

dr hab. Maciej Rzewuski
Katedra Postępowania Cywilnego i Ochrony Prawnej
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski
w Olsztynie

Olsztyn, dnia 20 września 2022 r.



RECENZJA

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

I. Wybór tematu ocenianej rozprawy uważam za trafny. Prawo cywilne ma tę właściwość, że jest prawem dnia codziennego, a przy tym jest samoobsługowe i przedmiotowe. O ile konstrukcja prawa cywilnego właściwie pozostaje niezmienna, o tyle różnym zmianom ulega kształt poszczególnych instytucji. Zauważalne modyfikacje ustrojowe w powiązaniu z ewolucją stosunków społeczno-gospodarczych skutkowały wieloma zmianami na gruncie polskiego prawa cywilnego, zwłaszcza obligacyjnego. W ostatnich latach pojawiła się bowiem pilna potrzeba modyfikacji legislacyjnych w tej płaszczyźnie prawa, które niejako zaczęło „odstawać” od stale rosnących oczekiwań społecznych w zakresie usprawnienia i uproszczenia obrotu gospodarczego, także w sferze publicznej. W literaturze zaczęły pojawiać się mniej lub bardziej zasadne postulaty wprowadzenia kolejnych kontraktów, a także korelacji przepisów polskiego prawa zobowiązań z uregulowaniami innych, także ponadnarodowych aktów normatywnych.

W nurt tych rozważań doskonale wpisuje się oceniana rozprawa. Jak trafnie wskazał Autor, „nowoczesne prawo cywilne ma w konsekwencji bardzo trudne zadanie – musi nadażyć za galopującymi zmianami gospodarczymi, technicznymi i społecznymi” (str. 11). Dodatkowo, to umowy o świadczenie rozmaitych usług stają się aktualnie kluczowym i najbardziej pojemnym elementem prawa obligacyjnego (str. 12).

Umowa wskaźnikowa to instytucja o ważkim znaczeniu praktycznym, a przy tym ciekawa, nie tylko od strony teoretycznej, ale i praktycznej. Brak pogłębionych analiz naukowych z tego zakresu i ugruntowanych wypowiedzi orzecznictwa sprawia, że większość kwestii związanych z tytułową problematyką jest konsekwentnie pomijana,

a pozostałe postrzega się w sposób zbyt pobieżny. Tymczasem tematyka zakreślona tytułem dysertacji z pewnością inspiruje do stawiania szeregu doniosłych pytań naukowych i poszukiwania nań odpowiedzi.

II. Pod względem konstrukcyjnym oceniana rozprawa wydaje się przemyślana, a jej struktura skorelowana z hipotezami badawczymi.

Rozprawę otwiera *Wstęp*, a zamykają *Zakończenie i wnioski*. Praca składa się z pięciu merytorycznych rozdziałów. Dodatkowo każdy rozdział kończy się *Podsumowaniem*, które ułatwia Czytelnikowi śledzenie toku rozważań, przybliżając wyniki badań i zasadnicze wywody Doktoranta.

Nie mam generalnych zastrzeżeń co do struktury ocenianej rozprawy, choć można by zastanowić się, czy zamiast redagowania pięciu rozbudowanych rozdziałów, lepszym rozwiązaniem nie byłoby podzielenie pracy na większą ich liczbę, dzięki czemu w sposób bardziej transparentny odzwierciedlona zostałaby merytoryczna zawartość każdej części. Jako zbędne oceniam wyodrębnienie w trzech rozdziałach (tj. I, III i V) rozprawy osobnych punktów pt. *Wprowadzenie*, składających się we wszystkich trzech przypadkach zaledwie z jednego akapitu, *de facto* niewiele wnoszących do istoty poruszanej problematyki. Nadto, pozostałe rozdziały (II i IV) w tego rodzaju *Wprowadzenia* nie zostały „wyposażone”, co może świadczyć o pewnej niekonsekwencji metodologicznej Doktoranta.

Są to jednak uwagi natury technicznej, w żadnym razie nie rzutujące na ocenę merytoryczną dzieła, która jest zdecydowanie wysoka.

III. Znajomość i odwoływanie się do literatury krajowej i – co warto podkreślić – z równie silnym natężeniem do dorobku literatury zagranicznej (głównie niemieckiej i anglojęzycznej) zasługują na wyróżnienie. Również obszernie powoływane orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, a także sądów brytyjskich, amerykańskich czy niemieckich jest dowodem rzetelności naukowej Doktoranta.

Przypisy zostały skonstruowane w sposób prawidłowy. Zaledwie w kilku miejscach zabrakło wskazania konkretnej strony lub numeru tezy dzieła, do którego Autor odwołał się w tekście głównym, np. przyp. 18 i 20 na str. 15.

IV. Tekst ocenianej rozprawy z punktu widzenia poziomu jasności wywodów i przedstawionych problemów badawczych także oceniam wysoko. Doktorant przedstawił stanowiska doktryny i judykatury (polskiej i zagranicznej), bez zbędnych powtórzeń konkludując swoje wywody. Praca została napisana przejrzystym i komunikatywnym językiem, co przy poruszanej materii nie było łatwe. Postulowałbym tylko (w razie podjęcia decyzji o publikacji dzieła, co czego oczywiście zachęcam) budowanie krótszych i mniej złożonych zdań, ponieważ w niektórych momentach można zgubić istotę przekazu.

W tekście głównym pojawiły się nieliczne „literówki” i błędy stylistyczne.

V. Od strony metodologicznej Autor prawidłowo określił przedmiot i cel swoich rozważań, które skoncentrował wokół cywilnoprawnej problematyki *performance-based contract* w sektorze gospodarczym utrzymania dróg publicznych w Polsce (str. 14). W związku z tym, postawionym przez Niego zasadniczym problemem badawczym stała się kwalifikacja prawna przedmiotowej umowy na gruncie polskiego prawa cywilnego.

Celowi głównemu rozprawy, co zrozumiałe, towarzyszyły liczne cele szczegółowe, których istota zmierzać miała do udowodnienia hipotezy, że „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, ale jest nienazwaną umową mieszaną, składającą się z kilku elementów o różnorodnym charakterze prawnym, a zatem umową tak dalece przepelnioną 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” (str. 14).

VI. Jeśli chodzi o metody badawcze, to Autor sprawnie wykorzystał narzędzia dogmatyki prawniczej, prawniczej komparatystyki i w ograniczonym zakresie metody historyczno-prawnej.

Wybór metod badawczych zastosowanych w ocenianej rozprawie należy zaakceptować oraz docenić szeroko przeprowadzone badania prawno-porównawcze, koncentrujące się nie tylko na praktykach funkcjonujących na gruncie porządków prawa kontynentalnego (Niemcy, Austria, Szwajcaria), ale też na rozwiązaniach prawnych *common law* (USA, Wielka Brytania).

VII. Odnosząc się do oceny merytorycznej rozprawy należy wskazać, co następuje:

a) Doktorant swoje rozważania rozpoczął od przedstawienia ogólnych, podstawowych zagadnień dotyczących umów wskaźnikowych. Opisał zatem genezę *performance-based contract*, przybliżając ich konstrukcję prawną oraz zastosowanie w poszczególnych sektorach społeczno-gospodarczych. Podkreślenia wymaga, że analizując rozmaite kwestie wypadkowe Autor zawsze miał na uwadze i uwzględniał w swoich wywodach podstawowy dla tematyki określonej tytułem rozprawy sektor utrzymania dróg publicznych.

Z zainteresowaniem zapoznałem się z uwagami Doktoranta na temat *performance-based contract* w prawie zamówień publicznych Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. Łatwość, z jaką Autor zonglował poszczególnymi przepisami Federalnego Prawa Zamówień Publicznych, m. in. w zakresie dotyczącym wymagań formalnych stawianych umowom wskaźnikowym (str. 26 i n.) zasługuje na szczególne uznanie. Liczne odwołania do przykładów występowania tytułowych kontraktów w świecie sportu (Włochy), służby cywilnej (Finlandia), czy medycyny (Republika Federalna Niemiec) świadczą nie tylko o erudycji Autora, ale także potwierdzają jego bogatą wyobraźnię naukową, która jest niezbędna do samodzielnego prowadzenia badań.

Podzielim także większość z wymienionych przez Doktoranta uwag na temat zalet i wad utrzymywania dróg publicznych na podstawie umowy wskaźnikowej. Są one efektem skrupulatnej analizy tego rodzaju kontraktów funkcjonujących w zagranicznych porządkach prawnych, a zwłaszcza w Niemczech (*Funktionsbauvertrag*). Równie wysokiej oceny wymagają rozważania Autora w zakresie zaproponowanych trzech grup wskaźników, obejmujących: mierniki komfortu i obsługi użytkownika drogi (*Road User Service and Comfort Measures*), mierniki trwałości drogi (*Road Durability Measures*) oraz mierniki związane z procesami wykonawcy (*Management Performance Measures*).

Trafna jest konstatacja Autora, że model wskaźnikowy wydaje się być dobrą alternatywą dla pojedynczego zlecenia poszczególnych czynności utrzymaniowych prywatnym podmiotom odrębnymi umowami. Równie korzystne wydaje się skierowanie utrzymania dróg na ostateczne rezultaty (standardy utrzymania zasobów), zwłaszcza z punktu widzenia użytkowników dróg. Zdaniem Doktoranta, docenić należy także i to, że w umowach wskaźnikowych jakość świadczenia – usługi utrzymaniowej jest z góry określona, co znacznie ułatwia ocenę tego, czy dane zobowiązanie zostało prawidłowo wykonane.

Dodatkowo, zamawiający przy tego rodzaju kontraktach nie wydaje środków publicznych na niedookreślone staranne działanie wykonawcy, lecz na konkretne rezultaty jego pracy.

b) W rozdziale II rozprawy Doktorant skoncentrował się na ogólnej charakterystyce umowy wskaźnikowej zawieranej w celu utrzymania dróg publicznych, rozpoczynając od przedstawienia pojęcia i cech przedmiotowej umowy. Następnie przedstawił kolejno kwestie szczegółowe związane ze sposobem zawarcia i formą rzeczoności kontraktu, jego prawnym charakterem (umowa konsensualna, dwustronnie zobowiązująca, odpłatna i wzajemna), z jednoczesnym uwzględnieniem wpływu adhezyjnych elementów kontraktu na wykładnię jego postanowień.

Godne uwagi i przeprowadzenia szerszej dyskusji naukowej w większym gronie są spostrzeżenia Autora co do tego, że kwalifikacji prawnej przy umowach wskaźnikowych winny podlegać poszczególne świadczenia (obowiązki) wykonawcy, a nie całe zobowiązanie (str. 58 i n.). W ocenie Doktoranta, przy opisywanych umowach zasadniczo każde świadczenie jest świadczeniem starannego działania, natomiast pewne świadczenia są świadczeniami tak starannego działania, jak i rezultatu, przez co „podział świadczeń pod tym kątem powinien więc raczej wyglądać następująco: 1) świadczenia starannego działania i 2) świadczenia starannego działania oraz rezultatu” (str. 59). Tą „przewrotną” (jak sam to określił jej Autor) tezę starał się udowodnić stwierdzeniem, iż na gruncie przepisu art. 471 k.c. świadczenie rezultatu jest w zasadzie tak samo traktowane jak świadczenie starannego działania, w tym sensie, że należyta staranność jest przesłanką odpowiedzialności *ex contractu* w obu przypadkach, co wynika bezpośrednio z art. 472 k.c., jeżeli strony umowy nie wprowadzą zasady zaostrożonej.

Mimo że powołana wyżej teza jest kontrowersyjna i trudno ją bezkrytycznie zaakceptować – choćby tylko z uwagi na utrwaloną w doktrynie, ale i judykaturze – nomenklaturę pojęciową prawa zobowiązań, to jednak nie sposób odmówić Autorowi: po pierwsze – odwagi w prezentowaniu własnego zdania, a po wtóre – umiejętności doboru właściwych argumentów w obronie zajętego stanowiska. Widać to równie doskonale na przykładzie analizy dotychczas funkcjonującego w dyskursie prawniczym podziału świadczeń na jednorazowe, okresowe i ciągłe (str. 90 i n.).

Interesujące okazały się także rozważania dotyczące przedmiotu tytułowej umowy, w tym zwłaszcza świadczeń zamawiającego i wykonawcy (str. 75 i n.), jak również anali-

za rozkładu ryzyka pomiędzy kontrahentami (str. 95 i n.). Rację ma Doktorant twierdząc, że wraz ze wzrostem ryzyka po stronie wykonawcy, z jednej strony zwiększa się możliwość osiągnięcia przezeń wymiernych zysków, ale z drugiej – pojawia się znaczne ryzyko niedoszacowania kontraktu, które w skrajnych przypadkach może spowodować brak zysku, a nawet stratę (str. 98).

c) W rozdziale III pracy analizą objęto przede wszystkim treść umowy wskaźnikowej w utrzymaniu dróg publicznych. Przedstawiono prawa i obowiązki stron niniejszego kontraktu, kładąc szczególny nacisk na ciężary występujące po stronie dłużnika świadczenia niepieniężnego.

Na uwagę zasługuje zgłoszony przez Autora postulat konieczności uwzględniania przy weryfikacji faktu wywiązywania się wykonawcy z powierzonych mu obowiązków różnych wskaźników/mierników kontraktowych, w tym m.in. czasowych, jakościowych, ilościowych, technicznych czy organizacyjno-proceduralnych. Godne wyróżnienia są dość liczne, a samodzielnie opracowane przez Doktoranta rozmaite schematy, czy wzory postępowania, obejmujące m. in. różne przykłady wskaźników temporalnych w ramach bieżącego utrzymania drogi realizowanego w trybie awaryjnym (str. 114), czy propozycję podziału wskaźników kontraktowych na poziomy (str. 116).

W konkluzji Doktorant uznał, że dzięki wskaźnikom kontraktowym już w momencie zawierania umowy możliwe jest dokładne określenie wymaganej przez zamawiającego jakości usługi, dzięki czemu kwestia ewentualnego niewykonania tudzież nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę staje się łatwo dostrzegalna.

W tej części pracy sporo uwagi poświęcono również prawu zamawiającego do przeprowadzenia kontroli wykonywania umowy. Podkreślono, że w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej realizacji kontraktu, zamawiający uzyskuje prawo do obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, dokonywanego w ramach reżimu „punktów karnych”.

d) Rozdział IV rozprawy obejmuje szczegółowe badania nad kwestią prawidłowej kwalifikacji prawnej tytułowej umowy oraz potrzebę ujęcia przedmiotowego kontraktu w systemie prawa umów.

W tej części opracowania ponownie dominują szerokie odesłania do dorobku literatury zagranicznej (zwłaszcza anglojęzycznej) oraz doświadczeń obcej judykatury (prze-

de wszystkim niemieckiej). Z uwagą zapoznałem się z rozważaniami Doktoranta na temat zagranicznych rozwiązań prawnych funkcjonujących w opisywanej materii, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów traktujących o umowie o dzieło w Austrii i Szwajcarii (str. 135 i n.). Interesujące okazały się spostrzeżenia Autora odnośnie do (nie)możności kwalifikacji umowy wskaźnikowej, a właściwie pojedynczych świadczeń składających się na ten kontrakt, jako znane prawu polskiemu umowy o roboty budowlane (str. 140 i n.) i o świadczenie usług (str. 144 i n.), oraz jako umowa mieszana (str. 151 i n.).

Konstatując swoje wywody, opierając się na dorobku literatury polskiej oraz orzecznictwa sądów powszechnych i administracyjnych, Doktorat przyjął, że umowa wskaźnikowa, której przedmiotem jest utrzymanie dróg publicznych, jest nienazwaną umową mieszaną typu kombinowanego (str. 165 i n.). Zdaniem Autora, „należy do niej 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 należy stosować 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)” (str. 196).

e) Rozdział V dysertacji traktuje o odpowiedzialności stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Szczegółowej analizie poddano tu kwestię konsekwencji prawnych niezastosowania się stron do wiążących je postanowień umownych.

Podobnie, jak we wcześniejszych rozdziałach, również i w tym Autor nie ograniczył się li tylko do opisanie dotychczasowego dorobku literatury polskiej, czy polskiego orzecznictwa, lecz z powodzeniem przedstawił rozwiązania funkcjonujące w opisywanym zakresie za granicą. W sposób interesujący opisał m.in. procedurę tzw. punktów karnych występujących w regulacjach prawnych *common law* (str. 209 i n.). Wysoce interesujące i w większości poprawne okazały się wywody Doktoranta na temat kar umownych, jakie mogą zostać zastrzeżone przy tego rodzaju kontraktach w prawie polskim.

W tej części pracy poczyniono także trafne uwagi na temat przedawnienia roszczeń stron umowy wskaźnikowej (str. 268 i n.), zwieńczone konkluzją, że „roszczenie wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia za wykonywanie tak prac o charakterze rutynowym, jak i strukturalnym przedawniać się powinno po dwóch latach, gdyż będzie to roszczenie o zapłatę za czynności ostatecznie składające się na zamawiane „dzieło ciągłe” *sensu largo*” (str. 269).

f) Swoją rozprawę Doktorant zwieńczył *Zakończeniem i wnioskami*, w których zestawił najważniejsze uwagi zredagowane we wcześniejszych częściach opracowania.

Należy podzielić konkluzję Autora, że w obowiązującym stanie prawnym brak jest potrzeby skodyfikowania umowy typu *performance-based contract*. Zasadne byłoby natomiast „przewartościowanie” umowy o dzieło, które mogłoby nastąpić w drodze proponowanej, nieznacznej modyfikacji treści art. 627 k.c. (str. 281).

g) Sumując ocenę merytoryczną, pomimo zgłoszonych uwag o charakterze polemicznym, uważam że praca Pana Mateusza Kosmola jest wyjątkowo interesująca, a sformułowane wnioski efektem skrupulatnej weryfikacji postawionych hipotez badawczych. Mimo że z poszczególnymi twierdzeniami Autora można dyskutować, to jednak wszystkie poparto solidną argumentacją, świadczącą o wyobraźni naukowej Doktoranta.

VIII. W konkluzji stwierdzam, że rozprawa pt. „Umowa wskaźnikowa (ang. *performance-based contract*) ze szczególnym uwzględnieniem umowy o utrzymanie dróg publicznych” stanowi oryginalne rozwiązanie przedstawionego w jej temacie problemu naukowego i potwierdza wiedzę teoretyczną Pana Mateusza Kosmola w dziedzinie prawa cywilnego, w tym umiejętność samodzielnego prowadzenia badań, dzięki czemu może zostać przyjęta i dopuszczona do publicznej obrony.

Marek Trzaskowski