

Dato: 4. januar 2009
J. nr.: 100569

Totalentreprisekontraktens særlige kendetegn og faldgrupper

af advokat Niels Heldgaard
Molt Wengel Entreprise- og Selskabsret Advokataktieselskab
www.mowe.dk

Indledning

Denne artikel behandler nogle af de faldgrupper, som bygherre og totalentreprenør skal være særligt opmærksomme på, når de forhandler og underskriver en totalentreprisekontrakt. Det skal indledningsvis præciseres, at de udvalgte emner ikke er udtryk for en udtømmende gennemgang af kontraktvilkårene i en totalentreprisekontrakt, men alene nogle af de centrale og vigtige vilkår. En totalentreprisekontrakt skal altid forhandles individuelt og tilpasses de konkrete forhold.

Hvorfor vælge totalentreprise

Når en bygherre skal i gang med et byggeri, kan han vælge at organisere byggeriet i flere forskellige modeller. Bygherren kan vælge mellem en af de traditionelle modeller, fag- eller hovedentreprise eller totalentreprise. Der findes andre entreprisformer, men de tre nævnte entreprisformer er dem som typisk anvendes.

Totalentreprisen, som behandles i denne artikel, er karakteriseret ved, at totalentreprenøren forestår både *den væsentligste del af projekteringen og udførelsen* af byggeriet. I forhold til den traditionelle entrepris (fag- eller hovedentreprise) er forskellen således, at projekteringen i den traditionel entrepris foretages af rådgivende teknikere på vegne af bygherren og udførelsen varetages af en eller flere entreprenører.

Andre kendetegn ved totalentreprisen er, at standardiserede byggerier som for eksempel lagerhaller og typehuse typisk kan udføres billigere i totalentreprise, da byggeprocesserne er standardiserede og koordineret, og detailprojekteringen kan ske sideløbende under opførelsen.

Et andet kendetegn er, at bygherren som udgangspunkt meget tidligt i byggeprocessen får en fast pris og tidsplan, da totalentreprenøren har overtaget ansvaret og risikoen for om prisen og tidsplanen overholdes.

Endelig er totalentreprise kendetegnet ved, at ansvarsforholdene vedrørende mangler ved byggeriet er forenklet i forhold til en traditionel entrepris. Ved totalentreprise er det ikke afgørende for bygherren, om en mangel skyldes projekterings- eller udførelsesfejl. Ansvaret er som udgangspunkt totalentreprenørens, som på sine side må afklare om det er rådgiveren, underentreprenøren eller eventuelt leverandøren som har ansvaret.

Som opsamling på ovenstående skal det præciseres, at det ikke overskriften på entreprisekontrakten der er afgørende for, om entreprisen er en total- eller eksempelvis en hovedentreprise. Kategoriseringen under totalentrepriseformen sker i forhold til aftalens indhold, hvilket kan illustreres af afgørelsen KFE1982.288VBA

I et entreprenørfirmas kontraktoplæg vedrørende opbygning af et parcelhus var angivet valgmulighed med hensyn til udførelse til fast pris og udførelse efter regning. Endvidere var bl.a. anført, at entreprisefirmaet ville udfærdige tegninger m.v. "svarende til det arbejde vi udfører, når vi kører en byggesag i totalentreprise". Under en sag om opgørelsen mellem parterne var der bl.a. tvist om, hvorvidt entreprenørfirmaet havde været totalentreprenør.

Voldgiftsretten udtalte, at entreprenørfirmaet efter kontraktens indhold havde påtaget sig opgaver svarende til en totalentreprenørs, hvilket fandtes at indebære en pligt til rådgivning, projektering, byggesagsbehandling, og navnlig byggeledelse og tilsyn, herunder specielt økonomisk kontrol.

Udarbejdelse af totalentreprisekontrakten

En totalentreprise udbydes som udgangspunkt på et tidligt tidspunkt i byggefasen – eventuelt kun på baggrund af et byggeprogram. Det vil sige, at der ikke er foretaget detaljeprojektering eller udarbejdet et hovedprojekt.

Udfordringen er således at få fuldt overblik over bygherrens ønsker og krav til ydelsers omfang, kvalitet af materialer med videre, så risikoen for efterfølgende tvister minimeres.

Det er derfor afgørende for bygherren, at eventuelle særlige ønsker til kvalitet, antal, udførelsesmåde med videre angives tilstrækkeligt klart, så totalentreprenøren har mulighed for at indkalkulere de enkelte forhold.

Fortolkning af kontrakten

Opstår der tvivl om fortolkning af udbudsmaterialet skal udbudsmaterialet fortolkes i henhold til ABT93 § 2 og § 15.

I § 2 angives, at udbudsmaterialet

"skal være entydigt og således udformet, at der er klarhed over ydelsernes omfang og indhold."

Det er således bygherren som har risikoen for, at de enkelte ydelser er beskrevet tilstrækkeligt klart til, at totalentreprenøren kan foretage projekteringen. På den anden side har totalentreprenøren en forpligtelse i henhold til ABT93 § 15

"at indhente bygherrens afgørelse, hvis aftalen eller denne grundlag ikke yder tilstrækkelig vejledning til udførelsen af arbejdet (herunder projekteringen)(min tilføjelse)".

Som eksempel på bestemmelsens anvendelse i totalentreprise kan nævnes afgørelsen KFE1994.120VBA,

En totalentreprenør fik ikke medhold i et krav om betaling for ekstraarbejder som følge af uklarhed i udbudsmaterialet. Det viste sig under arbejdets udførelse, at det var nødvendigt at udføre en højere dæmning end påregnet af totalentreprenøren. Voldgiftsretten konkluderede, at totalentreprenøren – delvis grundet dennes erfaring med bygning af vandkraftværker – bar ansvaret for at få afklaret eventuelle uklarheder i udbudsmaterialet. Da denne afklaring ikke var sket, fik totalentreprenøren ikke medhold i sin betalingspåstand.

Det er dog muligt at minimere risikoen for fortolkningstvivil ved, at bygherren for eksempel vælger at vente med at udbyde totalentreprisen til der foreligger et mere detaljeret udbudsmateriale, hvor bygherren har haft mulighed for selv at udarbejde en mere detaljeret ydelsesbeskrivelse. En anden mulighed er at udarbejde en ydelsesbeskrivelse som supplement til byggeprogrammet, mens en tredje mulighed er at angive et referencetyggeri for så vidt angår kvalitet, materialevalg mv. På den vis præciseres forholdene og rummet for fortolkningstvivil indsnævres.

Myndighedskrav

Et andet forhold parterne skal være særligt opmærksomme på, er bestemmelsen i ABT § 3, stk. 4, hvorefter

"opfyldelse af myndighedskrav, som fremgår af lovbestemmelser, bygningsreglementer, normer og andre alment gældende forskrifter, er omfattet af tilbudet."

I forhold til traditionelle entrepriser omfattet af AB92 er ansvaret for overholdelse af love, bygningsreglementer, normer med videre overført fra bygherren til totalentreprenøren.

Opmærksomheden henledes dog på, at bestemmelsen regulerer offentlige forskrifter, som er *alment gældende*, hvilket i henhold til betænkningen til ABT93 betyder, at bestemmelsen gælder myndighedskrav, som normalt må forventes stillet.

For specielle krav eller forskrifter er det vigtigt at være opmærksom på, at parterne særskilt i entreprisekontrakten regulerer, hvem der bærer ansvaret for, at kravene eller forskrifterne undersøges og overholdes.

Parterne bør endvidere være opmærksomme på, at eksempelvis Bygningsreglementet indeholder en række bestemmelser som forudsætter et skøn fra myndighederne, når der søges om tilladelser. I tilfælde, hvor myndighederne foretager et skøn som er anderledes end sædvanligt, og det ikke lykkes at få ændret skønnet ved klage til overordnet myndigheder, er spørgsmålet hvem der skal betale for ekstraomkostningerne til udførelsen i forhold til det projekterede, hvor totalentreprenøren havde forudsat et "normalt" skøn fra myndighederne.

Ved besvarelsen af dette spørgsmål er udgangspunktet, at totalentreprenøren hæfter for omkostningerne til indhentelse af almindelige godkendelser. I disse særlige tilfælde må bygherren dog – til trods for totalentreprenørens projekteringsforpligtelse – bære risikoen for meromkostningerne, da totalentreprenøren som udgangspunkt ikke ved afgivelse af tilbudet har kunnet forudse, at skønnet fra myndighederne ikke ville være i overensstemmelse med det "sædvanlige" skøn.

Ændrede offentlige forskrifter

Ved vurdering af, hvorvidt totalentreprenøren har opfyldt sine forpligtelser i henhold til ABT93 § 3, stk. 4 må vurderingen foretages på det tidspunkt, hvor tilbudet afgives. Det følger således også af retslitteraturen, at totalentreprenøren har krav på ekstrabetaling, hvis en offentlig forskrift ændres under byggeprocessen. Bygherren bærer selv risikoen for, at bygge Lovgivningen ændres, da bygherren i forhold til totalentreprenøren er nærmest til at bære denne risiko.

Denne retstilstand fremgår blandt andet af afgørelsen TBB2004.362VBA:

"Bygherren havde ved opførelse af et automobilhus stillet krav om, at "alle nødvendige myndighedskrav skal være indregnet. Især også Arbejdstilsynets og Levnedsmiddelkontrollen"
Året forinden arbejderne blev påbegyndt havde Arbejdstilsynet udsendt en Brancheguide, hvori de havde bebudet en skærpet kurs over for værksteder, herunder med henblik på sikring af fornøden ventilation. Arbejdstilsynet fremsatte under opførelsen krav om luftskiftning 3 gang i timen, hvilket Totalentreprenøren ikke havde kalkuleret med i tilbudet. Bygherren påklagede påbudet og fik medhold, da Arbejdstilsynet ikke havde hjemmel til at stille kravet. Byggeriet blev derfor gennemført som projekteret. Godt 1 år efter modtog bygherren påbud om at installere mekanisk ventilation og totalentreprenøren udførte arbejdet. Bygherre nægtede at betale for installationen, da han mente, at totalentreprenøren havde lavet en projekteringsfejl. Bygherren blev dog pålagt at betale for installationen, da der på tidspunktet for afgivelse af tilbudet ikke forelå lovbestemmelser, bygningsreglementer normer eller andre alment gældende forskrifter, som foreskrev, at værksteder skulle være forsynet med mekanisk ventilation med henblik på luftskifte 3 gange i timen. Det forhold, at Arbejdstilsynet havde varslet stramninger på området medførte ikke, at projekteringen var mangelfuld."

Afgørelsen er således et eksempel på, at der er grænser for totalentreprenørens projekteringsforpligtelser og at bygherren selv bærer ansvaret for, at myndighederne under byggeriet ændrer de gældende forskrifter.

Dispensation fra myndighedskrav

Som omtalt kan en række bestemmelser i bygningsreglementet og lovgivningen fraviges via dispensationer. Såfremt en totalentreprenør forudsætter, at der kan gives dispensation for en given regel, skal det anføres udtrykkeligt i totalentreprisekontrakten.

Hvis ikke der fra totalentreprenørens side er taget forbehold i totalentreprisekontrakten, skal tilbudet fra totalentreprenøren forstås således, at arbejdet udføres efter gældende regler **uden** dispensation. I tilfælde, hvor totalentreprenøren i sit tilbud forudsætter, at der gives dispensation, vil han ikke være berettiget til betaling for ekstraarbejder i tilknytning til udførelsen af arbejderne, hvis ikke det er muligt at opnå dispensationen. Totalentreprenøren bærer i denne situation risikoen for, at byggeriet kan opføres som projekteret.

Et spørgsmål i tilknytning hertil er, om totalentreprenøren **uden aftale** med bygherren kan søge om dispensation fra gældende offentlige forskrifter. Spørgsmålet skal sammenholdes med ABT93 § 13, hvorefter *"totalentreprenøren sørger for nødvendig godkendelse af projektet og for at underrette bygherren i fornødent omfang herom."*

Hvis ikke parterne har indgået aftale herom, må udgangspunktet være, at totalentreprenøren kan søge om dispensation til opfyldelse af sine forpligtelser i relation til projekteringen.

Det bør dog indgå som et moment ved afklaring af dette punkt om dispensationen vil påføre byggeriet en forringelse eller ej. I tilfælde hvor dispensationen vil medføre en forringelse af byggeriet, må gælde, at bygherrens tilladelse skal foreligge. I modsat tilfælde, hvor dispensationen ikke vil medføre en forringelse for bygherren må det gælde, at totalentreprenøren har ret til at søge om dispensation – blandt andet for ikke at blive mødt med et mangelkrav.

Det må dog præciseres, at såfremt totalentreprenøren har lagt en given forudsætning ind i sit tilbud om dispensation, skal det anføres skriftligt ved afgivelsen af tilbudet, alternativt kan totalentrepriskontrakten indeholde en bestemmelse om, at eventuelle ansøgninger om dispensation skal tiltrædes af bygherren, så bygherre løbende kan tage stilling til omfanget og konsekvenserne af dispensationsansøgningerne.

Uforudsete forhold

Et særligt forhold som parterne skal være opmærksomme på, er ABT93 § 15, stk. 4, hvorefter udbudsmaterialet skal indeholde

”Oplysninger om foretagne undersøgelser vedrørende grundvands- og jordbundsforhold, forurening eller andre hindringer. I det omfang udbudsmaterialet ikke indeholder fyldestgørende oplysninger om hindringerne, skal foranstaltningerne herimod og ulemperne herved betales som ekstraarbejder.”

Bestemmelserne i ABT § 15 er overført direkte fra AB92, hvilket angives i retslitteraturen som uhensigtsmæssigt, da bestemmelsen er udarbejdet med baggrund i den traditionelle entrepriseret, hvor udbudsmaterialet skal indeholde de fornødne oplysninger.

Bestemmelsen tager på den vis ikke højde for, at totalentreprenøren – som projekterende – selv har pligt til at foretaget nødvendige forundersøgelser.

Spørgsmålet er, om det er mere rimeligt og hensigtsmæssigt at pålægge en totalentreprenør en undersøgelsespligt end en traditionel entreprenør, der afgiver bud på grundlag af bygherrens projekt.

Afklaring af spørgsmålet kan delvis ske via den foreliggende voldgiftspraksis.

I KFE 1978.15VBA som vedrørte opførelsen af en lagerhal i totalentreprise, viste det sig, at der på området var store forskelle i terrænhøjden, som ingen af parterne havde forudsat. Terrænforskellene medførte, at bygherren måtte bryde den eksisterende belægning op på store arealer uden for bygningen, regulere underlaget og lægge ny belægning. Totalentreprenøren udførte en del af arbejdet. Ved kontraktindgåelsen var der ikke foretaget jordbundsundersøgelser eller nivellementsplan.

Voldgiftsretten udtalte, at det måtte anses for en fejl ved udbudsmaterialet, at bygherren ikke eller ikke i tilstrækkelig grad havde gjort opmærksom på terrænproblemerne og de krav, man i

den forbindelse stillede til projektet. På den anden side havde totalentreprenøren begået en fejl ved ikke forud for afgivelsen af sit tilbud at have orienteret sig tilstrækkeligt om forholdene på stedet med hensyn til terrænforskelle.

Voldgiftsretten traf derfor beslutning om, at merudgifterne skulle deles ligeligt mellem parterne uden hensyn til, at entreprisen blev gennemført som en totalentreprise.

Afgørelsen er et eksempel på, at bygherren til trods for anvendelsen af totalentreprise har en vis forpligtelse til at bidrage til oplysning af de faktiske forhold, selvom totalentreprenøren har projekteringsforpligtelsen.

Et andet eksempel på fordeling af ansvaret for afklaring af jordbundsforhold findes i afgørelsen KFE1981.24VBA:

"Et administrationsbyggeri var udbudt i omvendt licitation i en totalentreprisekonkurrence. Bygherren havde fået foretaget jordbundsundersøgelser og disse indgik i udbudsmaterialet. Det fremgik af undersøgelserne, at midlertidig grundvandsenkning måtte påregnes, "formentlig bedst" ved filterboringer, eventuelt suppleret af sugespidsanlæg og pumpebrønde. De bydende skulle dog selv udføre eventuelle supplerende undersøgelser og udgiften hertil skulle være indeholdt i tilbudsprisen.

De bydende tog Entreprenørforeningens standardforbehold, hvorefter grundvandsenkning mv. ville blive udført som ekstraarbejder, såfremt udbudsmaterialet ikke indeholdt fyldestgørende oplysninger om jordbundsforholdene. Forbeholdet blev accepteret af bygherren med en tilføjelse om, at entreprenøren havde bevisbyrden for, at der eventuelt forelå utilstrækkelige oplysninger.

Det viste sig, at der var særegne kalkforekomster, der ikke havde været omtalt i udbudsmaterialet, som medførte, at filterbrøndanlæg ikke kunne klare grundvandsenkningen. Dette medførte betydelige ekstraomkostninger. Da udbudsmaterialet ikke havde indeholdt oplysninger om kalkens beskaffenhed, måtte ekstraudgifterne afholdes af bygherren, da totalentreprenøren havde opfyldt sin bevisbyrde om, at der ikke forelå tilstrækkelige oplysninger i udbudsmaterialet. Totalentreprenørens krav blev dog nedsat med 25%, da han burde have forudset visse af vanskelighederne."

På baggrund af de refererede afgørelser kan det konkluderes, at bygherren ikke fritages for alle risici ved at anvende totalentreprisemodellen.

Sammenfattende kan det anføres, at bygherren altid bør give så mange oplysninger som muligt i udbudsmaterialet, særligt vedrørende usædvanlige og ikke forventelige forhold. På den anden side har totalentreprenøren som projekterende en særlig anledning til at overveje og undersøge, hvilke vanskeligheder gennemførelsen af hans projekt vil kunne give anledning til.

I totalentreprise foreligger der således en kombination af bygherrens oplysningspligt og totalentreprenørens undersøgelsespligt, mens bygherren ved en traditionel entreprise har et skærpet ansvar for indhentelse af oplysninger om eksempelvis jordbundsforhold.

Tidsfristforlængelse

Entreprise- & Selskabsret
Advokataktieselskab

Indiakaj 6
2100 København Ø

Telefon +45 7022 4999
Fax +45 7022 4998

info@mowe.dk

www.mowe.dk

I forhold til AB92 § 24, stk. 1 indeholder ABT93 § 24, stk. 1 to ændringer.

Den første ændring findes i ABT93 § 24, stk. 1, nr. 2, hvor totalentreprenøren ikke har ret til tidsfristforlængelse som følge af "en anden entreprenørs forsinkelse". Det er en naturlig følge ved anvendelsen af totalentrepriseformen, at bestemmelsen er korrigeret, da der i forhold til bygherren som oftest kun er en entreprenør involveret i en totalentreprise. Da totalentreprenøren bærer ansvaret for eventuelle underentreprenører, vil han som udgangspunkt ikke være berettiget til fristforlængelse som af forhold hos hans kontraktparter.

Den anden ændring findes i ABT93 § 24, stk. 1, nr. 6, hvorefter totalentreprenøren har ret til fristforlængelser i tilfælde af,

"at nødvendige tilladelser fra myndighederne til byggesagens gennemførelsen ikke foreligger senest 30 arbejdsdage efter, at fyldestgørende projektmateriale er blevet indsendt til myndighederne, medmindre anden frist er aftalt., jf. § 2, stk. 3 og § 3, stk. 5."

Alt efter omfanget og arten af byggeriet kan det anbefales forud for indgåelsen af totalentreprisekontrakten at undersøge, hvilke sagsbehandlingstider der må påregnes, så der i tidsplanen indsættes realistiske tidsfrister for myndighedsbehandlingen.

Det er naturligt en forudsætning for at indrømme totalentreprenøren fristforlængelse, at den manglende godkendelse medfører en forsinkelse. Foreligger godkendelsen ikke efter 30 dage, men opstart af byggeriet først var planlagt til 3 måneder efter ansøgningens indsendelse, er betingelserne for fristforlængelse ikke opfyldt.

På samme vis har totalentreprenøren ikke krav på fristforlængelse, hvis forsinkelsen af godkendelse skyldes forhold, som totalentreprenøren burde være bekendt med, eksempelvis endelig vedtagelse af en lokalplan vedrørende området hvor byggeriet skal opføres.

Forholdet kan illustreres ved afgørelsen KFE 1994.45VBA

"Et biogasanlæg blev opført i totalentreprise og totalentreprenøren havde i henhold til aftalen krav på tidsfristforlængelse i tilfælde " af uforudsigelige forsinkelser i forbindelse med myndighedsgodkendelsen". Totalentreprenøren kunne dog ikke påberåbe sig denne bestemmelse, da myndighederne i strid med hans forventninger havde krævet godkendelse af hele projektet. Totalentreprenøren kunne ikke godtgøre, at der forelå en ændret praksis, ligesom totalentreprenøren, til trods for, at der efter hans mening havde været tale om et eksperiment, end ikke havde søgt oplyst, i hvilke omfang et sådant anlæg have krævet godkendelse."

I forhold til bygherren er det vigtigt at være opmærksom på, at han efter ABT93 § 26, stk. 1 ikke har krav på fristforlængelse som følge af, at nødvendig myndighedsbehandling ikke forligger i henhold til ABT93 § 24, stk. 1, nr. 6.

Totalentreprenøren har således ret til godtgørelse efter ABT93, § 27, stk. 2 i tilfælde af forsinkelse, med mindre parterne har indgået aftale om fravigelse af ABT93 § 26.

Ophævelse

Entreprise- & Selskabsret
Advokataktieselskab

Indiakaj 6
2100 København Ø

Telefon +45 7022 4999
Fax +45 7022 4998

info@mowe.dk

www.mowe.dk

I henhold til AB92 § 44, stk. 5 er bygherren, såfremt han ophæver totalentreprisekontrakten berettiget til – mod sædvanligt vederlag – at benytte totalentreprenørens materialer og materiel som befinder sig på pladsen, hvis fjernelsen inden arbejdets færdiggørelse vil påføre bygherren tab. Bestemmelsen er overført til ABT93, hvor det dog er tilføjet, at det samme gælder tegninger, beskrivelser og andet projektmateriale.

I en periode, hvor konkurser i byggebranchen ikke er et særsyn, er det derfor vigtigt at have reguleret dette forhold.

I de tilfælde, hvor totalentreprenøren selv har udarbejdet materialet giver bestemmelsen ikke anledning til problemer, da bygherren frit kan anvende materialet.

Har totalentreprenøren derimod ladet en selvstændig teknisk rådgiver udarbejde materialet, er det ikke helt klart hvilken ret bygherren har til at anvende rådgiverens tegninger. Hvis ikke bygherrens ret til at anvende tegningerne er nærmere reguleret i totalentreprisekontrakten, kan bygherren risikere at krænke rådgiverens ophavsrettigheder og det anbefales derfor, at forholdet reguleres i totalentreprisekontrakten. Det kan eksempelvis ske via et særskilt bilag til totalentreprisekontrakten, som rådgiveren underskriver.

Opsummering

Som det fremgår ovenfor er der knyttet særlige kendetegn og risici til benyttelsen af totalentrepriseformen. Det er derfor helt afgørende, at totalentreprisekontrakten udformes individuelt, og at parterne som minimum får afklaret de punkter som behandles i denne artikel, inden totalentreprisekontrakten skrives under.