwaną. Wolno sądzić, że na gruncie aktualnie obowiązującego k.c. zabieg taki jest niewskazany.

Po pierwsze, jest na to zbyt wcześnie. Ponadto *de lege lata* odpowiedniejsze jest podejście bardziej ogólne, a więc systemowe. Kodyfikacja umowy typu wskaźnikowego punktowo być może rozwiązałaby problem, natomiast zauważalna jest konieczność zmian zakrojonych na większą skalę.

Przedmiotowe zmiany systemowe to przede wszystkim adaptacja umowy o dzieło do aktualnych potrzeb rynkowych. Kodeksowa umowa o dzieło mogłaby być tak znowelizowana, aby przepisy ją normujące były dostosowane do rezultatów jednorazowych oraz ciągłych, a ponadto powtarzających się. Najprościej można to zrobić bardzo nieznacznym wysiłkiem legislacyjnym, gdyż znaczne zmiany kodeksu zasadniczo nie są pożądane.

W związku z powyższym uzasadniona mogłaby być następująca zmiana art. 627 k.c.:

„§ 1. Przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. § 2. Przedmiotem umowy o dzieło może być dowolny rezultat usługi, jego osiągnięcie powinno być jednak wysoce prawdopodobne.⁸⁸² § 3. Jeżeli należny zamawiającemu rezultat nie jest rezultatem jednorazowym, przepisy niniejszego tytułu stosuje się odpowiednio.”

Zaproponowana nowelizacja rozwiązałaby zauważalne w orzecznictwie i doktrynie wątpliwości czym może być „dzieło”, a zarazem wskazywałaby, że w przypadku rezultatu ciągłego lub też rezultatów powtarzających się możliwe jest stosowanie przepisów umowy o dzieło zamiast art. 750 k.c. Oczywiście równie dobrze można by umowę o dzieło zmodyfikować dogłębnie, aby mogła ona stanowić solidną i pewną podstawę do

⁸⁸² W tym miejscu można by także wskazać, że ustalony rezultat powinien być sprawdzalny pod kątem wad, zabieg taki nie wydaje się być jednak zupełnie niezbędny.

konstruowania skomplikowanych zobowiązań o charakterze ciągłym, jednakże nie wydaje się to absolutnie konieczne.⁸⁸³

Zarazem wysoce pożądane byłoby jednak dodanie przepisu, na mocy którego każda ze stron umowy o dzieło ma w każdym czasie prawo do odstąpienia od tego kontraktu, o ile zajdą ku temu ważne powody. Odstąpienie przy rezultacie punktowym (jednorazowym) działałoby *ex tunc*, natomiast ciągłym lub rezultatami powtarzających się *ex nunc*. Dobrym wzorem do przeniesienia na polski grunt jest § 648a BGB wprowadzający możliwość wypowiedzenia umowy o dzieło z ważnego powodu, a także regulujący konsekwencje skorzystania przez stronę z tego uprawnienia. W Polsce należy jednak pozostać przy odstąpieniu, skoro takim pojęciem operują zarówno szczegółowe art. 631, 635, 636, 640, 644 k.c., jak i ogólny art. 491 i n. k.c.

Ewentualna regulacja umowy wskaźnikowej jako umowy nazwanej na gruncie nowego k.c. mogłaby natomiast być uzasadniona. Powinna jednak uwzględniać systemowe zmiany przepisów dotyczących świadczenia usług, które są przewidywane w nowym akcie prawnym. Zespół Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego ds. regulacji świadczenia usług (działający nadal w ramach Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego) zaproponował utworzenie dla tego sektora swoistego „mikrosystemu”, z odrębną częścią ogólną oraz poszczególnymi modyfikacjami zasad ogólnych.⁸⁸⁴ Zespół zauważył ponadto, że wyraźnej regulacji ustawowej powinno poddać się kwestię odpowiedniej staranności wykonawcy

⁸⁸³ Zmiany przepisów regulujących umowę o dzieło oraz umowę zlecenie/o świadczenie usług nie należy się natomiast spodziewać z uwagi na dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz. Urz. UE 2019 L 136/1) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniającą rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE oraz uchylającą dyrektywę 1999/44/WE (Dz. Urz. UE 2019 L 136/28), por. w tej mierze w szczególności projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz ustawy – Kodeks cywilny z dnia 5 stycznia 2022 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12341810/12752766/12752770/dokument539140.pdf> [dostęp 11.03.2022].

⁸⁸⁴ *Op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 585.

usług oraz, w szczególnych wypadkach, osiągnięcia założonego z góry rezultatu.⁸⁸⁵

Powyższe założenia są zgodne z przesłaniem płynącym z DCFR.

Przed kodyfikatorami niezwykle trudne zadanie, gdyż założenia świadczenia usług w nowym kodeksie cywilnym powinny uwzględniać normalizację i standaryzację⁸⁸⁶ oraz właśnie możliwe obwarowanie wskaźnikami świadczenia usług z jednej strony, a ponadto wymogi ponadprzeciętnej elastyczności co do oceny niektórych usług⁸⁸⁷ z drugiej strony. Usługi są bowiem kategorią niezwykle heterogeniczną.⁸⁸⁸

Możliwość obwarowania usług stosownymi wskaźnikami powinna być jednak szczególnie wzięta pod uwagę przez ustawodawcę, ponieważ dzięki temu zabiegowi umożliwiona jest transparentna i obiektywna ocena czy zobowiązanie zostało wykonane zgodnie z jego treścią oraz jakie są konsekwencje jego ewentualnego niewykonania lub nienależytego wykonania. Przyjęcie konkretnych mierników wykonania umowy powoduje, że struktura treści zobowiązania jest bardzo konkretnie, prawie matematycznie, określona, a nie rozmyta jak np. przy świadczeniu usług prawnych przez adwokata, w związku z czym oczekiwana jakość usługi jest transparentnie ustalona z góry.

Aktualnie zdecydowanie przedwczesne byłoby natomiast proponowanie konkretnych rozwiązań normatywnych dla szeroko pojętych umów wskaźnikowych. Należy bowiem oczekiwać ich dalszego rozwoju i ewolucji, w związku z czym ustawodawca polski

⁸⁸⁵ *Op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 585.

⁸⁸⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniające dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylające decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz.Urz. UE 2012 L 316/12) zapowiada rewolucję w podejściu od świadczenia usług. Przewiduje bowiem objęcie usług normami, co pozwolić ma na standaryzację ich świadczenia, ułatwić badanie czy usługa została prawidłowo wykonana oraz powodować, że „Kontrola prawidłowości wykonania zobowiązania będzie się odbywać „na przedpolu” wykonania zobowiązania”, por. *op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 582-583, ponadto patrz s. 586.

⁸⁸⁷ *Op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 586, w tej mierze zasadne może być inspirowanie się „systemem ruchomym” (niem. *bewegliches System*) zaproponowanym przez austriacką doktrynę - W. Willburg przywoływany w *ibidem*, s. 586.

⁸⁸⁸ *Op. cit.* M. Pecyna, F. Zoll, *Regulacja świadczenia usług...*, [w:] A. Olejniczak (red.), J. Haberko (red.), A. Pyrzyńska (red.) D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy...*, s. 584.

powinien przez jeszcze pewien czas obserwować ich praktyczny wymiar i oddziaływanie w sferze gospodarczej. Przedwczesne postulaty *de lege ferenda* mogłyby bowiem okazać się zupełnie nietrafione, a szybkie zmiany w prawie mogłyby doprowadzić do ograniczenia rozwoju tego typu kontraktów, ponieważ zastałyby one niejako na siłę wtłoczone w pewne ramy, co zdecydowanie jest niewskazane.⁸⁸⁹ W pełni zgodzić należy się także z M. Romanowskim, który wskazuje, że „(...) awans umowy nienazwanej do kategorii umów nazwanych jest wysoce wątpliwy i zazwyczaj prowadzi do ograniczenia zasady wolności umów”⁸⁹⁰. Ponadto niepolecane jest tworzenie generalnych i abstrakcyjnych norm prawnych, gdy nie ma się przekonania, wynikającego z rzetelnych analiz empirycznych oraz prognoz statystycznych, że będą one regulowały zjawiska w skali masowej.⁸⁹¹ Regulację tego segmentu należy więc pozostawić póki co w rękach samych stron, za podstawę do takiego myślenia mając sentencję wypowiedzianą przez A. Stelmachowskiego, w myśl której „(...) prawo cywilne nie może odpowiadać temperamentowi niecierpliwych reformatorów”⁸⁹².

⁸⁸⁹ Oczywiście metoda absorpcyjno-kombinacyjna w pewnym zakresie także to robi, aczkolwiek wydaje się to być uzasadnione, gdyż mówimy o nienazwanej umowie mieszanej typu kombinowanego.

⁸⁹⁰ *Op. cit.* M. Romanowski [w:] W. J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 636, patrz też 639-640.

⁸⁹¹ Tak w pełni zasadnie *op. cit.* Z. Radwański, *Teoria umów*, s. 215.

⁸⁹² A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, wyd. 2, Warszawa 1984, s. 19.

BIBLIOGRAFIA

1. Altmüller P., *Entwicklung einer differenzierten Preisgleitklausel für Funktionsbauverträge im Straßenbau*, Kassel 2012
2. Ambaw B. A., Telgen J., *The practice of performance-based contracting in developing countries' public procurement: The case of Ethiopia*, *Journal of Public Procurement* 3/2017, https://www.researchgate.net/publication/319459438_The_practice_of_performance_based_contracting_in_developing_countries%27_public_procurement_The_case_of_Ethiopia [dostęp 06.05.2019]
3. Archutowska J., Pieriegud J., *Efektywność zarządzania utrzymaniem dróg krajowych w Polsce*, Warszawa 2012
4. Bagińska E. [w:] Bagińska E. (red.), *Odpowiedzialność prywatnoprawna. System Prawa Medycznego*, t. 5, Warszawa 2021
5. Bagińska E., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29.10.2003 r., III CK 34/02*, OSP 2005, Nr 4, poz. 54
6. Bagińska E., *Klauzula rebus sic stantibus - współczesne zastosowania*, *Gdańskie Studia Prawnicze* 2/2010
7. Bagińska E., Kosmol M., *Czy istnieje prawne ograniczenie czasowe dla umów typu „utrzymaj standard”?*, *Magazyn Autostrady* 11-12/2018
8. Bagińska E., Kosmol M., *Optymalny okres obowiązywania umów typu „utrzymaj standard”*, *Magazyn Autostrady* 10/2018
9. Bagińska E., Kosmol M., *Premises for an optimal model of managing the burden of financial losses stemming from damage to road infrastructure*, *MATEC Web of Conferences*, 2018, https://www.matec-conferences.org/articles/mateconf/abs/2018/90/mateconf_gambit2018_01001/mateconf_gambit2018_01001.html [dostęp 04.02.2020]
10. Bagińska E., Kosmol M., *Zarządzanie drogami publicznymi a problem podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej - uwagi na tle orzecznictwa*, *Gdańskie Studia Prawnicze* 1/2018
11. Banaszczyk Z. [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018
12. Barta H., *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Wien 2004

13. Bauer H., *Privatisierung oder Publizisierung? Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse* [w:] Bauer H., Szewczyk M., Popowska B., Meier M., Fuks A. (red.), *Publizisierung öffentlicher Aufgaben*, Potsdam 2018
14. Beckedahl H. J., *Straßenbau* [w:] Zilch K., Diederichs C. J., Beckmann K. J., Gertz C., Malkwitz A., Moormann Ch., Urban W., Valentin F., *Handbuch für Bauingenieure*, wyd. 3, Wiesbaden 2019
15. Beer M., *Outsourcing unternehmensinterner Dienstleistungen: Optimierung des Outsourcing-Entscheidungsprozesses*, Wiesbaden 1998
16. Biegun E., Halikowski J., Jezioro J., Kierzyk T. (red.), *Odpowiedzialność za jakość świadczenia w wybranych umowach*, Wrocław 2006
17. Bieluk J., Zadykowicz-Sokół K., *Umowa o roboty budowlane w Kodeksie cywilnym i Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2018
18. Blajer P. A. [w:] Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5B, Warszawa 2020
19. Bojko A., *Kodeks zobowiązań w świetle orzecznictwa*, Warszawa 1938
20. Bollenberger R. [w:] Koziol H. (red.), Bydlinski P. (red.), Bollenberger R. (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, wyd. 3, Wien 2010
21. Borysiak W. [w:] Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, 2019, wers. elekt. Legalis
22. Brush J., *Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers*, Yale Law School 2007, https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student_papers [dostęp 10.07.2020]
23. Brzozowski A. [w:] Brzozowski A., Jastrzębski J., Kaliński M., Kocot W. J., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. 2, Warszawa 2017
24. Brzozowski A. [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018
25. Brzozowski A. [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, wyd. 9, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
26. Brzozowski A. [w:] Rajski J. (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, tom 7, wyd. 4, Warszawa 2018
27. Brzozowski A., *Konsumencka umowa o dzieło (w świetle art. 627¹ Kodeksu cywilnego)*, Warszawa 2013

28. Brzozowski A., *Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie za wady dzieła*, Warszawa 1986
29. Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014
30. Bühler R. [w:] J. Kostkiewicz J. K. (red.), Wolf S. (red.), Amstutz M. (red.), Fankhauser R. (red.), *OR Kommentar*, wyd. 3, Zürich 2016
31. Busche J. [w:] Henssler M. (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III*, wyd. 7, München 2018
32. Bydlinski M., Spenling A. [w:] Koziol H. (red.), Bydlinski P. (red.), Bollenberger R. (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, wyd. 5, Wien 2017
33. Bydlinski P. [w:] Koziol H. (red.), Bydlinski P. (red.), Bollenberger R. (red.), *Kurzkommentar zum ABGB*, wyd. 3, Wien 2010
34. Casper M., *Der Optionsvertrag*, Tübingen 2005
35. Cendrowicz D., *Prywatyzacja form wykonywania zadań publicznych w sferze pomocy społecznej. Uwagi na tle funkcjonowania niepublicznych domów pomocy społecznej*, [w:] Blicharz J. (red.), Raszewska-Skałeczka R. (red.), *Efektywność ekonomiczna jako cel prywatyzacji zadań z zakresu administracji świadczącej. Studium prawno-administracyjne*, Wrocław 2020
36. Chyla Ł., Barańska A., *Potrącenie umowne w prawie polskim*, Studenckie Zeszyty Naukowe 2017, vol. XX, nr 33.
37. Click R. L., Duening T. N., *Business Process Outsourcing. The Competitive Advantage*, Hoboken 2005
38. Cooter R., Eisenberg M. A., *Damages for Breach of Contract*, California Law Review 5/1985
39. Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, [aktualizacja] Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., wyd. 11, Warszawa 2009
40. Dobska M., Dobski P., *Zarządzanie jakością w podmiotach leczniczych*, Warszawa 2012
41. Doliwa A. [w:] Doliwa A. (red.), *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2015
42. Doliwa A. [w:] Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
43. Doliwa A., *Zobowiązania*, wyd. 3, Warszawa 2012
44. Domański L., *Instytucje Kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część szczególna, Zeszyt I*, Warszawa 1938

45. Domański L., *System Kodeksu Zobowiązań*, Warszawa 1934
46. Drapała P. [w:] Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, wyd. 2, 2017, wers. elekt. Lex
47. Drapała P. [w:] Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, wyd. 2, 2017, wers. elekt. Lex
48. Drapała P., Olejniczak A. [w:] Osajda K. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, wyd. 3, Warszawa 2020
49. Drozdowicz M., *Głosa do wyroku SN z 5.6.2014 r., IV CSK 626/13*, Prawo Zamówień Publicznych 4/2014
50. Dybowski T., Pyrzyńska A. [w:] Łętowska E. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, wyd. 2, Warszawa 2013
51. Dybowski T., Pyrzyńska A. [w:] Osajda K. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, wyd. 3, Warszawa 2020
52. Eisenberg M. A., *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, Michigan Law Review 8/2009
53. Ekkernkamp A., Haeske-Seeberg H., *Qualitätssicherung in der Chirurgie. Konkreter Nutzen oder Buch mit sieben Siegeln?*, Der Chirurg 1/1999
54. Enonchong N., *Breach of Contract and Damages for Mental Distress*, Oxford Journal of Legal Studies 4/1996
55. Eßig M. [w:] Glas A. H., *Public Performance-based Contracting. Ergebnisorientierte Beschaffung und leistungsabhängige Preise im öffentlichen Sektor*, Wiesbaden 2012
56. Falkowska M., *Wpływ „tarczy antykryzysowej” na zamówienia publiczne*, Lex 2020
57. Fandel S., Kock M. [w:] Herberger M. (red.), Martinek M. (red.), Rüßmann H. (red.), Weth S. (red.), Würdinger M. (red.), *juris PraxisKommentar BGB*, wyd. 8, 2017, wers. elekt. juris
58. Gager A., *Praxiswissen Atypische Beschäftigung*, Wien 2011
59. Gajurel A., *Performance-Based Contracts for Road Projects*, Dordrecht 2014
60. Gawlik B., *Umowy mieszane: konstrukcja i ocena prawna*, Palestra 5/1974
61. Gawlik Z. [w:] Gawlik Z., Gajda J. [pod redakcją Wójcika S.], *Podstawy prawa cywilnego. Zobowiązania część ogólna*, Warszawa 2003
62. Gawlik Z. [w:] Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, wyd. 2, 2014, wers. elekt. Lex

63. Giaro T., *Rozróżnianie i mieszanie umów nazwanych. Recenzja książki Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, wyd. Francisco Javier Andrés Santos, Christian Baldus, Helge Dedek, Forum Prawnicze 5/2012
64. Głanowski G., *Umowa o świadczenie zdrowotne*, praca doktorska, Kraków 2018, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/73395/glanowski_umowa_o_swiazczenie_zdrowotne_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp 02.03.2020]
65. Glas A. H., *Public Performance-based Contracting. Ergebnisorientierte Beschaffung und leistungsabhängige Preise im öffentlichen Sektor*, Wiesbaden 2012
66. Gniewek E. [w:] Gniewek E. (red.), Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
67. Gołaczyński J. [w:] Katner W. J. (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, wyd. 3, Warszawa 2018
68. Golat K., Golat R., *Umowy nietypowe w obrocie cywilnoprawnym*, wyd. 3, Warszawa-Jaktorów 2003
69. Golat R., *Umowy zlecenia w obrocie cywilnoprawnym*, Warszawa 2004
70. Górski J. [w:] Ohanowicz A., Górski J., *Zobowiązania. Zarys według Kodeksu cywilnego. Część szczegółowa*, wyd. 3, Warszawa-Poznań 1966
71. Górski J., *Zarys prawa zobowiązań*, wyd. 2, Poznań 1948
72. Graf G., Sonnberger M. W. A., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, wyd. 13, Wien 2019
73. Granecki P., Granecka I. [w:] Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, wers. elekt. Legalis
74. Greiner S., *Schuldrecht Besonderer Teil. Vertragliche Schuldverhältnisse*, Berlin-Heidelberg 2011
75. Grodde M., *Der Einfluss des Europarechts auf die Vertragsfreiheit autonomer Sportverbände in Deutschland. Ausgleich zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Freizügigkeitsrecht*, Berlin 2007
76. Grześkowiak-Stojek D. [w:] Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
77. Gutowski M. [w:] Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, wyd. 2, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
78. Gutowski M. [w:] Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, wyd. 2, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
79. Gutowski M., *Glosa do wyroku SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 178/06*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2008, nr 3, poz. 28

80. Habryn-Chojnacka E. [w:] Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, wyd. 2, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
81. M. Gutowski, *Umowa opcji*, Zakamycze 2003
82. Haładaj K., Tulibacka M. [w:] Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, 2019, wers. elekt. Legalis
83. Hechtl A., *Kooperation im Bauwesen*, Bautechnik 6/2002
84. Hermanns N., *Pay for Performance – ein Modell für die Diabetesbehandlung?*, Der Diabetologe 2/2011
85. Hilger J., *BGH v. 06.06.2013 – VII ZR 355/12 (Werk- oder Dienstvertrag?)*, https://zrsweb.zrs.rub.de/rubrr2/?wpfb_dl=230 [dostęp 12.08.2019]
86. Hołda A. (red.), *Zmiany w podatkach i księgowości 2020 z uwzględnieniem tarcz antykryzysowych*, Rozdział VII. Wpływ epidemii COVID-19 na wykonywanie umów, wyd. 1, Legalis 2020
87. Huber F., Schwendener N. [w:] Kostkiewicz J. K. (red.), Wolf S. (red.), Amstutz M. (red.), Fankhauser R. (red.), *OR Kommentar*, wyd. 3, Zürich 2016
88. Huguenin C., *Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, wyd. 2, Zürich-Basel-Genf 2014
89. Ignaczewski J., *Umowy nienazwane*, Warszawa 2004
90. Janowski J., *Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym*, 2008, wers. elekt. Lex
91. Jarnicka J. [w:] Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
92. Jarosław J. [w:] Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Kittel M., Stachowiak M., Jerzykowski J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, wers. elekt. Lex
93. Jastrzębski J., *Konstrukcje prawa obcego a ustalone zwyczaje przy wykładni klauzul umownych*, [w:] Olejniczak A. (red.), Haberko J. (red.), Pyrżyńska A. (red.), Sokołowska D. (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015
94. Jastrzębski J., *Nietypowe kary umowne – swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika*, Przegląd Prawa Handlowego 6/2014
95. Jaworska M. [w:] Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
96. Jaworska M. [w:] Jaworska M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 1, Legalis 2021
97. Jezioro J. [w:] Gniewek E. (red.), Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis

98. Kaliński M. [w:] Brzozowski A., Jastrzębski J., Kaliński M., Kocot W. J., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2017
99. Kaliński M. [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018
100. Karwala I., *Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim — w poszukiwaniu modelowych reguł świadczenia usług dla polskiego ustawodawcy*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 3/2014
101. Katner W. J. [w:] Katner W. J. (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, wyd. 3, Warszawa 2018
102. Katner W. J. [w:] Rajski J. (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. 4, Warszawa 2018
103. Katner W. J. [w:] Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5A, Warszawa 2020
104. Katner W. J. [w:] Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, wyd. 5, Warszawa 2017
105. Katner W. J., Pisuliński J. [w:] Rajski J. (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. 4, Warszawa 2018
106. Kędzierski D. van, *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 3/2018
107. Kian B., *Cloud Computing. Herausforderung für das Rechtssystem*, 2016, Reihe: Schriften zum Medien- und Informationsrecht, t. 14, Nomos eLibrary
108. Kleemann F. C., *Supplier Relationship Management im Performance-based Contracting. Anbieter-Lieferanten-Beziehungen in komplexen Leistungsbündeln*, Wiesbaden 2014
109. Kłós M., *Outsourcing w polskich przedsiębiorstwach*, Warszawa 2009
110. Kocot W. J. [w:] Brzozowski A., Jastrzębski J., Kaliński M., Kocot W. J., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. 2, Warszawa 2017
111. Kocowski T., *Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych*, [w:] Blicharz J. (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Wrocław 2012
112. Kondek J. M. [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, 2019, wers. elekt. Legalis
113. Konik P., *Umowne kształtowanie odpowiedzialności dłużnika za naruszenie zobowiązania w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2019

- 114.Kopaczyńska-Pieczniak K. [w:] Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, wyd. 2, 2014, wers. elekt. Lex
- 115.Kopaczyńska-Pieczniak K., Pyka M. [w:] Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5B, Warszawa 2020
- 116.Korn M., *PPP in the Sector of Road Infrastructure on the County and Municipal Level in Germany: A Story for the Future?*, *European Public Private Partnership Law Review* 2/2008
- 117.Korzonek J., Rosenblüth I., *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, t. 1, wyd. 2, Kraków 1936
- 118.Kosmol M., Markowski K., *Geneza i ewolucja umów dotyczących zarządzania drogami publicznymi w Polsce i na świecie*, *Gdańskie Studia Prawnicze* 1/2018
- 119.Kosmol M., *Odpowiedzialność cywilna za szkody w urządzeniach bezpieczeństwa ruchu drogowego na autostradach i drogach krajowych - tradycyjne ujęcie a nowatorski typ umowy Performance-based contract*, [w:] Tyburska A. (red.), Mikołajczyk Z. (red.), Łuka P. (red.), *Bezpieczeństwo w ruchu drogowym: nauka w służbie praktyki*, Szczytno 2020
- 120.Kosmol M., *Ryzyka kontraktowe w umowach typu „utrzymaj standard”*, *Nawierzchnie Asfaltowe* 1-2/2018
- 121.Kotowicz B. [w:] Sieradzka M. (red.), *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
- 122.Kowalczyk A. [w:] Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
- 123.Kowalczyk B. [w:] Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
- 124.Kozioł G. [w:] Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, wyd. 2, 2014, wers. elekt. Lex
- 125.Kozioł A. [w:] Fras M. (red.), Habdas M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. t. 4, 2018, wers. elekt. Lex
- 126.Krajewski M. [w:] Osajda K. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, wyd. 3, Warszawa 2020
- 127.Krej N., *COVID-19. Ustawy anty kryzysowe. Zbiór przepisów z omówieniem*, Rozdział I. Omówienie przepisów cywilnych i gospodarczych, wyd. 1, Legalis 2020
- 128.Krekora D., *Roszczenie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek wypowiedzenia umowy o dzieło zawartej na czas oznaczony. Glosa do wyroku SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 178/06*, *Glosa* 1/2009

- 129.Kronsbein D., *Service-Level-Agreements und Vergütungsmechanismen für PPP-Verfügbarkeitsmodelle im Verkehrswegebau*, Verfügbarkeitsmodelle im Straßenbau. Privatwirtschaftliche Lösungen jenseits der PKW-Maut, Die Deutsche Bauindustrie, https://www.bauindustrie.de/media/documents/Verfuegbarkeitsmodelle_Internet_Endf.pdf [dostęp 08.09.2019]
- 130.Kruczalak K., *Umowy w obrocie handlowym krajowym i międzynarodowym. Komentarz, Wzory. Objaśnienia*, wyd. 3, Warszawa 1999
- 131.Kubiak-Cyruł A. [w:] Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
- 132.Kurowski W., *Factoring jako kompleks umów*, Rejent 9/1999
- 133.Lackoroński B. [w:] Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, 2019, wers. elekt. Legalis
- 134.Lehmann P. [w:] Honsell H. (red.), *Kurzkomentar OR*, Basel 2014
- 135.Lemkowski M. [w:] Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, wyd. 2, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
- 136.Levmore S., *Stipulated Damages, Super-Strict Liability, and Mitigation in Contract Law*, Michigan Law Review 8/2009
- 137.Liinamaa J., Viljanen M., Hurmerinta A., Ivanova-Gongne M., Luotola H., Gustafsson M., *Performance-based and functional contracting in value-based solution selling*, Industrial Marketing Management 2016, t. 59
- 138.Lis E., Jędrszczyk J., *Świadczenia złożone - problemy praktyczne na gruncie przepisów o podatku VAT*, Monitor Podatkowy 6/2006
- 139.Loos M., *Service Contracts*, 2010, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542506> [dostęp 09.08.2020]
- 140.Loulakis M. C., *Legal aspects of performance-based specifications for highway construction and maintenance contracts*, National Cooperative Highway Research Program, National Academy of Sciences, 2013, https://www.pwfinance.net/document/research_reports/Research%20Legal%20Performance.pdf [dostęp 10.10.2019]
- 141.Ludwiczak W., *Umowa zlecenia*, Poznań 1955
- 142.Lutkiewicz-Rucińska A., *Zagadnienie wielości świadczeń głównych w stosunku zobowiązaniowym – rozważania na przykładzie umowy o dzieło*, [w:] Olejniczak A. (red.), Haberko J. (red.), Pyrzyńska A. (red.), Sokołowska D. (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015

- 143.Lutzenberger M. [w:] Gsell B. (red.), Krüger W. (red.), Lorenz S. (red.), Reymann Ch. (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR* (stan na 01.07.2019)
- 144.Łętowska E., *Glosa do uchwały 7 sędziów z 26 marca 1985 r., III CZP 71/84*, Nowe Prawo 2/1986
- 145.Łętowska E. [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 5, w. 3, Warszawa 2020
- 146.Machnikowski P. [w:] Gniewek E. (red.), Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
- 147.Machnikowski P., *Prawo zobowiązań w 2025 roku. Nowe technologie, nowe wyzwania* [w:] Olejniczak A. (red.), Haberko J. (red.), Pyrżyńska A. (red.), Sokołowska D. (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015
- 148.Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005
- 149.Maciąg K., *Ochrona podróznego na tle ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych oraz ustawy o usługach turystycznych – analiza porównawcza*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018, nr 4(7), <https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/51/46.pdf> [dostęp 13.06.2021]
- 150.Macierzyńska–Frasaszczyk E., *Umowy o świadczenie usług w prawie szwajcarskim*, Transformacje Prawa Prywatnego 3/2014
- 151.Maio G., „*Ich tue das Richtige nur gegen Belohnung*“. *Eine Kritik an Pay-for-Performance in der Psychiatrie*, Der Nervenarzt 11/2015
- 152.Malarewicz-Jakubów A., Tanajewska R., *Prawne i Ekonomiczne Aspekty Outsourcingu*, Optimum. Studia Ekonomiczne 4/2014, https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/2927/1/16_Agnieszka%20MALAREWICZ.pdf [dostęp 10.11.2019]
- 153.Małkowska K., *Wyłączenie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną spółce z o.o. oraz spółce akcyjnej w zakresie realizacji zamówień publicznych w związku z wystąpieniem COVID-19*, Legalis 2020
- 154.Matarewicz J., *Świadczenia złożone w VAT. Zasady stosowania z przykładami nieprawidłowości i nadużyć*, Warszawa 2020
- 155.Merkle B. [w:] Gsell B. (red.), Krüger W. (red.), Lorenz S. (red.), Reymann Ch. (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR* (stan na 01.07.2019)

156. Michałowska K., *Argumenty z prawa obcego w uzasadnieniu uchwał i orzeczeń Sądu Najwyższego*, [w:] Olejniczak A. (red.), Haberko J. (red.), Pyrzyńska A. (red.), Sokołowska D. (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015
157. Mojak J., Widło J., *Polskie prawo kontraktowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2005
158. Morek R., Raczkowski M. [w:] Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, 2019, wers. elekt. Legalis
159. Mularski K., Radwański Z. [w:] Olejniczak A. (red.), Radwański Z. (red.), *Prawo cywilne - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 2, wyd. 3, Warszawa 2019
160. Mundahl M. [w:] Lochmann H. D., Köllgen R., *Facility Management: Strategisches Immobilienmanagement in der Praxis*, Wiesbaden 1998
161. Nadolna D., *Outsourcing procesów biznesowych jako metoda zarządzania w przedsiębiorstwie*, *Studia Ekonomiczne* 2014, t. 202
162. Nesterowicz M. [w:] Rajski J. (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. 4, Warszawa 2018
163. Nesterowicz M., *Dyrektywa Unii Europejskiej o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, jej implementacja do prawa polskiego i odpowiedzialność biur podróży*, *Przeгляд Sądowy* 9/2018
164. Nicklisch F., *Empfiehltsich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? — unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge*, *Juristen Zeitung* 17/1984
165. Niewęglowski A., *Zobowiązania rezultatu i starannego działania w umowach o prace badawcze*, *Studia Iuridica Lublinensia* 14/2010
166. Nowakowski Z. K., *Zobowiązanie rezultatu i starannego działania*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny* 2/1959
167. Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019
168. Odgers Ch. E., *Introduction to the Law of Contracts*, London 1948
169. Oetker H., Maultzsch F., *Vertragliche Schuldverhältnisse*, wyd. 5, Berlin-Heidelberg 2018
170. Ogiegło L. [w:] Rajski J. (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. 4, Warszawa 2018
171. Ogiegło L., *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989
172. Ohanowicz A., *Zobowiązania. Część ogólna*, Poznań 1954
173. Okolski D., *Umowa o roboty budowlane*, wyd. 9, Warszawa 2018
174. Olejniczak A. [w:] Koch A. (red.), Napierała J. (red.), Grykiel J., Gutowski M., Janiak A., Koch A., Napierała J., Nowicka A., Olejniczak A., Orlicki M.,

- Pokrzywniak J., Sikorski R., Sokołowski T., Sójka T., Zedler F., *Umowy w obrocie gospodarczym*, wyd. 4, Warszawa 2015
- 175.Olszewska-Stompel J., *Umowa konsorcjum*, Publikacje Elektroniczne ABC, Lex
- 176.Osajda K., *Umowy nienazwane w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, Glosa 4/2006
- 177.Ostrzechowski B., Riedl K. [w:] Osajda K. (red.), *Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, wyd. 4, 2021, wers. elekt. Legalis
- 178.Pannert M., [w:] Mróz T. (red.), Drozdowska U., Konik P., Pannert M., *Zobowiązania*, wyd. 2, Warszawa 2016
- 179.Panowicz-Lipska J. [w:] Panowicz-Lipska J. (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 8, wyd. 2, Warszawa 2011
- 180.Panowicz-Lipska J. [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, wyd. 2, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
- 181.Pearce D., Halson R., *Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication*, Oxford Journal of Legal Studies, 1/2008
- 182.Pecyna M., Zoll F., *Regulacja świadczenia usług jako wyzwanie legislacyjne*, [w:] Olejniczak A. (red.), Haberko J. (red.), Pyrżyńska A. (red.), Sokołowska D. (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015
- 183.Pecyna M., Zoll F., *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, Transformacje Prawa Prywatnego 1/2012
- 184.Perner S., Spitzer M., Kodek G., *Bürgerliches Recht*, wyd. 6, Wien 2019
- 185.Peters F., Jacoby F. [w:] Martinek M. (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, 2014, wers. elekt. juris
- 186.Piątek W. [w:] Gliniecki A. (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, wyd. 3, 2016, wers. elekt. Lex
- 187.Piekarski M., *Umowa o dzieło. Umowa zlecenia. Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia*, Katowice 1965/66
- 188.Pieper M., *Pay for performance: Denn sie wissen nicht, was sie tun*, Orthopädie & Rheuma 4/2015
- 189.Pieróg J. [w:] Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 15, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
- 190.Plate J., *Das gesamte examensrelevante Zivilrecht Für Studenten und Rechtsreferendare*, wyd. 6, Berlin-Heidelberg 2016

191. Popiołek W. [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, wyd. 9, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
192. Pyrzyńska A., *Zobowiązanie ciągle jako konstrukcja prawna*, Poznań 2017
193. Pyrzyńska A. [w:] Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, wyd. 2, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
194. Pyrzyńska A., *Świadczenie jednorazowe w umownym zobowiązaniu ciągłym* [w:] Olejniczak A. (red.), Haberko J. (red.), Pyrzyńska A. (red.), Sokołowska D. (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015
195. Pyziak-Szafnicka M. [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018
196. Posner E. A., *Fault in Contract Law*, Michigan Law Review 8/2009
197. Rabl Ch. [w:] Rabl Ch., Riedler A., *Schuldrecht Besonderer Teil*, wyd. 6, Wien 2017
198. Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 15, Warszawa 2019
199. Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 14, Warszawa 2020
200. Radwański Z., Panowicz-Lipska J., *Zobowiązania – część szczegółowa*, wyd. 13, Warszawa 2019
201. Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977
202. Raff T., *Vertragstypenbildung im polnischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Generalklausel von Art. 750 KC* [w:] Santos F.J.A. (red.), Baldus Ch. (red.), Dedek H. (red.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München 2011
203. Rebhahn R., Kietaihl Ch. [w:] Kodek G. (red.), Schwimann M. (red.), *ABGB Praxiskommentar*, t. 5, wyd. 4, Wien 2014
204. Reich D. O., *Einführung in das Bürgerliche Recht*, wyd. 5, Wiesbaden 2016
205. Rezler J., *O odpowiedzialności kontraktowej w jej stosunku do odpowiedzialności deliktowej - inaczej*, Palestra 10-11/1987
206. Rieger U. M., Prengel A., Burla S., Rüdiger M., Pierer G., Heberer M., *Von der Kostenerstattung zur leistungs- und ergebnisorientierten Vergütung - Eine Analyse des schweizerischen Gesundheitswesens mit Fokus auf dem stationären Bereich*, Praxis 2009, t. 98
207. Ring G., *Die Reform des Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018*, Neue Justiz 12/2017
208. Robaczyński W. [w:] Katner W. J. (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, wyd. 3, Warszawa 2018

209. Rolfs Ch., Möller Ch., *Anmerkung zu LG Berlin, Urt. v. 3.5.2016 – 5 S 9/15 (AG Schöneberg)*, *Medizinrecht* 1/2017
210. Romanowski M. [w:] Katner W. J. (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, wyd. 3, Warszawa 2018
211. Romanowski M., *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2/1997
212. Rösch U. [w:] Herberger M. (red.), Martinek M. (red.), Rüßmann H. (red.), Weth S. (red.), Würdinger M. (red.), *juris PraxisKommentar BGB*, wyd. 8, 2017, wers. elekt. juris
213. Rożdżeński W., *Umowa o leczenie w ujęciu prawno porównawczym*, *Internetowy Przegląd Prawniczy* 9/2017, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/45022/rozdzenski_umowa_o_leczenie_w_ujeciu_prawnoporownawczym_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y [dostęp 04.03.2020]
214. Rychter R. A. [w:] R. A. Rychter, *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, wyd. 2, 2019, wers. elekt. Lex
215. Safjan M. [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, wyd. 9, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
216. Safjan M., *Umowy związane z obrotem gospodarczym jako najważniejsza kategoria czynności handlowych*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2/1998
217. Schaller J.-M. [w:] Honsell H. (red.), *Kurzkommentar OR*, Basel 2014
218. Scharf A., *Leistungsbezogene Vergütung im professionellen Fußballunternehmen - Eine motivationstheoretische Analyse*, Norderstedt 2009
219. Schend C. W., *Ueber die exceptio non adimpleti contractus und das Retentionsrecht bei gegenseitigen Verträgen*, *Archiv für die zivilistische Praxis* t. 17, 1834
220. Schuhmacher W., Haybäck G., *Schuldverträge*, wyd. 8, Wien 2014
221. Scott R. E., *In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract*, *Michigan Law Review* 8/2009
222. Sieradzka M. [w:] Sieradzka M. (red.), *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
223. Sieradzka M., Szustakiewicz P. [w:] Sieradzka M. (red.), *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
224. Sierpowska I., *Drogi publiczne jako kategoria dobra publicznego – w świetle poglądów doktryny i rozwiązań normatywnych* [w:] Sadowski M. (red.), *Szymaniec*

- P. (red.), *Własność - idea, instytucje, ochrona*, Studia Erasmiana Wratislaviensia, Zeszyt III, Wrocław 2009
- 225.Sikorski R. [w:] Koch A. (red.), Napierała J. (red.), Grykiel J., Gutowski M., Janiak A., Koch A., Napierała J., Nowicka A., Olejniczak A., Orlicki M., Pokrzywniak J., Sikorski R., Sokołowski T., Sójka T., Zedler F., *Umowy w obrocie gospodarczym*, wyd. 4, Warszawa 2015
- 226.Sinkiewicz A., *Pojęcie i rodzaje szkody w polskim prawie cywilnym*, Rejent 2/1998
- 227.Skąpski J. [w:] Grzybowski S., *Prawo cywilne*, wyd. 3, Warszawa 1979
- 228.Śmieja A., *W sprawie funkcji realizowanych przez karę umowną*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 362 (2014)
- 229.Spyra J., *Sukcesywne świadczenia w prawie cywilnym i handlowym austriackim*, przedruk z Przeglądu Prawa i Administracji, Lwów 1908
- 230.Spyra M., Włodyka S. [w:] Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, wyd. 5, Warszawa 2017
- 231.Stankevich N., Qureshi N., Queiroz C., *Performance-based Contracting for Preservation and Improvement of Road Assets*, The World Bank, Washington D.C. 2005, http://www-esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Docs-latest%20edition/PBC/trn_27_PBC_Eng_final_2005.pdf [dostęp: 26.11.2017]
- 232.Stec M. [w:] Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5C, Warszawa 2020
- 233.Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, wyd. 2, Warszawa 1984
- 234.Stoffelss M., *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge: Rechtsfindung und Inhaltskontrolle*, Tübingen 2001
- 235.Strzępka J. [w:] Rajska J. (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego*, t. 7, wyd. 4, Warszawa 2018
- 236.Strzępka J. [w:] Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych. System Prawa Handlowego*, t. 5, wyd. 5, Warszawa 2017
- 237.Sultana M., Rahman A., Chowdhury S., *An Overview of Issues to Consider Before Introducing Performance-Based Road Maintenance Contracting*, World Academy of Science, Engineering and Technology 2012, t. 62, http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/47138/78055_1.pdf;sequence=1 [dostęp 06.06.2019]
- 238.Świerczyński M. [w:] Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis

- 239.Świetla K., *Charakterystyka umów dotyczących poziomu usług oraz kluczowych wskaźników efektywności w praktyce outsourcingu procesów rachunkowości*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie 12/2017
- 240.Szanciło T. [w:] Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
- 241.Szłęczak A., Gardocka H., *Standardy odpowiedzialności kontraktowej w polskich umowach opartych na wzorcach angloamerykańskich*, Przegląd Prawa Handlowego 12/2011
- 242.Szostak R., *O potrzebie usprawnienia kodeksowej regulacji umów o świadczenie usług na warunkach zlecenia* [w:] Olejniczak A. (red.), Haberko J. (red.), Pyrzyńska A. (red.), Sokołowska D. (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015
- 243.Szostak R., *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/36762/Umowy-o-zamowienia-publiczne-w-zarysie.pdf [dostęp 20.02.2020]
- 244.Tanajewska R. [w:] Ciszewski J. (red.), Nazaruk P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2019, wers. elekt. Lex
- 245.Tereszkiewicz P. [w:] Stec M. (red.), *Prawo instrumentów finansowych. System Prawa Handlowego*, t. 4, Warszawa 2016
- 246.Ulrici B. [w:] Gsell B. (red.), Krüger W. (red.), Lorenz S. (red.), Reymann Ch. (red.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR* (stan na dzień 01.11.2019)
- 247.Voit W. [w:] Bamberger H. G. (red.), Roth H. (red.), Hau W. (red.), Poseck R. (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (stan na 01.02.2019)
- 248.Weber R. H. [w:] Honsell H. (red.), Vogt N. P. (red.), Wiegand W. (red.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, wyd. 6, Basel 2015
- 249.Wehrle-Einhorn R. J., *Use of Performance-Based Standards in Contracting for Services*, *The Army Lawyer* 8/1993
- 250.Weigel T. F., *Qualität in der Medizin quantifizieren? Eine Begriffsklärung in der Pay-for-Performance-Diskussion*, Wiesbaden 2018
- 251.Welser R., Zöchling-Jud B., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, wyd. 14, Wien 2015
- 252.Wiktorowska E. [w:] Gawrońska-Baran A., Wiktorowski A., Wójcik P., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, wers. elekt. Lex

253. Wilczewski J., *Gwarancja jakości świadczonych usług (Service Level Agreement) jako szczególny reżim odpowiedzialności kontraktowej*, Monitor Prawniczy 3/2005, dodatek opublikowany jako Prawo Mediów Elektronicznych 2/2005
254. Wilczewski J., *Gwarancja Jakości Świadczonej Usług (Service Level Agreement) jako szczególny reżim odpowiedzialności kontraktowej*, e-BIULETYN CBKE 2/2004, http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/24715/Gwarancja_Jakosci_Swiadczon.pdf [dostęp 03.06.2019]
255. Wirahadikusumah R., Susanti B., Coffey V., Adighibe Ch., *Performance-based Contracting for Roads – Experiences of Australia and Indonesia*, Procedia Engineering 2015, t. 125, <https://www.infona.pl/resource/bwmeta1.element.elsevier-8b9715bc-7c14-30c8-8c75-8e684e0a4f0b> [dostęp: 30.08.2017]
256. Wiśniewski A., *Umowy losowe w prawie polskim*, Warszawa 2009
257. Witczak H., Kawałko A., *Zobowiązania*, wyd. 5, Warszawa 2015
258. Wittwer A. [w:] Schwimann M. (red.), *ABGB Taschenkommentar*, wyd. 3, Wien 2015
259. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wyd. 3, Warszawa 2018
260. Woźniak Z., *Umowa o dożywocie w prawie polskim*, Warszawa 2019
261. Wyrwiński M., *Regulacja prawna świadczenia usług w prawie angielskim. Inspiracja dla ustawodawcy polskiego?*, Transformacje Prawa Prywatnego 4/2016
262. Wyrzykowski W. [w:] Fras M. (red.), Habdas M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, 2018, wers. elekt. Lex
263. Zagrobelny K. [w:] Gniewek E. (red.), Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2019, wers. elekt. Legalis
264. Zagrobelny K. [w:] R. Strugała, *Wykładnia umów. Standardowe klauzule umowne*, wyd. 3, Warszawa 2020
265. Zakrzewski P. [w:] Fras M. (red.), Habdas M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, 2018, wers. elekt. Lex
266. Zaradkiewicz K. [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, wyd. 9, Warszawa 2018, wers. elekt. Legalis
267. Zbiegień-Turzańska A. [w:] Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, 2019, wers. elekt. Legalis
268. Zeres T., *Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Zivilprozessrecht*, wyd. 9, Berlin 2019

269. Ziemiński B. [w:] Ziemiński B., Kitłowski E., *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 2013
270. Zietlow G., *Cutting Costs and Improving Quality through Performance-Based Road Management and Maintenance Contracts - The Latin American and OECD Experiences*, University of Birmingham (UK), Senior Road Executives Courses 2011, <http://www.performance-based-road-contracts.com/> [dostęp 13.09.2019].
271. Zięciak P., Bartkowiak K., *Umowy w badaniach klinicznych*, Warszawa 2009
272. Zindel G. G., Pulver U., Schott B. G. [w:] Honsell H. (red.), Vogt N. P. (red.), Wiegand W. (red.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, wyd. 6, Basel 2015
273. Zoll F. [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, suplement do t. 6, Warszawa 2010
274. Zoll F. [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 3, Warszawa 2018
275. Zoll F. [w:] Olejniczak A. (red.), *Prawo zobowiązań - część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 2, Warszawa 2014
276. Zoll F., *Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018
277. Zoll F., *Zobowiązania w zarysie według polskiego Kodeksu zobowiązań*, podręcznik poddany rewizji i wykończony przy współdziałaniu Kosińskiego S. i Skąpskiego J., wyd. 2, Warszawa 1948
278. Żelechowski Ł. [w:] Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, 2019, wers. elekt. Legalis
279. Żelechowski Ł., Raczkowski M. [w:] Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 21, 2019, wers. elekt. Legalis
280. Żok K., *Umowa o infrastrukturę jako usługę a umowa o świadczenie usług*, Państwo i Prawo 7/2019
281. Żukowski W. [w:] Chudzik M., Karasek I., Kohutek K., Łyszczarz B., Olczyk M., Porzycki M., Rogoń D., Rusinek M., Żukowski W., *Sprzedaż*, wyd. 2, Warszawa 2005
282. Asian Development Bank, *Guide to performance-based road maintenance contracts*, 2018, <https://www.carecprogram.org/uploads/Guide-Performance-Based-Road-Maintenance-Contracts.pdf> [dostęp: 15.09.2019]
283. Bagińska E., Jamroz K., Kosmol M., *Zarządzanie ryzykiem kontraktowym i zasady ubezpieczenia szkód spowodowanych uderzeniami pojazdów w drogowe środki bezpieczeństwa*, niepubl. projekt wytycznych dla GDDKiA przedstawiony na

- Konferencji Naukowej „Drogowe środki bezpieczeństwa ruchu - od nauki do praktyki”, która odbyła się w dniach 12-13 września 2019 r. w Gdańsku na Politechnice Gdańskiej
284. Bagińska E., Kosmol M., *Przesłanki optymalnego modelu metody dochodzenia odszkodowań za zniszczenie urządzeń infrastruktury drogowej*, 2018, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_EBaginska.pdf [dostęp 06.05.2019]
285. Bull M., Brekelmans R., Wilson L., *Lessons learned in output and performance-based road maintenance contracts*, Public-Private Infrastructure Advisory Facility Issue Brief 2014, <https://ppiaf.org/documents/2065/download> [dostęp 03.05.2020]
286. Bundesministerium für Gesundheit, *Fragen und Antworten zum Krankenhausstrukturgesetz*, <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/k/khsg/faq-khsg.html> [dostęp 28.08.2019]
287. Bundesministerium für Gesundheit, *Krankenhausstrukturgesetz (KHSG)*, <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/k/khsg.html> [dostęp 28.08.2019]
288. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Das V-Modell (Verfügbarkeitsmodell)*, 2013, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-geschaeftsmodelle-v-modell.html> [dostęp 26.07.2019]
289. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Häufig gestellte Fragen zur systematischen Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich*, https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp%20haeufig%20gestellte%20fragen.pdf?__blob=publicationFile [dostęp 26.07.2019]
290. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, *Projekte der neuen Generation*, 2017, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-projekte-der-neuen-generation-liste.html> [dostęp 26.07.2019]
291. Dąbek P., *Czy w niedalekiej przyszłości zarządcy dróg będą mieć własne zaplecze techniczne?*, Magazyn Autostrady 11-12/2018
292. Eklund B., *The practice of the performance based contracts on national roads in Sweden*, 2018, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_BEklund.pdf [dostęp 16.07.2019]

- 293.GDDKiA, *Utrzymaj standard – nowy i efektywny model bieżącego utrzymania dróg w regionie świętokrzyskim*, 2013, <https://www.gddkia.gov.pl/pl/a/12293/Utrzymaj-standard-nowy-i-efektywny-model-biezacego-utrzymania-drog-w-regionie-swietokrzyskim> [dostęp 04.07.2020]
- 294.Görres S., Sachs M., Mittnacht B., „*Was ist gute Pflege? Überlegungen zur Messung von Ergebnisqualität*“, 2007, <https://www.hpg-ev.de/download/eqs-pflege-goerres-ergebnisqualitaet.pdf> [dostęp 07.09.2019 r.]
- 295.<https://definitions.uslegal.com/w/works-contract/> [dostęp 16.10.2019]
- 296.Informationsdienst des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V., *M6 Duna – gelungenes PPP-Bauwerk in Ungarn*, April 2007, <https://www.bauindustrie-bayern.de/fileadmin/Webdata/Downloads/Verbandsmagazin/id07april.pdf> [dostęp 26.07.2019]
- 297.Karlsruher Institut für Technologie, Institut für Straßen- und Eisenbahnwesen, *Betrieb und Erhaltung von Straßen. Teil: Straßenbetrieb*, https://www.ise.kit.edu/Betrieb_2013_KIT.pdf [dostęp 19.07.19]
- 298.Maciejewski A., *Sposoby zarządzania drogami w Polsce i w Europie*, 2018, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_AMaciejewski.pdf [dostęp 16.07.2019]
- 299.Markowski K., *Utrzymaj standard model gdański jako alternatywny system utrzymania dróg krajowych podsumowanie 1. roku wdrożenia*, 2017, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/model%20gdański%20rok_II%20Pomorski%20Forum%20Drogowe_czerwiec%202017.pdf [dostęp 08.07.2019]
- 300.Markowski K., *Wskaźnikowe modele utrzymania dróg w Polsce - wprowadzenie do dyskusji*, 2018, https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_KMarkowski.pdf [dostęp 16.08.2019]
- 301.Maruta M., Wachta B., Zackiewicz M., Bałaj M., Kowalski S., *Umowa na świadczenie usług utrzymania oraz usług rozwoju [opcjonalnie: usług autoryzacji i usług exit planu]. Wzorcowe klauzule*, https://www.gov.pl/documents/31305/0/umowa_na_swiadczenie_uslug_utrzymania_oraz_uslug_rozwoju_opcjonalnie_uslug_autoryzacji_i_uslug_exit_planu-_wzorcowe_klauzule.pdf/5bc93421-989b-5f1b-944d-169426c8f1fe [dostęp 13.06.2019]
- 302.Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Urząd Zamówień Publicznych, *Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych*, 2018,

- https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf [dostęp 18.03.2020]
303. Ministerstwo Zdrowia, *Ustawa o jakości w ochronie zdrowia trafi do konsultacji publicznych*, 2021, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/ustawa-o-jakosci-w-ochronie-zdrowia-trafi-do-konsultacji-publicznych> [dostęp 07.09.2021]
304. Morris P., *Contractual discretion and its limits*, 2017, <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/207739db/contractual-discretion-and-its-limits> [dostęp 29.10.2019].
305. Office of Federal Procurement Policy (OFPP), Office of Management and Budget (OMB), Executive Office of the President, *A guide to best practices for performance-based service contracting*, final edition October 1998, https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/procurement_guide_pbsc [dostęp 08.05.2019]
306. Ojczyk J., *Jest projekt ustawy o jakości w ochronie zdrowia*, 2021, <https://www.prawo.pl/zdrowie/projekt-ustawy-o-jakosci-w-ochronie-zdrowia,509611.html> [dostęp 07.09.2021]
307. Pakkala P., *Performance-based Contracts – International Experiences*, 2005, http://www-esd.worldbank.org/pbc_resource_guide/Docs-latest%20edition/cases-and-pdfs/PPakkala_TRB_Workshop_April27_2005_Presentation.pdf [dostęp 26.11.2017]
308. PricewaterhouseCoopers, Freshfields Bruckhaus Deringer, BVD, Bauhaus-Universität Weimar, Creative Concept, *PPP im öffentlichen Hochbau. Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen, Teilband 2*, 2003, https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualitaet/WU-PPP/Downloads/DL_gutachten_ppp_hochbau_band2_teil2.pdf;jsessionid=7FF7C5BED4ADCEFBDF92EF9AC7BE4AA4.live21304?__blob=publicationFile&v=3 [dostęp 11.11.2019]
309. PricewaterhouseCoopers, Freshfields Bruckhaus Deringer, BVD, Bauhaus-Universität Weimar, Creative Concept, *PPP im öffentlichen Hochbau. Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen, Teilband 1*, 2003, https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualitaet/WU-PPP/Downloads/DL_gutachten_ppp_hochbau_band2_teil1.pdf?__blob=publicationFile&v=3 [dostęp 06.11.2019]
310. Rogoziński M., *Kredyt zaufania dla wykonawców*, Infrastruktura 1-2/2018

311. Scheu Chr., *Qualität messen & verbessern – Methodenübersicht*, 2016, https://www.bbdk.de/vortraege-archiv.html?file=files/bbdk/dokumente/fruehjahrenskolloquium/vortraege_2016/vortrag_scheu.pdf [dostęp 07.09.2019]
312. SEP Maerschalk GmbH, *FE-Projekt-Nr. 21.0054/2012 Erhaltungsbedarfsprognose (BVWP) 2016 – 2030 der Bundesfernstraßen. Schlussbericht*, München, 2017, https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/erhaltungsbedarfsprognose-schlussbericht.pdf?__blob=publicationFile [dostęp 26.07.2019]
313. Späth M. (red.), Najda-Jędrzejewska I. (red.), *Narzędzia Motywacyjne w Służbie Cywilnej. Podręcznik dobrych praktyk (Finlandia, Niemcy, Szwecja)*, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, Warszawa 2009, https://dsc.kprm.gov.pl/sites/default/files/narzedzia_motywacyjne_w_sluzbie_cywilnej._podrecznik_dobrych_praktyk.pdf [dostęp 11.11.2019]
314. *Strassenerhaltung. Bericht für Hansestadt Lübeck*, www.stadtentwicklung.luebeck.de/files/bericht_strassenerhaltung_bauausschuss_111219.pdf [dostęp 26.07.2019]
315. Streiff M., *Facility Management: Organisation und Ausführung in der Branche*, 2017, <https://www.weka.ch/themen/bau-immobilien/immobilienverwaltung/verwaltungsorganisation-und-gebaeudeunterhalt/article/facility-management-organisation-und-ausfuehrung-in-der-branche/> [dostęp 23.08.2019]
316. Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf [dostęp 30.08.2019]
317. Tłumaczenie BGB na język angielski, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1431 [dostęp 05.06.2020]
318. Transportation Research Board (Consultant: M. J. Markow), *National Cooperative Highway Research Program Synthesis 426: Performance-based Highway Maintenance and Operations Management. A Synthesis of Highway Practice*, Washington D.C. 2012, <https://books.google.pl/books?id=OA37MBOASzYC&pg=PP1&lpg=PP1&dq=National+Cooperative+Highway+Research+Program+Synthesis+426:+Performance-based+Highway+Maintenance+and+Operations+Management.+A+Synthesis+of+Hi>

- ghway+Practice,&source=bl&ots=_1DVKBstZz&sig=ACfU3U2cHk-
 oflyCAiG7oCH5ALQyZoJG_A&hl=pl&sa=X&ved=2ahUKEwjaxI3nlPjqAhXRMe
 wKHbWsCn8Q6AEwEHoECAoQAQ#v=onepage&q=National%20Cooperative%2
 0Highway%20Research%20Program%20Synthesis%20426%3A%20Performance-
 based%20Highway%20Maintenance%20and%20Operations%20Management.%20
 A%20Synthesis%20of%20Highway%20Practice%2C&f=false [dostęp 09.10.2019]
319. Wilgusiak R., *Rewolucja w zarządzaniu utrzymaniem*, wywiad z K. Markowskim
 Zastępcą Dyrektora ds. Zarządzania Drogami i Mostami w GDDKiA Oddział
 Gdańsk, Infrastruktura 1-2/2018
320. World Bank, *Performance-based Contracting for Roads in Canada*, 2006,
http://www-esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Case-Canada.htm [dostęp:
 30.08.2017]
321. World Bank, *Performance-based Contracting for Roads in New Zealand, New
 Zealand Case Study*, 2006, [http://www-
 esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Case-New%20Zealand.htm](http://www-esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Case-New%20Zealand.htm) [dostęp:
 30.08.2017]
322. World Bank, *Performance-based Contracting for Roads in USA, USA Case Study*,
 2006, http://www-esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Case-USA.htm [dostęp:
 30.08.2017]
323. World Bank, *Performance-based contracting of roads assets: Performance-based
 Contracting for Roads in Australia, Australia Case Study*, 2006, [http://www-
 esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Case-Australia.htm](http://www-esd.worldbank.org/psc_resource_guide/Case-Australia.htm) [dostęp: 30.08.2017]
324. World Bank, *Procurement of works and services under output-and performance-
 based road contracts and sample specifications. Sample bidding documents*,
 Washington D.C. 2006 [aktualizacja z 2009 r.],
[http://documents.worldbank.org/curated/pt/265661468157785381/pdf/567550WP0s
 amp11Box353732B01PULBIC11.pdf](http://documents.worldbank.org/curated/pt/265661468157785381/pdf/567550WP0s

 amp11Box353732B01PULBIC11.pdf) [dostęp 16.10.2019]
325. Wyrwich N., *Perspektywy ewolucji sposobów zarządzania drogami w Polsce*, 2018,
https://kongresdrogowy.pl/files/upload/SOP2018_NWyrwich.pdf [dostęp
 16.08.2019]

ORZECZNICTWO

Orzecznictwo polskie:

1. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1965 r., sygn. akt III PU 28/64, Legalis numer 12257
2. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 1965 r., sygn. akt II CR 470/65, Legalis numer 12518
3. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1986 r., sygn. akt III CZP 2/86, Legalis numer 25173
4. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 1994 r., sygn. akt III CZP 136/94, Legalis numer 28917
5. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 1997 r., sygn. akt III CKN 29/96, Legalis numer 30544
6. Wyrok Sądu Najwyższej z dnia 18 listopada 1997 r., sygn. akt II CKN 465/97, Legalis numer 31818
7. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 listopada 1998 r., sygn. akt I ACA 351/98, Legalis numer 44111
8. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 września 1999 r., sygn. akt IV SA 1530/97, Legalis numer 176372
9. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2000 r., sygn. akt II CKN 287/00, Legalis numer 53870
10. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 791/98, Legalis numer 124542
11. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 03 listopada 2000 r., sygn. akt IV CKN 152/00, Legalis numer 48924
12. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2001 r., sygn. akt I ACA 981/00, Legalis numer 53783
13. Uchwała (7) Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 r., sygn. akt III CZP 63/01, Legalis numer 51941
14. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 06 listopada 2002 r., sygn. akt I CKN 1144/00, Legalis numer 60568
15. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2002 r., sygn. akt IV CKN 1553/00, Legalis numer 59147
16. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09 lipca 2003 r., sygn. akt IV CKN 305/01, Legalis numer 61748

17. Uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 06 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03, Legalis numer 59773
18. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2004 r., sygn. akt V CK 379/03, Legalis numer 62939
19. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 sierpnia 2004 r., sygn. akt I ACa 299/04, Legalis numer 72484
20. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2004 r., sygn. akt V CK 235/04, Legalis numer 68429
21. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 02 grudnia 2004 r., sygn. akt I ACa 940/04, Legalis numer 72081
22. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 stycznia 2006 r., sygn. akt III AUa 1700/05, Legalis numer 97474
23. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2006 r., sygn. akt II UZP 4/06, Legalis numer 73739
24. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006 r., sygn. akt. IV CSK 178/06, Legalis numer 80585
25. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt K 47/04, Legalis numer 78772
26. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2006 r., sygn. akt II CSK 267/06, Legalis numer 165193
27. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt II CSK 544/06, Legalis numer 124555
28. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2007 r., sygn. akt V CSK 30/07, Legalis numer 89611
29. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 06 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 421/07, Legalis numer 124532
30. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 06 sierpnia 2008 r., sygn. akt VI SA/Wa 408/08, Legalis numer 276486
31. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2008 r., sygn. akt I CSK 154/08, Legalis numer 124546
32. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt II SA/Po 534/08, Legalis numer 1973081
33. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2009 r., sygn. akt V CSK 180/09, Legalis numer 336614

34. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 2009 r., sygn. akt P 105/08, Legalis numer 180039
35. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. akt IV CSK 319/09, Legalis numer 336518
36. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 września 2010 r., sygn. akt I ACa 572/10, Legalis numer 270930
37. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07 października 2010 r., sygn. akt IV CSK 173/10, Legalis numer 406139
38. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. akt I CSK 703/09, Legalis numer 386458
39. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 09 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 104/10, Legalis numer 265903
40. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn. akt IV CSK 201/11, Legalis numer 480486
41. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt II UK 187/11, Legalis numer 526727
42. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 maja 2012 r., sygn. akt KIO 809/12, Legalis numer 532507
43. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 03 grudnia 2012 r., sygn. akt VII SA/Wa 1689/12, Legalis numer 775333
44. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 714/12, Legalis nr 735082
45. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt III AUa 837/12, Legalis numer 735253
46. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt III CSK 216/12, Legalis numer 726347
47. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt III AUa 1435/12, Legalis numer 744841
48. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 maja 2013 r., sygn. akt. III AUa 964/12, Legalis numer 749121
49. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 232/13, Legalis numer 719586
50. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 04 lipca 2013 r., sygn. akt II UK 402/12, Legalis numer 721987

51. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 10 września 2013 r., sygn. akt I SA/Rz 497/13, Legalis numer 801781
52. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12, Legalis numer 736909
53. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt III AUa 348/13, Legalis numer 776762
54. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt III AUa 351/13, Legalis numer 1229557
55. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 06 grudnia 2013 r., sygn. akt III AUa 522/13, Legalis numer 999127
56. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt V ACa 584/13, Legalis numer 775735
57. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 04 lutego 2014 r., sygn. akt III AUa 596/13, Legalis numer 1229650
58. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 07 lutego 2014 r., sygn. akt III AUa 957/11, Legalis numer 1024253
59. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2014 r., sygn. akt KIO 503/14, Legalis numer 834331
60. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 1588/13, Legalis numer 1024062
61. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 maja 2014 r., sygn. akt VII SA/Wa 2425/13, Legalis numer 1065915
62. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05 czerwca 2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13, Legalis numer 1765430
63. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 czerwca 2014 r., sygn. akt III AUa 1991/13, Legalis numer 1062061
64. Wyrok Sądu Okręgowego we Włocławku z dnia 29 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ca 190/14, Legalis numer 2025313
65. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 395/14, Legalis numer 1231809
66. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt III UK 159/14, Legalis numer 1231802
67. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 02 września 2015 r., sygn. akt III AUa 80/15, Legalis numer 1348910

68. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 września 2015 r., sygn. akt VI ACa 1215/14, Legalis numer 1338017
69. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 21 października 2015 r., sygn. akt I ACa 647/15, Legalis numer 1360658
70. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. akt I ACa 1427/15, Legalis nr 1428837
71. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt II CSK 197/15, Legalis numer 1461029
72. Wyrok Sądu Rejonowego w Kielcach z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt. VIII C 1278/14, Legalis numer 2048862
73. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt I CSK 383/15, Legalis numer 1472291
74. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05 maja 2016 r., sygn. akt II CSK 470/15, Legalis numer 1488809
75. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. akt VI SA/Wa 76/16, Legalis numer 1585803
76. Wyrok Sądu Rejonowego Poznań-Stare Miasto w Poznaniu z dnia 22 września 2016 r., sygn. akt I C 507/14, Legalis numer 2116777
77. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2016 r., sygn. akt II CSK 27/16, Legalis numer 1532461
78. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 października 2016 r., sygn. akt I FSK 344/15, Legalis numer 1558538
79. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 lipca 2017 r., sygn. akt V SA/Wa 2230/16, Legalis numer 1709939
80. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 27 czerwca 2017 r., sygn. akt II SA/Lu 238/17 Legalis numer 1675049
81. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 05 października 2017 r., sygn. akt V ACa 380/16, Legalis numer 1719952
82. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt VII AGa 135/18, Legalis numer 1772436
83. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt I SA/Po 84/18, Legalis numer 1762618
84. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 maja 2018 r., sygn. akt II OSK 3088/17, Legalis numer 1812872

85. Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 23 maja 2018 r., sygn. akt IX Ca 167/18, Legalis numer 1984120
86. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt V CSK 534/17, Legalis numer 1793919
87. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt I AGa 108/18, Legalis numer 1841916
88. Wyrok Sądu Rejonowego w Szczytnie z dnia 16 października 2018 r., sygn. akt I C 80/18, Legalis numer 1992282
89. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 października 2018 r., Sygn. akt V Ca 262/18, niepubl. (zanonimizowany wyrok udostępniony przez GDDKiA)
90. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 kwietnia 2019 r., sygn. akt I FSK 494/17, Legalis numer 2195743
91. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 lipca 2019 r., sygn. akt I FSK 725/17, Legalis numer 2293387
92. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt XXV C 1827/17, Legalis numer 2271886, nieprawomocny
93. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt III CZP 67/19, Legalis numer 2392454

Orzecznictwo zagraniczne

Orzecznictwo angielskie:

1. Court of Appeal (Civil Division) – judgement z dnia 15 marca 2013 r. w sprawie *Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v Mid Essex Hospital Services NHS Trust*, 2013 WL 617577
2. High Court of Justice Queen's Bench Division Technology and Construction Court - judgement z dnia 14 lipca 2015 r. w sprawie *Portsmouth City Council v Ensign Highways Ltd*, 2015 WL 4172814

Orzecznictwo amerykańskie:

1. Supreme Court of the United States – opinion z dnia 20 czerwca 1996 r. w sprawie *Lane v. Pena*, 116 S.Ct. 2092
2. Court of Appeals of Utah – opinion z dnia 26 sierpnia 2004 r. w sprawie *Johnson v. Department of Transp.*, 98 P.3d 773

3. United States Court of Appeals, First Circuit – opinion z dnia 03 maja 2005 r. w sprawie *Marina Bay Realty Trust LLC v. U.S.*, 407 F.3d 418
4. United States District Court, D. Connecticut - memorandum of decision and order z dnia 18 kwietnia 2007 r. w sprawie *Cooper v. U.S. Postal Service*, 482 F.Supp.2d 278
5. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit - opinion for the Court filed by Senior Circuit Judge Silberman z dnia 11 września 2009 r. w sprawie *Saleh v. Titan Corp.*, 580 F.3d 1
6. United States Court of Appeals, Third Circuit - opinion z dnia 01 sierpnia 2013 r. w sprawie *Harris v. Kellogg Brown & Root Services, Inc.*, 724 F.3d 458
7. United States District Court, District of Columbia - memorandum decision z dnia 28 marca 2014 r. w sprawie *Powder River Basin Resource Council v. United States Bureau of Land Management*, 37 F.Supp.3d 59
8. United States District Court, E.D. Pennsylvania – opinion z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie *Philadelphia Workforce Development Corporation v. KRA Corporation*, 156 F.Supp.3d 616
9. United States District Court, District of Columbia - memorandum opinion z dnia 22 grudnia 2016 r., 221 F.Supp.3d 3
10. United States Court of Appeals, Fourth Circuit - opinion z dnia 20 czerwca 2018 r., 893 F.3d 241
11. United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division - memorandum opinion and order z dnia 18 września 2018 r., 2018 WL 4466389
12. Superior Court of Delaware - memorandum opinion and order z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie *Steadfast Insurance Company v. DBi Services, LLC*, 2019 WL 2613195
13. United States District Court, D. Puerto Rico – order z dnia 02 lipca 2019 r. w sprawie *Ramirez de Arellano Ortiz v. United States*, 2019 WL 2881529

Orzecznictwo kanadyjskie:

1. Ontario Superior Court of Justice – order z dnia 21 czerwca 2001 w sprawie *Biotechnik Inc. v. O'Shanter Development Co.*, 2001 CarswellOnt 4691

Orzecznictwo niemieckie:

1. Wyrok Oberlandesgericht Stuttgart z dnia 10 grudnia 1976 r., sygn. akt 2 U 90/76, juris
2. Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 21 lutego 1979 r., sygn. akt VIII ZR 88/78, NJW 1979, 1288
3. Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 29 października 1980 r., sygn. akt VIII ZR 326/79, NJW 1981, 341
4. Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 08 kwietnia 1997 r., sygn. akt X ZR 62/95, NJW-RR 1997, 942
5. Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 16 lipca 2002 r., sygn. akt X ZR 27/01, BGHZ 151, 330
6. Postanowienie Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 18 października 2006 r., sygn. akt VII-Verg 35/06, BauR 2007, 937
7. Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 13 września 2007 r., sygn. akt I ZR 207/04, BGHZ 173, 344
8. Postanowienie Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf z dnia 24 czerwca 2008 r., sygn. akt VK-19/2008-B, juris
9. Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 04 marca 2010 r., sygn. akt III ZR 79/09, BGHZ 184, 345
10. Wyrok Brandenburgisches Oberlandesgericht z dnia 04 października 2012 r., sygn. akt 12 U 39/12, BauR 2013, 510
11. Wyrok Bundesgerichtshof z dnia 06 czerwca 2013 r., sygn. akt VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022
12. Wyrok Landgericht Hannover z dnia 07 września 2018 r., sygn. akt 9 O 106/17, juris, nieprawomocny
13. Wyrok Oberlandesgericht München z dnia 12 lutego 2019 r., sygn. akt 9 U 728/18 Bau, BauR 2019, 1156, nieprawomocny