

Wstęp

W dzisiejszych czasach największe znaczenie gospodarcze, spośród wszystkich czynności prawnych, mają umowy zobowiązaniowe¹. W związku z powyższym przede wszystkim Kodeks cywilny 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, a w konsekwencji nie sprzyja pionierom biznesowym². Wykorzystanie standardowych środków, a więc typowych umów nazwanych, może zatem znacznie utrudnić, a w niektórych sytuacjach wręcz uniemożliwić, osiągnięcie zamierzonych i ponadprzeciętnych efektów gospodarczych³. W aktualnych realiach można zauważyć powolne wypieranie klasycznych typów umów na rzecz nowatorskich tworów kontraktowych, co w znacznej mierze zawdzięczamy wpływowi gospodarczemu podmiotów pochodzących m.in. z USA, Kanady czy Niemiec⁴. 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 tym procesu różniczkowania i całkowania stosunków prawnych” typowe umowy nazwane są zawierane coraz rzadziej, a podmioty prawa cywilnego preferować zaczynają umowy mieszane⁵.

Nowoczesne prawo cywilne ma w konsekwencji bardzo trudne zadanie – musi nadażyć za galopującymi zmianami gospodarczymi, technicznymi i społecznymi. Wyzwanie to nigdy nie było proste, jednak dzisiaj jest trudne jak nigdy dotąd⁶. W związku z tym przewiduje się, że liczba empirycznie wyodrębnionych umów nienazwanych będzie znacznie rosła, gdyż „stare” przepisy

¹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, s. 353.

² J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, s. 1.

³ *Ibidem*, s. 1.

⁴ K. Kruczałak, *Umowy w obrocie handlowym*, s. 37.

⁵ L. Domański, *System Kodeksu Zobowiązań*, s. 12.

⁶ P. Machnikowski, *Prawo zobowiązań w 2025 roku*, s. 379.

Kodeksu nie będą już odpowiednie dla „nowych” stosunków gospodarczych⁷. Tendencja ta jest zdecydowanie widoczna już w 2023 r.

Bardzo wyraźnie rośnie także znaczenie szeroko pojętych usług. Jak wskazują dane, aż 70% PKB państw będących członkami UE opiera się na usługach⁸. To umowy o świadczenie usług, a nie umowy zobowiązaniowe o innym charakterze, są więc aktualnie kluczowym i najbardziej pojemnym elementem prawa umów⁹.

Kodeksowo uregulowane umowy o świadczenie usług (przede wszystkim umowa o dzieło, umowa o roboty budowlane¹⁰ oraz umowa zlecenie) nie przystają jednak do skomplikowanej rzeczywistości gospodarczej, ponieważ coraz rzadziej dochodzi do zawierania umów dających się przyporządkować wyłącznie jednemu konkretnemu typowi ustawowemu¹¹. W związku z tym zarówno podmioty 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 – *performance-based contracts*¹². Zwrot *performance-based contract* można również przetłumaczyć na język polski jako „umowy uzależnione od wyników”, jak to uczyniono w ramach Decyzji KE z 4.4.2006 r.¹³, albo umowy zobowiązujące

⁷ *Ibidem*, s. 388–390.

⁸ M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług jako wyzwanie legislacyjne, w: Współczesne problemy prawa zobowiązań (red. A. Olejniczak, J. Haberko, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska), s. 561.

⁹ Na gruncie prawa cywilnego usługi to działania (czynności) spełniane dla innej osoby, por. rozważania nad przedmiotową tematyką zawarte w rozdziale IV, § 2 III.

¹⁰ Tak umowa o dzieło, jak i umowa o roboty budowlane powinny zostać przyporządkowane do grupy umów o świadczenie usług. Już na gruncie Kodeksu zobowiązań umowa o dzieło była bowiem ustawowo zakwalifikowana do grupy umów o świadczenie usług (por. Tytuł XI KZ – „Umowy o świadczenie usług”). Tak wskazuje się także w literaturze – por. w szczególności A. Brzozowski, Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie, s. 10; *tenże*, Konsumentka umowa o dzieło, s. 41; *tenże*, System PrPryw, t. 7, 2018, s. 410, 413; M. Gutowski, w: Gutowski, Komentarz KC, t. III, 2019, art. 627, pkt I.1; W. Wyrzykowski, w: *Fras, Habdas*, Komentarz KC, t. 4, Lex 2018, pkt I.1; R. Tanajewska, Komentarz KC, 2019, art. 627, Nb 1; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania – część szczegółowa, s. 164. Odmienne (umowa o dzieło nie jest umową o świadczenie usług): L. Ogieńło, Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych, s. 200 i n.

¹¹ M. Pecyna, F. Zoll, Regulacja świadczenia usług, s. 574–575.

¹² Odnotowania wymaga jednak, że sam zrąb tego konceptu nie jest zupełnie nowy, a wręcz przeciwnie, jego początków należy poszukiwać już w starożytnym Babilonie, por. F.C. Kleemann, Supplier Relationship Management, s. 65 w przypisie.

¹³ Decyzja Komisji z 4.4.2006 r. w sprawie pomocy państwa, którą Zjednoczone Królestwo planuje wprowadzić na ustanowienie Nuclear Decommissioning Authority (Dz.U. UE L Nr 268, s. 37), s. 37–57.

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 („płać za rezultaty”, ang. *pay-for-performance*)¹⁴. 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 osiągnąć¹⁵. 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 można obniżyć wynagrodzenie bazowo należne wykonawcy i obliczone za stuprocentową 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 wyników¹⁶. 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 GDDKiA, ale także na drogach niższego rzędu. Przedmiotowe umowy, określone 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

¹⁴ Por. B.A. Ambaw, J. Telgen, *The practice of performance-based contracting*, s. 7.

¹⁵ 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 11.9.2009 r., *Saleh v. Titan Corp.*, 580 F.3d 1 oraz United States Court of Appeals, Third Circuit, opinion z 1.8.2013 r., *Harris v. Kellogg Brown & Root Services, Inc.*, 724 F.3d 458.

¹⁶ M. Kosmol, K. Markowski, *Geneza i ewolucja umów*, s. 283.

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 KC należy odpowiednio stosować przepisy umowy zlecenia (jak wskazuje polska judykatura). Umowa wskaźnikowa jest bowiem 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.

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 wskaźnikowych¹⁷ 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 KC¹⁸, 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

¹⁷ Jak się wydaje, najwięcej 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*, *Privatisierung oder Publizisierung?*, *passim*.

¹⁸ Warto w tym miejscu zauważyć, że KZ tworzone, w istotnej mierze wzorując się na m.in. austriackim oraz niemieckim KC, a także na regulacjach obecnych w ustawodawstwie szwajcarskim. W związku z tym genezy aktualnie obowiązującego art. 750 KC należy poszukiwać w prawie szwajcarskim (zob. rozdział IV, § 2 III).

Szwajcarii stoi na ponadprzeciętnie wysokim poziomie i od wielu lat wpływa na kształt oraz stosowanie prawa cywilnego w innych państwach na całym świecie¹⁹.

W pracy wykorzystano następujące metody badawcze – dogmatyczną (analiza prawa polskiego), komparatystyczną (analiza prawa obcego), historyczną (analiza prawa już nieobowiązującego), a także analizy *legis contractus* (zawieranych umów wskaźnikowych)²⁰.

Pierwszy rozdział poświęcony jest 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 zarówno umów typu *performance-based contract* w ogólności, jak i tych zawieranych w sektorze utrzymania dróg.

Drugim rozdziałem 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 prezentowane są 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 niestosowania się stron do postanowień umownych. Zarazem przesądzono, które instytucje prawa cywilnego oraz w jakich sytu-

¹⁹ W szczególności cywilistyka niemiecka nadaje ton europejskiej debacie nad harmonizacją prawa prywatnego, por. *T. Giaro*, Rozróżnianie i mieszanie umów nazwanych, s. 63.

²⁰ 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, s. 13 i n. Powyższa kwestia, choć zupełnie podstawowa, jest więc niezwykle nietransparentna.

acjach należy stosować. Niniejszy rozdział zwieńczony został rozważaniami nad przedawnieniem roszczeń stron.

Monografia stanowi nieznacznie zmodyfikowaną wersję rozprawy doktorskiej obronionej z wyróżnieniem w listopadzie 2022 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

Napisanie niniejszej pracy nie byłoby możliwe bez nieocenionej pomocy Pani Promotor – Profesor *Ewy Bagińskiej*. W tym miejscu chciałbym bardzo serdecznie Pani Profesor podziękować za poświęcony czas oraz nieocenione wsparcie w procesie tworzenia pracy.

Serdeczne podziękowania kieruję także do Recenzentów rozprawy doktorskiej, tj. Panów Profesów: *Adama Brzozowskiego*, *Przemysława Drapały* oraz *Macieja Rzewuskiego*, za cenne uwagi i sugestie nadające ostateczny kształt niniejszej monografii.

Na zakończenie pragnę również podziękować moim niezawodnym rodzicom oraz bratu, którzy stanowią moją stałą grupę wsparcia.

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

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

I. Uwagi wstępne

Niektórzy Autorzy zasadnie wskazują¹, 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)². Według powyższego źródła koncepcja określana mianem *performance-based contract* to model umowny „**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**”³.

¹ J. Liinamaa, M. Viljanen, A. Hurmerinta, M. Ivanova-Gongne, H. Luotola, M. Gustafsson, Performance-based and functional contracting, s. 40.

² http://principlesandpractices.org/?page_id=173454320, s. 3, przywoływane w: J. Liinamaa, M. Viljanen, A. Hurmerinta, M. Ivanova-Gongne, H. Luotola, M. Gustafsson, Performance-based and functional contracting, s. 40.

³ 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 requ-

Analogiczna charakterystyka przedmiotowego modelu umownego obecna jest także w literaturze niemieckojęzycznej (umowy wskaźnikowe zyskały tam nazwę *leistungsbezogene Verträge*). Przykładowo wg *A.H. Glasa performance-based contract* „przejawia się w zamówieniach zorientowanych na rezultaty, z cenami zależnymi od wydajności [efektów]”⁴. Powyższy opis jest zdecydowanie syntetyczny, ale bardzo dobrze oddaje ideę modelu wskaźnikowego. Inną trafną propozycję przedstawił *F.C. Kleemann* i wg 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»)»⁵. 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*)⁶.

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 wydajności⁷.

II. Położenie nacisku na konkretne rezultaty świadczenia wykonawcy

Przedmiotowy model umowy charakteryzuje przede wszystkim **położenie nacisku na osiągnięcie konkretnych wyników**, bez sprecyzowania przy tym

irements. These contracts may include both monetary and non-monetary incentives and disincentives”.

⁴ Woryginalne: „Performance-based Contracting bezeichnet die ergebnisorientierte Beschaffung zu leistungsabhängigen Preisen”, por. *A.H. Glas*, *Public Performance-based Contracting*, s. 46. Warto zarazem zauważyć, że w języku niemieckim słowo „Leistung” ma kilka znaczeń i może oznaczać zarówno świadczenie, jak i wydajność, a ponadto rezultat czy też wynik.

⁵ Woryginalne: „Dementsprechend wird PBC als ein ergebnisorientiertes Vertragskonzept für komplexe Leistungsbündel, bei denen die Vergütung leistungsabhängig («Leistungsvergütung») erfolgt, verstanden”, por. *F.C. Kleemann*, *Supplier Relationship Management*, s. 68.

⁶ *M. Mundahl*, *Facility Management*, s. 82–85.

⁷ Tak trafnie *J. Liinamaa*, *M. Viljanen*, *A. Hurmerinta*, *M. Ivanova-Gongne*, *H. Luotola*, *M. Gustafsson*, *Performance-based and functional contracting*, s. 40.

jednak nazbyt szczegółowo, w jaki sposób wykonawca powinien te wyniki osiągnąć (ang. *output/outcome-based contract*)⁸. Umowa wskaźnikowa jest więc konstruowana tak, aby możliwe było obiektywne zbadanie, czy przewidywane przez kontrakt rezultaty zostały spełnione⁹.

W literaturze niemieckiej wskazano, że ostateczny rezultat, o który chodzi stronom, może być wykreowany pośrednio, poprzez system różnorodnych wskaźników (zob. pkt III. Ustalenie bardziej złożonego modelu wynagrodzenia wykonawcy niż nieskomplikowane, stałe wynagrodzenie ryczałtowe). W związku z tym wskazano, że proces tworzenia wzoru umowy powinien składać się zasadniczo z trzech poziomów:

- 1) **poziom konstrukcyjny/teoretyczny** (niem. *Konstruktebene*), na którym określa się teoretyczne założenia oczekiwanej jakości świadczenia (najczęściej mającego za przedmiot usługi);
- 2) **poziom wskaźników** (niem. *Indikatorebene*), w którym teoretyczne założenia przekłada się na konkretne wskaźniki oraz
- 3) **poziom zakładanych celów** (niem. *Zielebene*), a więc poziom ostatecznego efektu oczekiwanego przez zamawiającego od wykonawcy w ramach realizacji umowy¹⁰.

Ostateczny rezultat (jakość) świadczenia można ponadto określić za pomocą trzech podejść¹¹.

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

Drugi sposób polega na skoncentrowaniu uwagi na potencjalnej możliwości wykorzystania świadczenia wykonawcy, a więc położenie nacisku nie tylko

⁸ B.A. Ambaw, J. Telgen, The practice of performance-based contracting, s. 3.

⁹ Rezultaty określane 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, s. 14. Warto zarazem zauważyć, że opis świadczenia wykonawcy koncentrujący się na efektach, określane mianem *performance specifications*, to jednak swoisty „parasol koncepcyjny”, w ramach którego wyróżnić można specyfikację świadczenia kładącą nacisk na rezultaty końcowe (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, s. 7–8.

¹⁰ S. Görres, M. Sachs, B. Mittnacht, Was ist gute Pflege?, s. 18, z odwołaniem się do dalszej literatury.

¹¹ A.H. Glas, Public Performance-based Contracting, s. 49–50, s. 249 i n.

na samej funkcji świadczenia, ale też na jego **dostępności** (niem. *verfügbarkeitsorientiert*).

Natomiast trzecie podejście jest jeszcze intensywniej skierowane na rezultaty i kładzie nacisk na ostateczne **wyniki/rezultaty (korzyści)**, jakie będą związane ze świadczeniem wykonawcy (niem. *ergebnisorientiert*). Przenosi ono na wykonawcę więcej odpowiedzialności i ryzyka 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, s. 255.

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

Źródło: opracowanie na podstawie A.H. Glas, Public Performance-based Contracting, s. 255.

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

Wydajność wykonawcy jest ściśle powiązana z systemem jego wynagradzania¹². Wykonawca będzie uzyskiwał pełne wynagrodzenie, o ile będzie osiągał ustalone przez strony cele kontraktowe (ang. *performance quality levels*)¹³. Do szczegółowego określenia poszczególnych celów kontraktowych służą natomiast konkretne i obiektywne mierniki (wskaźniki), nazywane też standardami (ang. *performance metrics/standards/indicators/measures*)¹⁴. 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 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 osiągnięcie konkretnych rezultatów (ang. *performance-based component*)¹⁵. Umowy mogą również być o tyle mieszane, że nie będą koncentrowały się wyłącznie

¹² W orzecznictwie USA por. przykładowo United States District Court, District of Columbia – memorandum opinion z 22.12.2016 r., 221 F.Supp. 3d 3; United States District Court, D. Connecticut – memorandum of decision and order z 18.4.2007 r., *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 21.6.2001 r., *Biotechnik Inc. v. O’Shanter Development Co.*, 2001 CarswellOnt 4691.

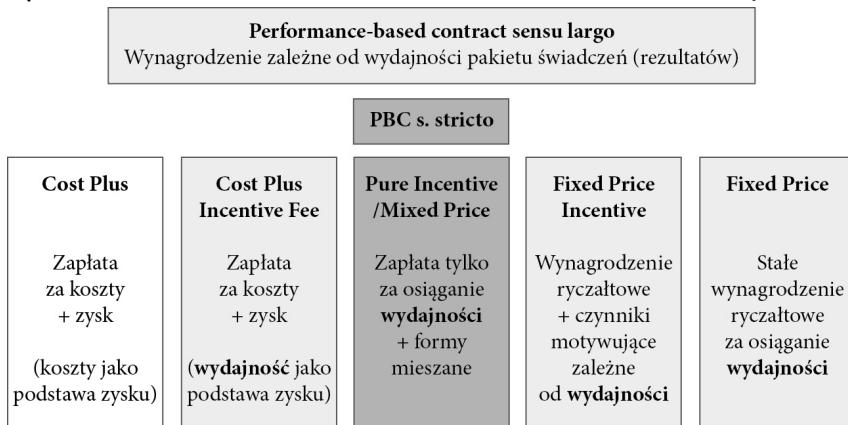
¹³ Office of Federal Procurement Policy (OFPP), A guide to best practices, Słowo wstępne.

¹⁴ Transportation Research Board, National Cooperative Highway Research Program, s. 5–7.

¹⁵ W orzecznictwie USA por. przykładowo United States District Court, E.D. Pennsylvania – opinion z 14.1.2016 r., *Philadelphia Workforce Development Corporation v. KRA Corporation*, 156 F.Supp. 3d 616.

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, s. 37.

IV. 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 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, a w konsekwencji wypłacanie wynagrodzenia, zależy bowiem nie od samego wkładu pracy wy-

konawcy (ang. *input*), lecz od jego wydajności (ang. *output/outcome*)¹⁶. 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.

§ 2. 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 pkt 102 lit. (a) FAR]. 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”¹⁷.

W Części 37 pkt. 102 lit. (a) pkt. (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*.

¹⁶ A. Gajurel, *Performance-Based Contracts*, s. 30–31.

¹⁷ 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*”.

Co istotne, w zakresie usług komercyjnych (ang. *commercial services*) agencje zasadniczo powinny polegać na sektorze prywatnym [Część 37 pkt 102 lit. (b) FAR]. Federalne Prawo Zamówień Publicznych statuuje jednak zarazem, że agencje rządowe są zobowiązane do wykorzystywania umów wskaźnikowych w maksymalnym możliwym zakresie, z wyjątkiem zamawiania pewnych usług wskazanych w ustawie¹⁸.

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 pkt 601 lit. (b) pkt. (1)–(3) FAR] każdy taki kontrakt powinien zawierać:

- 1) **Deklarację Wydajności** (ang. *Performance Work Statement*)¹⁹,
- 2) mierzalne **standardy wydajności** (ang. *measurable performance standards*), m.in. **dotyczące czasowości, jakości, ilości, itd. oraz metodę szacowania stopnia spełnienia tych standardów**²⁰ 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 pkt. 602 lit. (b) pkt. (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) umożliwić ocenę wydajności dostawcy, biorąc pod uwagę spełnianie/niespełnianie

¹⁸ M.in. usług 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 zlecanie podmiotom zewnętrznym wykonywania funkcji z natury rządowych [Część 37 pkt 102 lit. a) pkt (1) pkt. i) – iv) oraz lit. (c) FAR].

¹⁹ 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”).

²⁰ Standardy wydajności ustalają poziom świadczenia (usługi; ang. *performance level*) wymagany przez rząd w celu osiągnięcia zakładanych celów kontraktowych [Część 37 pkt 603 lit. (a) FAR].

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.

§ 3. 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 60. XX w. 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 szkolna²¹.

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 2001 r. na podstawie umów wskaźnikowych rozpoczęto zatrudnianie tak samych graczy, jak i trenera drużyny – ustalono pewne podstawowe wynagrodzenie, natomiast za osiąganie konkretnych rezultatów przyznawane były znaczne premie finansowe²².

W celu motywacyjnym omawiany model wprowadzono w pewnym zakresie także w **służbie cywilnej**. Jako przykład można wskazać Finlandię, gdzie

²¹ 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* zakreślającej 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 18.9.2018 r., 2018 WL 4466389 i przywoływane tam przepisy.

²² M. Grodde, *Der Einfluss des Europarechts auf die Vertragsfreiheit autonomer Sportverbände*, s. 356.