

Warszawa, 29 września 2022 r.

dr hab. Przemysław Drapała, prof. ALK
Kierownik Katedry Prawa Cywilnego
Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie



Recenzja

rozprawy doktorskiej Pana Mateusza Kosmola pod tytułem „*Umowa wskaźnikowa (ang. Performance-based contract) ze szczególnym uwzględnieniem umowy o utrzymanie dróg*”

I. Ocena wyboru tematu rozpraw

Zgodnie z art. 187 ust. 1 ustawy z 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce rozprawa doktorska powinna prezentować ogólną wiedzę teoretyczną kandydatki lub kandydata w dyscyplinie oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej lub artystycznej. Rozprawa doktorska ma stanowić oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, oryginalne rozwiązanie w zakresie zastosowania wyników własnych badań naukowych w sferze gospodarczej lub społecznej albo oryginalne dokonanie artystyczne. Ocenę recenzowanej rozprawy rozpocząć należy od odniesienia się do wyboru tematu. Zagadnienie kwalifikacji prawnej i odpowiedzialności stron umowy zobowiązującej do osiągnięcia określonych wyników (efektów jakościowych) - *performance-based contract, leistungsbezogene Verträge* - nie było dotąd w polskim piśmiennictwie przedmiotem opracowań o charakterze monograficznym. Również liczba artykułów naukowych i publikacji o charakterze przyczynkarskim dotyczących tej problematyki jest bardzo ograniczona. Zarazem ten rodzaj umów jest szeroko rozpowszechniony w polskiej gospodarce, nie tylko w analizowanym przez Autora obszarze infrastruktury (utrzymania dróg publicznych). Konstrukcja prawna tej umowy może być bowiem stosowane w każdym przypadku, w którym na etapie jej zawierania możliwe jest szczegółowe określenie wymaganego wyniku jakościowego oczekiwanego od dłużnika świadczenia polegającego na czynieniu (*facere*). Z tych powodów wybór tematu należy uznać za trafny.

II. Ocena hipotezy badawczej

We wstępie (s. 13 i 14) Autor wskazał, iż celem pracy jest udowodnienie hipotezy, w myśl której umowa wskaźnikowa mająca za przedmiot utrzymanie dróg publicznych nie jest umową o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 k.c. należy odpowiednio stosować przepisy umowy zlecenia, ale jest nienazwaną umową mieszaną składającą się z kilku elementów o różnorodnym charakterze prawnym, a zarazem umową tak dalece przepelnioną elementami oraz cechami umowy o dzieło, że przede wszystkim należy stosować do niej odpowiednio przepisy dotyczące wspomnianej umowy. Już na wstępie dostrzegalne jest to, iż hipoteza badawcza przyjęta w pracy zmierza do zakwestionowania poglądu przeważającego obecnie w polskim piśmiennictwie. Tak ujęta hipoteza badawcza nie budzi zasadniczych zastrzeżeń, niemniej uzupełnienie jej o kilka szczegółowych pytań badawczych wydaje się uzasadnione. Należy bowiem zauważyć, że rozważania zawarte w pracy wykraczają poza problem kwalifikacji prawnej umowy wskaźnikowej (umowy o utrzymanie dróg publicznych) jako umowy o świadczenie usług lub innej (mieszanej). Autor prezentuje w pracy także analizę miejsca tej umowy w systematyce prawa zobowiązań jej treści a także odpowiedzialności stron za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie. Również te zagadnienia mogły zostać skorelowane ze szczegółowymi pytaniami badawczymi zaprezentowanymi na wstępie pracy.

III. Ocena zastosowanych metod badawczych

Recenzowana praca została napisana przede wszystkim przy wykorzystaniu metody dogmatycznej, której przedmiotem jest analiza obowiązujących polskich regulacji prawnych, wypowiedzi polskiego piśmiennictwa i judykatury. Prawidłowo zastosowana została metoda komparatystyczna obejmująca odwołania zarówno do obcych regulacji prawnych (oraz tzw. prawa modelowego, DCFR)) jak i stanowisk prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie. Autor korzystał z tej metody w większym lub mniejszym zakresie we wszystkich rozdziałach nawiązując do systemów *common law*, a także systemu niemieckiego, austriackiego i szwajcarskiego. Dobór analizowanych ustawodawstw uznać należy za właściwy, zważywszy że spośród systemów *common law* Autor wybrał te, w których pierwsze konstrukcje *performance-based contracts* powstały (Wielka Brytania i USA), natomiast ustawodawstwa z obszaru niemieckiej kultury prawnej tradycyjnie wywierają wpływ na polską naukę prawa cywilnego i orzecznictwo (w tym także na regulację umów o świadczenie usług). Należy

podkreślić, iż metoda komparatystyczna nie została zastosowana poprzez zamieszczenie w pracy „sprawozdawczej” części poświęconej poszczególnym ustawodawstwom obcym, lecz Autor odwołuje się do obcej doktryny i orzecznictwa w celu analizy zagadnień dotyczących prawa polskiego (np. stosowania innych przepisów do umów o utrzymanie drogi publicznej, kar umownych i innych sankcji za nienależyte spełnienie świadczeni). Autor sięgnął również do analizy historycznej zwłaszcza w zakresie genezy badanej umowy.

IV. Ocena kompozycji pracy

Praca składa się z pięciu rozdziałów o proporcjonalnych rozmiarach. Rozdział pierwszy obejmuje zagadnienia wprowadzające w tym przede wszystkim wyjaśnienie pojęcia, genezy oraz podstawowych cech wyróżniających tzw. umowy wskaźnikowe. W dalszej części tego rozdziału przedstawione zostały podstawowe cechy umowy o utrzymanie dróg publicznych (jako przykładu tzw. umowy wskaźnikowej) w modelu przyjętym w prawie polskim i niemieckim. Rozdział II zawiera szczegółową charakterystykę umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg, w tym analizę strony podmiotowej, trybu zawarcia, przedmiotu umowy oraz rozkładu ryzyk. W stosunkowo krótkim rozdziale III przedstawiono rozważania dotyczące treści umowy o utrzymanie dróg z uwypukleniem świadczeń charakterystycznych (bieżące utrzymanie infrastruktury drogowej, utrzymanie określonego standardu określonego przez mierniki kontraktowe). Interesujące rozważania dotyczące kwalifikacji prawnej badanej umowy w prawie polskim oraz wybranych obcych systemach prawnych zawarte zostały w rozdziale IV. Wątpliwości budzi jedynie tytuł tego rozdziału „Miejsce umowy wskaźnikowej o kompleksowe utrzymanie dróg publicznych w systemie umów”. Taki tytuł, odwołujący się do systematyki umów, byłby bardziej adekwatny w odniesieniu do umowy nazwanej, podczas gdy Autor broni w pracy tezy kwalifikującej badaną umowę jako kontrakt nienazwany z przeważającymi elementami umowy o dzieło. W istocie wspomniany rozdział poświęcony jest problematyce kwalifikacji prawnej badanej umowy nie zaś, jak sugeruje tytuł, jej miejscu w systematyce. Ostatni obszerny rozdział obejmuje zagadnienia odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wskaźnikowej, z uwzględnieniem jej charakterystycznych elementów (np. kar umownych w postaci tzw. punktów karnych). Wypada podkreślić, iż zarówno każdy z rozdziałów jak i cała praca zostały zwieńczone podsumowaniami zawierającymi najważniejsze wnioski z prowadzonych rozważań.

Kompozycję pracy należy uznać za prawidłową, przejrzystą i odpowiadającą przyjętemu celowi badawczemu.

V. Merytoryczna ocena rozprawy

Rozprawa została napisana na dobrym poziomie merytorycznym, przy wykorzystaniu reprezentatywnego dorobku zarówno doktryny polskiej jak i obcej. Autor w sposób wyraźny sformułował swoje poglądy w kluczowych kwestiach (jest to dostrzegalne zwłaszcza w podsumowaniach poszczególnych rozdziałów) i zostały one poparte obszerną i z reguły przekonującą argumentacją prawną. Zważywszy na obszerność pracy, poniższe uwagi odnoszą się do wybranych zagadnień merytorycznych.

Za trafną uznać należy generalną konkluzję Autora, iż umowa o kompleksowe utrzymanie dróg to umowa konsensualna, dwustronnie zobowiązująca, odpłatna, wzajemna a także, w razie jej zawarcia w trybie udzielenia zamówienia publicznego, adhezyjna (s. 56 i 102). W pracy przedstawiono szersze rozważania na temat kwalifikacji badanej umowy jako stanowiącej źródło zobowiązania (względnie świadczenia) rezultatu lub starannego działania. Jak wiadomo, zasadność wyróżniania obu tych kategorii pojęciowych i związane z tym skutki, zwłaszcza w zakresie oceny odpowiedzialności *ex contractu*, są od dawna przedmiotem sporu w polskiej doktrynie. Autor przedstawił w pracy niektóre z poglądów reprezentowanych w tym sporze (s. 59 - 60) broniąc zarazem stanowiska, iż ów podział jest „zasady i potrzebny” jednak w ujęciu uznającym, iż każde świadczenie jest świadczeniem starannego działania, natomiast pewne świadczenia należy kwalifikować jako świadczenia starannego działania oraz rezultatu (koncepcja F.Zolla). Zauważyć jednak należy, iż w kwestii zasadności dokonywania podziału na zobowiązania rezultatu i starannego działania w polskim piśmiennictwie zaprezentowano znacznie więcej zapatrywań, w tym zwłaszcza krytycznych. Dlatego w publikowanej wersji doktoratu celowe byłoby uwzględnienie także następujących publikacji (M.Krajewski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania (próba alternatywnego ujęcia)*, PiP 2000, z.8, s. 51 i n.; A.Machowska, *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania i jej doniosłość dla określenia odpowiedzialności kontraktowej*, KPP 2002, z.3, s. 690 i n. Z.Nowakowski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, RPEiS 1959, z.2, s. 43 i n.; M.Romanowski, *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, PPH 1997, z.2, s. 23 i n. T.Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 164 – 174) oraz odniesienie się do prezentowanych tam poglądów. Zdaniem Autora umowa

wskaźnikowa nie należy do kategorii zobowiązań rezultatu, a jedynie niektóre spośród świadczeń wykonawcy mają charakter świadczeń zarazem starannego działania i rezultatu (s. 102). Nasuwa się wątpliwość, czy jest to w pełni do pogodzenia z prezentowaną w dalszej części pracy tezą, iż badana umową jest umową nienazwaną, o cechach zbliżonych nie do umowy zlecenia, lecz przede wszystkim do umowy o dzieło, co uzasadnia stosowanie do niej odpowiednio przepisów dotyczących tej ostatniej umowy.

Interesujące są zawarte w pracy rozważania odnoszące się do możliwości kwalifikacji umowy wskaźnikowej jako umowy o charakterze losowym. W ramach badanej umowy zakres świadczeń, do których wykonania w danym okresie zobowiązany jest wykonawca zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych (np. zakres usług odśnieżania – od pogody, zakres wymiany oznakowania poziomego drogi – od ilości wypadków i innych zdarzeń uszkadzających to oznakowanie na danym odcinku). Przekonujące jest w mojej ocenie stanowisko Autora, iż pomimo wspomnianych zależności badana umowa nie jest umową losową *sensu stricto*, posiada jedynie pewne cechy (elementy) tego rodzaju umowy (s. 62 i 103).

Na aprobatę zasługuje również teza, iż świadczenie wykonawcy jest świadczeniem złożonym o charakterze ciągłym, na które składają się świadczenia częściowe z zróżnicowanym charakterze aktualizujące się w różnym czasie (s. 92). Celem tego złożonego świadczenia jest utrzymanie oznaczonych wskaźników jakościowych poszczególnych elementów świadczenia składających się łącznie na standard utrzymania drogi. Świadczenie główne zamawiającego polegające na zapłacie wynagrodzenia periodycznie jest świadczeniem okresowym. Wypada wyrazić wątpliwość jedynie co do stanowiska Autora, iż zapewnienie przez zamawiającego nadzoru inwestorskiego należy kwalifikować jako jego świadczenie ciągłe (s. 95). Wydaje się, iż sprawowanie nadzoru należy zaliczyć raczej do szeroko rozumianych obowiązków współdziałania ze strony zamawiającego, umożliwiającego spełnienie świadczenia głównego przez wykonawcę.

Rozdział IV rozprawy zawiera wartościowe rozważania dotyczące kwalifikacji prawnej umowy o kompleksowe utrzymanie dróg stanowiącej przykład umowy wskaźnikowej. Autor poruszył w nim szereg interesujących zagadnień umiejętnie łącząc analizę na gruncie polskiego prawa cywilnego z uwagami komparatystycznymi odnoszącymi się do kwalifikacji badanej umowy w innych systemach prawnych (np. amerykańskim, niemieckim i szwajcarskim) oraz odwołaniami do norm publicznoprawnych. Za trafną i przekonującą uważam podjętą przez Autora polemikę z niektórymi wypowiedziami polskiej judykatury utożsamiającymi wspomnianą umowę z umową o świadczenie usług z uwagi na ich

powtarzalny charakter i „przemijalność rezultatu” (s. 131 i n.). Kryterium trwałości lub przemijalności rezultatu nie może być uznawane za determinujące dla typologicznej kwalifikacji danej umowy jako umowy o dzieło. Umowa o wykonanie utworu muzycznego pomimo przemijalności rezultatu (w przypadku braku jego utrwalenia na jakimkolwiek nośniku) jest umową o dzieło. W przypadku umów o kompleksowe utrzymanie dróg pomimo występowania czynników zewnętrznych o charakterze nieprzewidywalnym (warunki pogodowe, kolizje drogowe, dewastacje infrastruktury oznaczenia poziomego) istotna jest możliwość każdorazowej obiektywnej weryfikacji osiąganego przez wykonawcę rezultatu w zakresie utrzymania infrastruktury w oparciu o oznaczone w umowie kryteria (wskaźniki) jakościowe, czasowe i techniczne.

W pracy zaprezentowano także szczegółowe uwagi dotyczące podziału nienazwanych umów o charakterze mieszanym oraz problematyki stosowania do nich przepisów o umowach nazwanych (s. 151 i n.). Również w tym zakresie rozprawa zawiera rozważania prawnoporównawcze w tym uwzględniające także rozwiązania w aktach modelowych (DCFR).

Autor przekonująco broni zapatrywania, iż do umowy wskaźnikowej jako całości powinno się odpowiednio stosować przepisy umowy o dzieło, bowiem przejawia on przede wszystkim cechy tej umowy (określonej jako „dzieło ciągłe” *sensu largo*), a do poszczególnych jej elementów nie posiadających właściwości dzieła, odpowiednio stosować należy te przepisy, które najlepiej oddają ich charakter np. umowy o roboty budowlane, umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c., umowy użyczenia (s. 196). W rozprawie podkreślono zarazem, iż zarazem, że badana umowa stanowi „nierozłączną całość”, a jej istotą jest nieprzerwane utrzymywanie ustalonego standardu (rezultat ciągły).

Do polemiki skłania natomiast stanowisko dotyczące ustawowych podstaw odstąpienia od analizowanej umowy. Przyjęcie przez Autora tezy, iż badana umowa ma przede wszystkim cechy umowy o dzieło uzasadnia stosowanie do niej odpowiednio uprawnienia wykonawcy do odstąpienia z powodu braku współdziałania zamawiającego (art. 640 k.c.) i uprawnienia zamawiającego do odstąpienia bez podawania przyczyny (art. 644 k.c.). Wątpliwości budzi jednocześnie przyjęcie, że dopuszczalne jest wypowiedzenie tej umowy w całości przez wykonawcę (tu już sytuowanego w pozycji przyjmującego zlecenie) z ważnego powodu na podstawie art. 746 § 3 k.c. Skoro Autor przyjmuje, że dominują cechy umowy o dzieło to konsekwentnie odstąpienie od badanej umowy w całości powinno następować na podstawie odpowiednio stosowanych przepisów dotyczących tej umowy (niezależnie od możliwości

odstąpienia na podstawie klauzul umownych, art. 395 k.c.). Z kolei możliwość wypowiedzenia z ważnego powodu (art. 746 § 3 k.c.) powinna być ograniczona tylko do tej części stosunku umownego, która według stanowiska Autora ma cechy zbliżone do umowy o świadczenie usług (art. 750 k.c.). Nie podzielam również zapatrywania Autora, iż gdyby art. 746 § 3 k.c. miał mieć zastosowanie do badanej umowy to jedynie w odniesieniu do wykonawcy (przyjmującego zlecenie), bowiem „zamawiający dysponuje 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)” (s. 197). Otóż cele i funkcje praw odstąpienia zamawiającego publicznego wynikających z powołanych przepisów nie są tożsame z celami i funkcjami prawa wypowiedzenia umowy zlecenia określonego w art. 746 § 3 k.c. Ponadto przesłanka „ważnego powodu” odnoszona do dającego zlecenie ma szerszy zakres niż przesłanki prawa odstąpienia wynikające z powołanych przepisów ustawy Pzp (tj. ochrona interesu publicznego, zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji).

Rozdział V został poświęcony problematyce odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wskaźnikowej. Charakterystycznym elementem umowy o kompleksowe utrzymanie dróg są postanowienia zastrzegające na rzecz zamawiającego uprawnienie do naliczenia „punktów karnych” za nieosiągnięcie wymaganych wskaźników jakościowych i czasowych przeliczanych na konkretne kwoty potrącane z wynagrodzenia wykonawcy. Na aprobatę zasługuje pogląd Autora, iż postanowienia dotyczące wspomnianych „punktów karnych” powinny być kwalifikowane jako kary umowne (określane w pracy jako „swoiste kary umowne” s. 229). Odpowiadają one konstrukcyjnie karom umownym (stanowią bowiem uzgodnioną *ex ante* kwotę należną za nienależyte wykonanie obowiązków o charakterze niepieniężnym, art. 483 § 1 k.c.) oraz pełnią funkcje typowe właśnie dla kar umownych (stymulacyjne, prewencyjne i odszkodowawcze). W konsekwencji do wspomnianych postanowień ma zastosowanie regulacja dotycząca miarkowania kar umownych (art. 484 § 2 k.c.). Autor dochodząc do tej konkluzji wyraża zarazem pewne wątpliwości co do dopuszczalności miarkowania kar umownych ujętych jako kwoty wynikające z „punktów karnych” w umowach zawieranych w reżimie zamówień publicznych. Stwierdza On w tym kontekście „System „punktów karnych” wyznacza tutaj pewien poziom ryzyka, z którym wykonawcy muszą się liczyć. Następcze zmniejszenie obniżenia

wynagrodzenia może więc okazać się, z punktu widzenia pozostałych wykonawców, którzy przegrali przetarg oferując wyższe wynagrodzenie, niesprawiedliwe” (s. 221). Wątpliwości tych nie podzielam. Dopuszczalność sądowego miarkowania kar umownych zastrzeżonych w umowach w sprawie zamówienia publicznego nie budzi wątpliwości (zob. wyroki SN z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, z dnia 14 stycznia 2016 r., IV CSK 223/15, z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, i z dnia 18 grudnia 2018 r., IV CSK 491/17). Przyjmuje się bowiem, że każdy z pozostałych oferentów, którzy uczestniczyli w postępowaniu o udzielenie zamówienia gdyby znalazł się w sytuacji faktycznej takiej jak wykonawca, również mógłby wnosić o miarkowanie kary umownej w oparciu o tę samą podstawę ustawową. Nawet miarkowanie kary umownej w ugodzie nie stanowi zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 454 i art. 455 Pzp (tak trafnie w szeroko komentowanym wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28.5.2021 r. I GSK 1785/18). Wypada zarazem zachęcić Autora do uzupełnienia pracy (w przypadku jej publikowania) o nawiązanie do problemu, czy potrącenie przez zamawiającego kwoty kary umownej wynikającej z naliczonych „punktów karnych” z wynagrodzeniem wykonawcy umożliwia temu ostatniemu mimo wszystko żądanie miarkowania naliczonej kary przez sąd i jakie skutki ma wyrok miarkujący (w płaszczyźnie temporalnej).

VI. Tzw. strona warsztatowa pracy

Rozprawa została napisana poprawnym i komunikatywnym językiem przy prawidłowym zastosowaniu terminologii prawniczej. Nieliczne uchybienia interpunkcyjne i edytorskie nie przekraczają granic powszechnie przyjętych w tego rodzaju pracach. Na podkreślenie zasługuje szeroki zakres wykorzystanych źródeł (ponad 320 pozycji) i ich staranne dokumentowanie (prawie 900 przypisów w pracy).

VII. Podsumowanie

Recenzowana praca zasługuje na jednoznacznie pozytywną ocenę. Jest ona rezultatem solidnej i starannie wykonanej pracy badawczej Autora, obejmującej nie tylko kwalifikację prawną i konstrukcję jurystyczną umowy wskaźnikowej (w szczególności umowy o utrzymanie dróg) w polskim prawie cywilnym, ale uwzględniającą także jej aspekty publicznoprawne, w tym wynikające z prawa zamówień publicznych oraz refleksje wynikające z obserwacji

praktyki (wzorce umów). Na docenienie zasługują także przenikające w zasadzie całą pracę rozważania komparatystyczne wykorzystane jako narzędzie do rozstrzygnięcia problemów zauważalnych na gruncie prawa polskiego, nie zaś prezentowane w sposób sprawozdawczy. Recenzowana rozprawa dowodzi dobrych umiejętności Autora w zakresie stosowania przyjętych metod badawczych, krytycznej analizy źródeł oraz prowadzenia merytorycznej argumentacji a niekiedy także interesującej polemiki. Przedstawione przez Autora poglądy mogą w mojej ocenie wpłynąć na kształtowanie się dalszego (w chwili obecnej ubogiego) orzecznictwa sądowego dotyczącego umów wskaźnikowych.

W konkluzji stwierdzam, iż recenzowana rozprawa jednoznacznie spełnia wymogi przewidziane w art. 187 ust. 1 ustawy z 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym, ma cechy oryginalnego rozwiązania ujętego w tytule zagadnienia naukowego oraz dowodzi znacznej wiedzy teoretycznej Autora w dyscyplinie naukowej prawo cywilne. W konsekwencji w mojej ocenie praca ta może stanowić podstawę dalszych czynności w przewodzie doktorskim.

