

AALBORG UNIVERSITET

KANDIDATSPECIALE

BYGGEGRUNDEN I TOTALENTREPRISE

Søren Kjærgaard
Studienr. 20143779

Bjarke F. Pedersen
Studienr. 20143710

20. Maj 2019

VEJLEDER: CARSTEN MUNK-HANSEN

Indholdsfortegnelse

1	Kapitel 1.....	4
1.1	Emne	4
1.2	Afgrænsning.....	5
1.3	Metode	7
1.4	Retskilder	8
2	Kapitel 2 - Totalentreprise som en særlig organisationsform	11
2.1	Totalentreprisens grundlæggende ydelsesfordeling	11
2.2	Totalentreprisens typiske ydelsesfordeling og tidsforløb	14
2.3	Ydelsesfordelingen for projekteringen i totalentreprise.....	15
2.3.1	Ydelsesfordelingen for projekteringen i ABT 18.....	16
2.3.2	Den hidtidige retsstilling efter ABT 93.....	17
2.3.3	Om ABT 18 angiver en ændret ydelsesfordeling for projekteringen.....	19
2.4	Delkonklusion	20
3	Kapitel 3 – Ydelse.....	21
3.1	Bygherrens prækontraktuelle undersøgelses- og oplysningspligt.....	21
3.1.1	De grundlæggende krav til udbuddet	21
3.1.2	Bygherrens pligt til at undersøge og oplyse om hindringer ved byggegrunden.....	27
3.2	Totalentreprenørens prækontraktuelle undersøgelsespligt.....	42
3.2.1	Forundersøgelser i overensstemmelse med god projekteringsskik	43
3.2.2	Totalentreprenørens egenskaber	44
3.2.3	Hvilke potentielle oplysninger om hindringer skal totalentreprenøren søge at afdække? 45	
3.2.4	Nødvendige og egnede forundersøgelser	46
3.2.5	Totalentreprenørens granskning og efterprøvelse af bygherrens udbudsprojekt	47
3.2.6	Totalentreprenørens prækontraktuelle agtpågivenhed og eventuelle pligt til at iværksætte undersøgelser af byggegrunden	50
3.2.7	Delkonklusion	53
3.3	Totalentrepriseparternes misligholdelse af de indbyrdes oplysnings- og undersøgelsesforpligtelser.....	54
3.4	Aftalens betydning	55
3.4.1	Indledende bemærkninger.....	55
3.4.2	Tilbuddet	55
3.4.3	Forskellige klausulers påvirkning	56
3.4.4	Delkonklusion	59

4	Kapitel 4 – Risiko	59
4.1	Risikobegrebet	59
4.2	Ydelse eller risiko?	60
4.3	Risikospørgsmålet i henhold til praksis	61
4.4	Behandlingen af risikospørgsmålet i litteraturen	63
4.5	Delkonklusion	65
5	Kapitel 5 – Sammenfatning.....	66
6	Litteraturliste	69

Abstract

Soil conditions causes uncertainty for the parties in construction law. This uncertainty is caused by the hidden character of the soil conditions and can result in unexpected obstacles which bring along increase in cost and delays for the parties. Therefore, it is in the interest of the parties to eliminate or reduce the amount of unknown soil conditions by examining the building site.

The purpose of the thesis is to clarify the legal aspects of such examinations. However, this clarification involves certain obstacles. In turnkey contracts the design service is shared between the employer and the contractor. Parts of this shared service must be performed in the pre contractual phase where the parties have not yet entered into a contract. This causes uncertainty regarding the scope of the parties' obligations.

In absence of agreement the parties' obligations are largely governed by pre contractual stipulations provided in ABT 18, good practice and underlying law of obligations.

The employer must make an unambiguous and clear tender cf. ABT 18 § 4, stk. 2. In accordance with ABT 18 § 26, stk. 3 the employer is also subject to a relatively extensive obligation to give the constructor adequate information about potential obstacles at the building site. The more detailed limit of this obligation is not determined, but the employer must give information that is relevant for the constructor's cost estimating.

The constructor's design and planning process involve, as a main rule, that the constructor is responsible for the entire design and planning process. According to case law the design and planning process is limited in the pre contractual phase due to the fact that the constructor is subject to the tender deadline. However, the constructor can be subject to an obligation to carry out certain preliminary examinations of the soil conditions in accordance with good practice. According to case law this can include an obligation to examine the tender for defects.

Case law shows that there is a limited scope for deviations from ABT 18. As a minimum requirement the deviations must be clearly and explicitly specified in the contract, cf. ABT 18 § 1, stk. 2.

There may occur cases where both parties have fulfilled their pre contractual obligations regarding the soil conditions. In these cases the liability will be decided from an assessment of risk. Neither case law nor the legal literature seems to agree upon which of the parties bears this risk even though the subject has been discussed.

1 Kapitel 1

1.1 Emne

Mange byggeentrepriser kan alene gennemføres, hvis der udføres arbejder angående jorden eller dens bæreevne, og/eller projektet tilpasses byggegrunden. Dette er eksempelvis tilfældet ved bygning af veje, huse, havneanlæg etc.¹ I dette kandidatspeciale vil sådanne jordbundsforhold i bred forstand omtales ”byggegrunden”.

Forhold vedrørende byggegrunden giver anledning til usikkerhed for entrepriseaftalens parter. Dette skyldes, at forhold under jordoverfladen ikke er synlige.² Denne usikkerhed kan give anledning til uforudsete hindringer, som potentielt kan medføre betydelige fordyrelser og forsinkelser for den af parterne, der ender med at skulle hæfte herfor. Derfor er det i parternes interesse at eliminere eller reducere usikkerhed ved byggegrunden.

I praksis vil denne usikkerhed i et vist omfang kunne afdækkes og hindringerne imødegås, hvis der forud for bygge- og anlægsarbejdets udførelse foretages undersøgelser af byggegrunden. I traditionel entreprise bærer bygherren som udgangspunkt hele projekteringsforpligtelsen og skal som led heri præstere en byggegrund og et udbudsmateriale indeholdende visse prækontraktuelle undersøgelser. I totalentreprise har bygherrens udbudsmateriale derimod en mere sparsom karakter, eftersom det er totalentreprenøren, der forestår den væsentligste del af projekteringen.³ Denne fordeling af rettigheder og forpligtelser i totalentreprise rejser nogle spørgsmål i forhold til, hvilken part der skal søge usikkerhed vedrørende byggegrunden afklaret. Det er i parternes interesse, at denne usikkerhed afklares inden aftaleindgåelsen, da parterne på dette tidspunkt kan blive bundet af en fast pris og tidsplan.

Denne problemstilling vil i dette kandidatspeciale undersøges med emnet:

- **En retlig undersøgelse af totalentrepriseparternes prækontraktuelle oplysnings- og undersøgelsesforpligtelser vedrørende byggegrunden.**

”Totalentreprise” skal i dette kandidatspeciale forstås som *”en entreprise, der omfatter den væsentligste del af projekteringen og de fleste øvrige ydelser ved byggeriet eller anlægget.”*, jf.

¹ Jf. Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 367.

² Jf. Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 367-368.

³ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 842.

ABT 18 § 2, stk. 1. Totalentreprise står i kontrast til ”traditionel entreprise”, der i dette kandidatspeciale skal forstås som en fag-, stor- eller hovedentreprise, hvor entreprenøren alene udfører arbejde og eventuel materialeleverance, men ingen projektering.⁴

Undersøgelsen vil omfatte de tilfælde, hvor der faktisk indgås en totalentrepriseaftale. Med prækontraktuelle forpligtelser forstås dermed forpligtelser, der skal iagttages inden aftaleindgåelsestidspunktet.

Omdrejningspunktet for emnet er parternes indbyrdes forpligtelser og således et ydelsesspørgsmål. Undersøgelsen vil dog ikke begrænse sig hertil, da også risikospørgsmål vil blive behandlet. Risiko vil i kandidatspecialet defineres som det tilfælde, hvor begge parter har opfyldt sine ydelser korrekt og ikke er erstatningsansvarlige.

Der vil blive taget udgangspunkt i retsstillingen, hvor parterne har aftalt Almindelige Betingelser for Totalentreprise (herefter ABT). Undersøgelsen begrænses dog ikke hertil, da også retsstillingen ved aftalte tilføjelser, undladelser og fravigelser til ABT vil blive behandlet. Det er imidlertid lagt til grund for kandidatspecialet, at ABT er aftalt blankt, hvorfor sådanne fravigelser mv. til ABT og disses betydning vil blive særligt fremhævet.

1.2 Afgrænsning

Kandidatspecialet omhandler de entrepriseretlige- og dermed obligationsretlige problemstillinger. De offentligretlige problemstillinger, herunder udbudsretten, planretten og miljøretten, bliver *ikke* behandlet.

Undersøgelsen vil alene omhandle forholdet mellem bygherren og totalentreprenøren, hvorfor forholdene mellem totalentreprenøren og dennes underentreprenører- og rådgivere samt forholdet mellem bygherren og dennes rådgivere ikke vil blive behandlet.

Begrebet ”totalentreprise” skal i dette kandidatspeciale forstås i overensstemmelse med definitionen i ABT 18 § 2, stk. 1. Det fremgår dog af Betænkning om ABT 93, nr. 1266, 1994 (herefter ABT-betænkningen), at definitionen på totalentreprise ikke er skarp.⁵ Dette kandidatspeciale omfatter *ikke* en nærmere undersøgelse af, hvornår der er aftalt totalentreprise. Dette

⁴ Jf. Entrepriseretten, s. 843, og Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 20, og Hørlyck, Totalentreprise, s. 37-38.

⁵ Jf. ABT-betænkningen, afsnit 5, s. 11.

spørgsmål skal afklares ved konkret aftalefortolkning, og der foreligger en del voldgiftspraksis på området.⁶

Totalentreprise anvendes ofte ved typehusbyggerier, hvor bygherren er forbruger. Dette kandidatspeciale vil dog ikke behandle forbrugerforhold, men vil udelukkende omhandle situationer, hvor både bygherren og totalentreprenøren er erhvervsdrivende.

Kandidatspecialet tager udgangspunkt i, at der *er* aftalt totalentreprise og skal nærmere belyse totalentreprisens indbyrdes fordeling af ydelse og risiko for prækontraktuelle undersøgelser af byggegrunden. Med andre ord vil undersøgelsen begrænses til tilfælde, hvor totalentreprisedefinitionen er opfyldt. Det betyder, at traditionel entreprise, teknisk rådgivning og de såkaldte ”entrepriseretlige mellemformer” *ikke* vil blive genstand for særskilt behandling, men alene vil blive inddraget i relevant omfang for at belyse totalentreprise.

En fuldstændig afdækning af et obligationsretligt forhold vil både skulle omfatte betragtninger vedrørende ydelse, erstatningsansvar og risiko. Der har dog både i litteraturen og i praksis været anvendt forskellige begreber om ydelsen, så ydelse og erstatningsansvar nemt har kunnet forveksles. Dette har særligt vist sig i relation til projekteringen, hvor begreber som projekteringspligten, projekteringsansvaret, ansvaret for projekteringen, projekteringsydelsen m.fl. har været anvendt i flæng.⁷ Begreberne er ikke anvendt for at indikere et erstatningsretligt ansvarsgrundlag, men derimod en ydelse. Sondringen mellem ydelse og erstatningsansvar for projektering udviskes i en vis grad i totalentreprise, eftersom totalentreprise er en samlet ydelse, så projekteringsfejl- og mangler skal behandles som udførelsesfejl- og mangler. Bygherren skal således ikke kunne bevise et ansvarsgrundlag hos totalentreprenøren, før totalentreprenøren vil skulle hæfte for sine projekteringsfejl- og mangler, som det er tilfældet i reglerne for teknisk rådgivning.⁸ Med indsættelsen af nye bestemmelser om projektering i ABT 18 er der sket en opdeling, så der i modsætning til tidligere nu er selvstændige bestemmelser om projektering og udførelse. Dette har dog ikke ændret på, at projekteringsfejl- og mangler grundlæggende skal behandles som udførelsesfejl og -mangler, og at totalentreprenøren hæfter på ”objektivt grundlag” for disse.⁹

⁶ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 34 ff., Iversen, Entrepriseretten, s. 844 ff., Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 76 ff., Vagner v. Iversen, Entrepriseret, s. 344 ff.

⁷ Se hertil eksempelvis Hørlyck, Totalentreprise, s. 163.

⁸ Jf. Revisionsbetænkningen nr. 1570, s. 371 og Hørlyck, Totalentreprise, s. 229.

⁹ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 381, hvor der henvises til bemærkningerne til AB 18 § 17, stk. 1, s. 109-110.

Relevansen af erstatningsansvar vil således alene være for det tab, der måtte ligge ud over sådanne fejl og mangler – såkaldte følgeskader. Om der gælder en særlig erstatningsansvarsnorm for sådanne tab i det prækontraktuelle forløb, vil ikke være genstand for undersøgelsen. Når ordet ”ansvar” bruges i kandidatspecialet, vil det således have karakter af en ydelse.

Da dette kandidatspeciale omhandler det prækontraktuelle forløb, vil undersøgelsen omfatte bestemmelser og pligter, der har et prækontraktuelt virke. Den retlige natur af disse har været genstand for diskussion i den juridiske litteratur, og synes at udspringe af den almindelige obligationsretlige loyalitetspligt.¹⁰ En nærmere teoretisk kategorisering heraf er dog ikke genstand for behandlingen i dette kandidatspeciale.¹¹

Emnet vil alene blive behandlet gennem dansk entrepriseret, hvorfor der ikke vil blive inddraget udenlandsk ret.

1.3 Metode

I dette kandidatspeciale vil den retsdogmatiske metode blive anvendt til at belyse gældende ret.¹² De relevante retskilder vil derfor blive anvendt til at iagttage retsområdet. Hvor praktikerer via den juridiske metode afgør uenigheder, anvendes den retsdogmatiske metode til redegørelse og analyse for at fastslå gældende ret.¹³ Entrepriseretten er i høj grad aftalebaseret med udpræget brug af standardvilkår. Som led i brugen af den retsdogmatiske metode, vil disse standardvilkår blive undersøgt. Grundet den nyligt foretagende revidering af AB-vilkårene i 2018, kan der stilles spørgsmålstegn ved, hvilke vilkår der er udtryk for gældende ret. Dette skyldes, at ABT 93 fortsat kan aftales mellem parterne, og at ABT 93 stadig danner grundlag for størstedelen af nugældende totalentrepriseaftaler. Dette kandidatspeciale vil tage udgangspunkt i ABT 18, men indholdet af ABT 93-vilkårene med dertilhørende litteratur og praksis vil blive brugt til at belyse indholdet af ABT 18-vilkårene. Dette skyldes, at der endnu ikke er fremkommet praksis eller dybdegående litteratur om ABT 18.

¹⁰ Jf. Bryde Andersen og Lokofsky, Lærebog i Obligationsret I, s. 62. Se desuden Lynge Andersen og Madsen, Aftaler og Mellemænd, s. 424.

¹¹ Se hertil, Hansen, Det Entrepriseretlige Hjemmelsproblem, s. 180 med henvisning til øvrig litteratur, samt s. 200 og s. 219.

¹² Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 178.

¹³ Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 190.

1.4 Retskilder

I Danmark findes ikke en lov, der regulerer entrepriserelationer, hvorfor dette kandidatspeciale ikke har kunnet undersøge retstillingen herigennem.

Grundet den manglende lovgivning, vil det som udgangspunkt være den almindelige formue- og obligationsret, som regulerer området. Som led heri undersøges uskrevne retsgrundsætninger både inden for entrepriseretten og obligationsretten. Der er ikke enighed i litteraturen om, hvorvidt disse udgør en retskilde. Der er derimod ikke tvivl om, at der findes mange almindelige retsgrundsætninger i dansk ret. Disse er både beskrevet i den juridiske litteratur, men optræder også i retspraksis, hvor de anvendes som begrundelser for domstolens afgørelser.¹⁴

Dansk entrepriseret er i høj grad reguleret gennem parternes aftale, da der som udgangspunkt er aftalefrihed. Ofte benyttes *agreed documents*, i form af AB-vilkår, som grundlag for entrepriserelationen. *Agreed documents* er kun gældende, når de er vedtaget mellem parterne, men en lang række af vilkårene er dog udtryk for almindelig entrepriseret, som gælder, selvom AB ikke vedtages. Disse får derfor en væsentlig betydning for retsområdet.¹⁵ Til brug for totalentreprise findes ABT 18, der afløser ABT 93.

AB-vilkårene har ikke samme retskildemæssige værdi som en lov. Betydningen af disse må dog ikke undervurderes. Litteraturen går endda så langt som at sige om AB 92, at den ”(...) uden enhver tvivl er en retskilde - og oven i købet den vigtigste retskilde - på det entrepriseretlige område i Danmark.”¹⁶ Den retskildemæssige værdi af *agreed documents* er ganske lig værdien af en almindelig kontrakt, der har været genstand for parternes forhandling. Værdien heraf er dog ikke ubetydelig. Aftalerne indeholder en regulering af parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser, og er bindende for parterne imellem.¹⁷

AB-vilkårenes karakter af *agreed documents* betyder, at de er resultat af en forhandling mellem branchens parter. Forarbejder til AB-vilkårene (betænkningerne), har derfor en vis betydning for forståelsen og fortolkningen af vilkårenes indhold.¹⁸ Denne værdi anses som værende på linje med almindelige sagkyndige betænkninger.¹⁹ Som supplement til disse betænkninger fin-

¹⁴ Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 331 – 334.

¹⁵ Jf. Hansen, Det Entrepriseretlige Hjemmelsproblem, s. 17-18.

¹⁶ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 51. Vores udeladelser i parentes.

¹⁷ Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 349.

¹⁸ Jf. Hansen, Det Entrepriseretlige Hjemmelsproblem, s. 18.

¹⁹ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 52.

des vejledninger udsendt af Bygge- og Boligstyrelsen, der ligeledes er anvendt i kandidatspecialet. Sådanne vejledninger er ikke formelt bindende, men udgør alene et supplement til forståelsen af AB-vilkårene og betænkningerne.²⁰

Betænkning nr. 1570 fra 2018 (herefter revisionsbetænkningen) henviser i sit afsnit om ABT 18 ofte til afsnittet om AB 18. Dette sker, når bestemmelserne i ABT 18 "svarer til" en given bestemmelse i AB 18. Udvalget har ikke angivet, hvad der menes med "svarer til". Dog angives ved andre bestemmelser, at "bestemmelsen svarer til (...) med de for totalentreprise relevante tilpasninger." Grundet denne forskel, må det antages, at når bestemmelser blot "svarer til" en bestemmelse i AB 18, vil de også indholdsmæssigt svarer til denne.

Der findes et begrænset antal *domme* inden for entrepriseretten. Området bærer præg af den hyppige brug af AB-vilkårene, der indeholder en voldgiftsklausul, hvorfor en lang række tvister behandles ved voldgift og ikke ved domstolene. Af samme grund er kun et begrænset antal domme anvendt i dette kandidatspeciale.

Den afsagte dom er kun bindende for sagens parter. Der gælder dog et generelt princip om, at alle er lige for loven, hvorfor to sager med identisk faktum skal bedømmes lige. Den afsagte dom kan derfor få indflydelse på efterfølgende tvister, selvom den ikke er bindende for parterne i disse.²¹ Dommens præjudikatsværdi får derfor betydning for en sags afgørelse, og kan få en indvirkning på at danne et mønster, der er med til at belyse en retsstilling.²² Med præjudikatsværdi tænkes på den betydning en dom kan få i bedømmelsen af senere tvister, der har et lignende faktum.²³ Denne præjudikatsværdi afhænger af, hvilken instans, der har afsagt dommen, samt dommens alder.²⁴

Inden for entrepriseretten er det primære tvistløsningsorgan *voldgift*. Ved voldgift forstås, at en tvist løses ved et privat organ i stedet for de statslige domstole. Særligt inden for entrepriseretten anvendes voldgift i høj grad. Dette afspejler sig også i kandidatspecialet, hvor en række voldgiftsafgørelser anvendes til at belyse retsstillingen.

Modsat retspraksis bliver voldgiftsafgørelserne normalvis ikke offentliggjort. De er derfor ikke med til at forme en retstilstand, der også påvirker andre tvister. De voldgiftsafgørelser, der

²⁰ Jf. Betænkning 1246, s. 19.

²¹ Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 298.

²² Jf. Evald, At tænke juridisk, s. 45.

²³ Jf. von Eyben, Juridisk Ordbog, s. 312.

²⁴ Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 307.

bliver fremlagt for domstolene, vil derfor ikke have præjudikatsværdi for disse. Inden for bygge- og anlægsbranchen er brugen af voldgift ved tvistløsning dog så udbredt, at de kan være med til tegne billedet af en retstilstand, og dermed lade dem indgå i fortolkningen af denne.²⁵

Twister behandlet ved Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg må dog tillægges større betydning end øvrige voldgiftsafgørelser. I disse tvister består Voldgiftsretten normalt af en juridisk og to tekniske dommere. Den juridiske dommer har en hovedindstilling ved de statslige domstole, og der er typisk tale om lands- eller højesteretsdommere. Disse oparbejder gennem årene en væsentlig erfaring med entrepriseretlige sager, hvilket styrker afgørelsernes retskildeværdi. Desuden offentliggøres en del af de entrepriseretlige voldgiftsafgørelser, hvilket styrker deres værdi, da voldgiftsafgørelser normalt ikke offentliggøres. Til gengæld er voldgiftsafgørelserne ofte konkrete og uden en fuldstændig sagsfremstilling, hvilket mindsker værdien af voldgiftsafgørelserne.²⁶

I de tilfælde, hvor aftalen ikke regulerer et givent forhold, må uenigheder og ydelser ofte fastlægges gennem betragtninger om *god skik*. I dette kandidatspeciale anvendes først og fremmest betragtninger om god projekteringsskik. Sådanne betragtninger indeholder krav om, at en ydelse må leve op til visse standarder.²⁷

Der er nogenlunde enighed om, at *juridisk litteratur* ikke i sig selv kan udgøre en retskilde i traditionel forstand. Litteraturen kan dog være med til at systematisere og skabe overblik i praksis. Særligt inden for entrepriseretten er dette relevant, da der ikke findes en lov, der kan tages udgangspunkt i. Den juridiske litteratur, kan derfor anvendes som et fortolkningsbidrag, da den ofte indeholder overvejelser om retsstillingen, der bygger på love, forarbejder og retspraksis.²⁸ Derfor er der også i dette kandidatspeciale anvendt juridisk litteratur som led i undersøgelsen.

Kandidatspecialet benytter i begrænset omgang norsk litteratur. Da norsk og dansk aftaleret traditionelt har været meget ens, findes disse overvejelser også relevante for dette kandidatspeciale.²⁹

²⁵ Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 343-344.

²⁶ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 60.

²⁷ Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 298.

²⁸ Jf. Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 346.

²⁹ Jf. Hansen, Det Entrepriseretlige Hjemmelsproblem, s. 27.

2 Kapitel 2 - Totalentreprise som en særlig organisationsform

Totalentreprise anses sammen med fag- og hovedentreprise som en af de traditionelle organisationsformer i entrepriseretten. Ligesom for de øvrige organisationsformer består totalentreprise også af et udbud, der udarbejdes af bygherren, et tilbud, der udarbejdes af totalentreprenøren og bygherrens accept af totalentreprenørens tilbud. Valget af organisationsform indebærer imidlertid principielle forskelle på parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser (ydelsesfordelingen), og hvordan entrepriseopgavens tidsforløb ser ud, altså hvad der sker hvornår (totalentreprisens faser).³⁰ Disse forskelle skal vise sig at kunne få indflydelse på totalentrepriseparternes indbyrdes undersøgelses- og oplysningsforpligtelser vedrørende byggegrunden. Formålet med dette indledende kapitel er derfor at undersøge og redegøre for totalentreprisens grundlæggende ydelsesfordeling og faser. Det er dog ikke genstanden for undersøgelsen i dette kandidatspeciale at give en større redegørelse for totalentreprisens særlige karakteristika. Der henvises til litteraturen herfor.³¹

2.1 Totalentreprisens grundlæggende ydelsesfordeling

I dette afsnit skal den grundlæggende ydelsesfordeling i totalentreprise undersøges med udgangspunkt i totalentreprisedefinitionen. Definitionen udgør en ydelsesmæssig grænse, der skal danne ramme for kandidatspecialets undersøgelse.

For at der er tale om totalentreprise, skal der ifølge definitionen i ABT 18 § 2, stk. 1 foreligge en situation, hvor bygherren indgår aftale med én entreprenør, totalentreprenøren, som både forestår den væsentligste del af projekteringen og de fleste øvrige ydelser ved byggeriet eller anlægget. Organisationsformen skal aftales, hvilket bygherren har bevisbyrden for.³² Totalentreprise er således defineret ved, at parterne aftaler en særlig ydelsesfordeling.

Det er dog både i revisionsbetænkningen og hos Erik Hørlyck bemærket, at ABT er deklaratorisk og i princippet vil kunne aftales, selvom definitionen ikke er opfyldt.³³ Manglende opfyldelse af definitionen vil imidlertid kunne forrykke ydelsesfordelingen, så der vil blive tale om entrepriseretlige mellemformer, der ikke er genstand for kandidatspeciale.³⁴

³⁰ Jf. Hansen, *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 22-23, og Iversen, *Entrepriseretten*, s. 841-842

³¹ Der kan bl.a. henvises til Hørlyck, *Totalentreprise*, 4. udgave, 2017

³² Jf. Hørlyck, *Totalentreprise*, s. 34-35 og Iversen, *Entrepriseretten*, s. 844.

³³ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 11 og Hørlyck, *Totalentreprise*, s. 35-36.

³⁴ Jf. Hørlyck, *Totalentreprise*, s. 36 og revisionsbetænkningen s. 372.

Revisionsudvalget har valgt at fastholde definitionen fra ABT 93 § 1, stk. 2, hvilket både gælder ordlyd og indhold.³⁵ Hertil kommer, at definitionen i ABT 93 § 1, stk. 2 ved indføjelser blev anset for at være i overensstemmelse med gængs forståelse forud for ABT 93-vilkårene.³⁶ ABT 18, ABT 93 samt tidligere totalentrepriseraftaler kan således sammenlignes på vilkårenes eventuelle indholdsmæssige forskelligheder, uden der behøves at tages særskilt stilling til, om der overhovedet foreligger totalentreprise eller ej for begge udgavers vedkommende.

At totalentreprenøren skal forestå ”*de fleste øvrige ydelser ved byggeriet eller anlægget*” er en henvisning til, at totalentreprenøren skal forestå de fleste af udførelsesydelserne og materialeleverancerne. Bygherren kan derfor i begrænset omfang indgå aftaler med andre entreprenører end kun totalentreprenøren for disse ydelser.³⁷

At totalentreprenøren skal forestå ”*den væsentligste del af projekteringen*” betyder først og fremmest, at projektering skal være en del af totalentreprenørens ydelse. Dette står i modsætning til traditionel entreprise, der som udgangspunkt ikke indeholder entreprenørprojektering.³⁸

For dette kandidatspeciale er særligt ydelsesfordelingen for projekteringen af central betydning. Dette skyldes, at oplysnings- og undersøgelsespligter i relation til byggegrunden har karakter af projekteringsydelser, jf. eksempelvis KFE 2013.398 VBA om opfyldningen af en lergrav i totalentreprise.³⁹

Hvad der ligger i ”væsentligste” er derimod ikke skarpt afgrænset,⁴⁰ men der kan foreligge totalentreprise, selvom totalentreprenøren ikke forestår al projekteringen. Der er tale om en glidende overgang mellem traditionel entreprise og totalentreprise.⁴¹

I revisionsbetænkningen henviser udvalget til forskellige projekteringsfaser i forsøget på at afgrænse totalentreprisedefinitionen. Ifølge udvalget kan der foreligge totalentreprise, selvom der udbydes på grundlag af et færdigt projektforslag, og at totalentreprise også ses, hvor dele af myndighedsprojektet er udarbejdet på forhånd af bygherren eller dennes tekniske rådgiver.⁴²

³⁵ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 374.

³⁶ Jf. ABT-Betænkningen, s. 30.

³⁷ Jf. ABT-betænkningen, s. 11.

³⁸ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 403 Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 135 og Revisionsbetænkningen, s. 14.

³⁹ Se hertil særligt Voldgiftsrettens begrundelse s. 407 og revisionsbetænkningen s. 383.

⁴⁰ Jf. ABT-betænkningen, afsnit 5, s. 11.

⁴¹ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 844.

⁴² Jf. Revisionsbetænkningen, s. 371. Se endvidere ABT-betænkningen afsnit 3, s. 3, hvor udvalget grundlæggende har været af samme opfattelse.

De forskellige overordnede projekteringsfaser, kaldet hovedfaser, er oplistet i standardvilkårene for teknisk rådgivning, jf. ABR 18 § 11, stk. 1 som følgende:

- 1) Programfasen
- 2) Forslagsfasen
- 3) Projekteringsfasen
- 4) Udførelsesfasen
- 5) Brugsfasen

For en nærmere forståelse af faserne kan der søges inspiration i Ydelsesbeskrivelse for Byggeri og Landskab 2018,⁴³ der er søgt tilpasset de nye AB-vilkår og de nye projekteringsbestemmelser heri.⁴⁴ Ydelsesbeskrivelserne skal aftales, men er igennem tiden brugt i et sådant omfang, at de antages at være udtryk for uskreven entrepriseret.⁴⁵

Faseinddelingen er opbygget sådan, at detaljeringsgraden vil stige i takt med, projektet bevæger sig fra en fase til den næste. Projektforslaget og myndighedsprojektet er delfaser til henholdsvis forslagsfasen og projekteringsfasen. Faserne skal ikke nærmere defineres her. Der henvises til ydelsesbeskrivelserne herfor.⁴⁶ Det skal dog konstateres, at både projektforslaget og myndighedsprojektet har en forholdsvis høj detaljeringsgrad for projekteringen. Dette gør sig særligt gældende for myndighedsprojektet, da dette skal være tilstrækkeligt detaljeret til at kunne opnå myndighedstilladelse. Det er dog først ved afslutningen af projekteringsfasen, ved udarbejdelsen af et såkaldt udførelsesprojekt, at projektet har en detaljeringsgrad, så der kan ske udførelse på baggrund heraf.

Udbud på grundlag af et delvist myndighedsprojekt udgør altså ifølge revisionsudvalget den vejledende grænse for totalentreprise. Grænsen fremstår dog stadigvæk meget vag og flydende. Dette skyldes til en vis grad projekteringsydelsens- og fasernes afgrænsningssvagheder, der også er blevet påpeget i litteraturen.⁴⁷

⁴³ Jf. Ydelsesbeskrivelse for Byggeri og Landskab 2018 kan bl.a. findes på hjemmesiden for Foreningen af Rådgivende Ingeniører (FRI).

⁴⁴ Jf. Revisionsbetænkningen s. 372-373.

⁴⁵ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 256 samt Hansen og Gjedde Nielsen, ABR 89, s. 63

⁴⁶ Se hertil Ydelsesbeskrivelse for Byggeri og Landskab 2018, s. 38ff for projektforslaget, og s. 44ff for myndighedsprojektet.

⁴⁷ Se hertil Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, kapitel 7, afsnit 2.2 samt opsummerende s. 114-116.

2.2 Totalentreprisens typiske ydelsesfordeling og tidsforløb

Omtalen af totalentrepriseformen har indtil nu hovedsageligt drejet sig om *grænsen* for ydelsesfordelingen, hvis der skal kunne foreligge totalentreprise. Inden for denne grænse kan bygherren udbyde på et mere eller mindre detaljeret projektmateriale, herunder med det formål at få større indflydelse på resultatet.⁴⁸ Genstanden for dette afsnit vil derimod være det typiske totalentrepriseudbud, der skal bruges som illustration på de særlige problemstillinger, totalentrepriseformen kan give anledning til for ydelsesfordelingen.

I traditionel entreprise er projektering og udførelse som *udgangspunkt*⁴⁹ delt skarpt op i to separate faser. Bygherren får med bistand fra en teknisk rådgiver udarbejdet et færdigt projektmateriale, som entreprenøren derefter byder på og udfører arbejdet på baggrund af. Her yder entreprenøren som udgangspunkt ingen projektering, og entreprenørens ydelse vil således på forhånd være klart afgrænset.⁵⁰

I totalentreprise er situationen imidlertid mere kompliceret, da totalentreprenøren forestår den væsentligste del af projekteringen. Bygherrens udbud baserer sig typisk kun på grundlag af et byggeprogram,⁵¹ der er en konkretisering af bygherrens ønsker og krav med skemaer og beskrivelser til byggeriets egenskaber og funktioner.⁵² Byggeprogrammet er en del af programfasen og har således en væsentlig lavere detaljeringsgrad end et myndighedsprojekt.

Når totalentreprenøren ikke modtager et færdigt projektmateriale, men alene et skrabt udbudsprojekt, vil han således ikke have samme klare afgrænsning af sin ydelse. Dette skaber en usikkerhed totalentreprenøren, når han skal afgive et bindende tilbud med en fast pris, da opgaven kan vise sig at være mere omfattende end forudset. For at imødegå denne usikkerhed udarbejder totalentreprenøren typisk et tilbudsprojekt. Men på grund af eventuel konkurrence fra andre totalentreprenører samt en af bygherren fastsat tilbudsfrist, vil der være en grænse for, hvor

⁴⁸ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 372.

⁴⁹ Dette gør sig gældende, hvis AB 18 aftales blankt, men i den praktiske virkelighed vil AB ofte være fraveget, så entreprenøren står for en del af projekteringen. Se hertil Hansen, *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 30ff.

⁵⁰ Jf. Hansen, *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 20-21 og 101-102 og Hørlyck, *Totalentreprise*, s. 62.

⁵¹ Jf. ABT-betænkningen afsnit 2, s. 2 samt Hansen, *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 22-23 og Iversen, *Entrepriseretten*, s. 842.

⁵² Jf. Ydelsesbeskrivelsen for Byggeri og Landskab 2018, s. 19, Ydelsesbeskrivelser for Bygherrerådgivning 2013, s. 12 og Hansen og Gjedde Nielsen, *ABR 89*, s. 64.

meget der kan kræves at totalentreprenørens tilbudsprojekt.⁵³ Det er således først ved totalentreprenørens detailprojektering efter aftaleindgåelsen, at totalentreprenøren har mulighed for at få et detaljeret overblik over, hvad opgaven omfatter.⁵⁴

Denne usikkerhed om afgrænsningen af totalentreprisedydelsen aktualiseres særligt i relation til hindringer ved byggegrunden. Sådanne hindringer er i sin natur oftest ikke er umiddelbart synlige og kræver derfor undersøgelser for at blive afdækket. Hvis en hindring først opdages som led i detailprojekteringen efter aftaleindgåelsen, vil dette kunne give anledning til fordyrelse og forsinkelse af byggeriet. Spørgsmålet bliver da, om nogle af parterne burde have gjort bestræbelser på at afdække hindringen ved undersøgelser inden aftaleindgåelsen, og hvem der må bære den økonomiske og tidsmæssige skuffelse.

Det anbefales i litteraturen, at parterne indgår et opfølgende aftaletillæg, hvor det endelige projekt fastlægges, når totalentreprisedydelsen er nærmere afgrænset som led i detailprojekteringen.⁵⁵ En sådant aftaletillæg kræver imidlertid enighed, hvilket kan være svært, hvis totalentreprenøren i mellemtiden har opdaget fordyrende hindringer ved byggegrunden.

2.3 Ydelsesfordelingen for projekteringen i totalentreprise

Selvom totalentreprise defineres ved, at der skal foreligge en særlig ydelsesfordeling, giver definitionen ikke i sig selv nogen nærmere afgrænsning af parternes ydelser. Der kan i princippet tænkes et uendeligt antal forskellige totalentrepriseaftaler med forskellige ydelsesfordelinger inden for totalentreprisedefinitionens grænser.

Hvordan denne ydelsesfordeling nærmere skal fastlægges i totalentreprise er i litteraturen blevet anset som en af de mest komplicerede spørgsmål ved anvendelsen af totalentrepriseformen.⁵⁶ Formålet med dette indledende afsnit er ikke en dybdegående behandling af spørgsmålet. For dette henvises der til kapitel 3 nedenfor, hvor projekteringsydelsen i relation til prækontraktuelle oplysnings- og undersøgelsespligter er behandlet. I dette afsnit skal der i stedet gives en fundamental forståelse af, hvordan de projekteringsmæssige ydelser fordeler sig i totalentreprise.

⁵³ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 157.

⁵⁴ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 125.

⁵⁵ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 85 og 228.

⁵⁶ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 847.

Roden til kompleksiteten i at skulle fastlægge ydelsesfordelingen for projekteringen skal findes i selve totalentrepriseforløbet. Som det er gennemgået ovenfor i kapitel 2, afsnit 2.2, er totalentreprenøren nødsaget til at indgå en totalentrepriseraftale med bindende fastpris og afleveringsfrist på et tidspunkt, hvor detaljerne for opgaven endnu ikke er afdækket. Dette skaber en risiko for, at totalentreprenøren først opdager hindringer som led i detailprojekteringen efter aftaleindgåelsen,⁵⁷ som ikke var forventet og indkalkuleret i tilbuddet. Det prækontraktuelle forløb bliver her af særlig betydning, fordi aftaleindgåelsen er skelsættende for fastlæggelsen af pris- og tidskalkulationen.

Spørgsmålet bliver da, hvem der skal bære skuffelsen ved, at overvindelsen af hindringen kræver mere tid og flere ressourcer end forventet. Såfremt parterne burde have gjort bestræbelser på at blive bekendt med hindringen inden aftaleindgåelsen, og hindringen burde opdages ved sådanne bestræbelser, vil der være tale om et ydelsesspørgsmål. Som det vil fremgå af kandidatspecialet, kan både bygherren og totalentreprenøren i et vist omfang være forpligtet til at gøre sådanne bestræbelser inden aftaleindgåelsen. Opgaven bliver herefter nærmere at afgrænse disse prækontraktuelle projekteringspligter.

2.3.1 Ydelsesfordelingen for projekteringen i ABT 18

Udgangspunktet for undersøgelsen i kandidatspecialet er, at ABT 18 er vedtaget blankt mellem parterne. Der vil derfor blive taget udgangspunkt i ABT 18, når ydelsesfordelingen for projekteringen skal undersøges.

ABT 18 indeholder bestemmelser, der pålægger bygherren visse prækontraktuelle projekteringspligter. Efter ABT 18 § 4, stk. 2 er bygherren forpligtet til at præstere et klart og tydeligt udbudsmateriale, og efter ABT 18 § 26, stk. 3 skal bygherren oplyse om foretagne undersøgelser vedrørende hindringer ved byggegrunden. Disse bestemmelser angiver i et vist omfang både nogle kvalitative og kvantitative afgrænsninger af bygherrens prækontraktuelle forpligtelser.⁵⁸ ABT 18 indeholder derimod ikke nogen tilsvarende bestemmelser, der direkte foreskriver prækontraktuelle forpligtelser for totalentreprenøren.

⁵⁷ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 232.

⁵⁸ Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 77.

I ABT 18 er der indført nye bestemmelser om totalentreprenørprojektering, som ikke var en del af ABT 93.⁵⁹

I henhold til ABT 18 § 18, stk. 2 skal totalentreprenøren projektere i overensstemmelse med aftalen, god projekteringssskik og bygherrens anvisninger. I ABT 93 er der ingen tilsvarende, særskilt bestemmelse om totalentreprenørens projekteringsydelse, men ABT 93 § 10, stk. 1 er blevet fortolket sådan, at den rummer både projektering og udførelse. Med opdelingen i en særskilt bestemmelse om projekteringsydelsen ses der ikke ud fra udvalgets bemærkninger at være tilsigtet en realitetsændring. Bestemmelsen giver heller ingen nærmere definition af projekteringsydelsen, hvilket fortsat er henlagt til den konkrete aftale, god skik mv.⁶⁰ ABT 18 § 18, stk. 2 bidrager således ikke til en nærmere definition af totalentreprenørens projekteringsydelse.⁶¹

I ABT 18 § 18, stk. 1 er derimod indsat en bestemmelse, der omhandler omfanget af totalentreprenørens projekteringsydelse. Efter bestemmelsen skal totalentreprenøren udføre al projektering. Ordlyden kan give det umiddelbare indtryk, at totalentreprenøren er forpligtet til at foretage projektering i et sådant omfang, at bygherren slet ikke skal forestå nogen projektering. I udvalgets særlige bemærkninger til bestemmelsen i revisionsbetænkningen anføres dog, at ”al projektering” skal forstås som den del af projekteringen, der ikke er forestået af bygherren og tilvejebragt i udbudsmaterialet. Det fremgår i forlængelse heraf, at omfanget af totalentreprenørens projekteringspligt således afhænger af projekteringsniveauet i bygherrens udbud.⁶² Den nærmere forståelse af udvalgets bemærkninger giver dog anledning til nogen tvivl, når de sammenholdes med den hidtidige retsstilling, jf. nærmere nedenfor.

2.3.2 Den hidtidige retsstilling efter ABT 93

Efter hidtidig voldgiftspraksis for ABT 93 er *udgangspunktet*, at totalentreprenøren bærer projekteringsansvaret for hele projekteringen. Det betyder, at totalentreprenøren som udgangspunkt også bærer ansvaret for eventuelle projekteringsfejl og mangler i bygherrens udbud, medmindre totalentreprenøren har taget forbehold herfor i aftalen.⁶³ I voldgiftspraksis stilles

⁵⁹ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 372-373.

⁶⁰ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 381, hvor der henvises videre til bemærkningerne til AB 18 § 17, stk. 3, 1. pkt. og 4-8, s. 106.

⁶¹ Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 80.

⁶² Jf. Revisionsbetænkningen, s. 380.

⁶³ Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 81-82 og Hørlyck, Totalentreprise, s. 232-233.

der strenge krav til sådanne forbehold.⁶⁴ Med ”ansvar” skal ikke forstås, at totalentreprenøren bærer et objektivt erstatningsansvar for både bygherrens og sin egen projektering. Der er derimod tale om et såkaldt ”mangelsansvar” og dermed et ydelsesspørgsmål.⁶⁵ Dette hænger sammen med, at totalentreprenørens projekteringsforpligtelse er en resultatforpligtelse, og for at kunne yde resultatet, må totalentreprenøren om nødvendigt sætte sig ind i bygherrens behov og det samlede projektmateriale.⁶⁶ Som det vil fremgå af kapitel 3, afsnit 3.2.5, indebærer dette også en vis pligt til at granske bygherrens projekteringsmateriale. Til illustration af dette udgangspunkt kan der fra nyere praksis henvises til KFE 2016.164 VBA.

KFE 2016.164 VBA omhandlede opførelse af tre halbyggerier i totalentreprise. En af tvisterne i sagen var, at nogle facadeplader ikke var opsat håndværksmæssigt korrekt. Pladerne var opsat uden afstandslistes, så der ikke var plads til ventilation, hvorved der dannedes råd og svamp i hulmuren. Bygherrens tekniske rådgiver havde udført projektering i form af en skitse, hvoraf fremgik, at det ikke var nødvendigt med ventilation. Totalentreprenøren havde udført arbejdet i overensstemmelse med skitsen, men Voldgiftsretten fandt, at totalentreprenøren var ansvarlig for projekteringsmanglen, da totalentreprenøren ikke havde taget forbehold for skitsens indhold. Der var ikke aftalt ABT 93 men derimod AB 92 mellem parterne. Dette må dog vurderes ikke at have haft betydning for retsstillingen, idet Voldgiftsnævnet anførte, at de for sagen relevante regler om mangler i AB 92 var identiske med reglerne i ABT 93.⁶⁷

Samme retsstilling er blandt andet fastslået i kendelserne KFE 2009.340 VBA og KFE 2009.287 VBA.

Totalentreprenørens fulde projekteringsforpligtelse er imidlertid alene et udgangspunkt. Efter voldgiftspraksis gælder der visse grænser for totalentreprenørens projekteringspligt. Dette gør sig særligt gældende i den prækontraktuelle fase, hvor totalentreprenøren typisk inden for en kort tidsramme er nødsaget til at udarbejde et tilbudsprojekt og kalkulere en pris for hele sin ydelse, selvom totalentreprenøren ikke er sikker på at få tildelt opgaven. Der kan således forekomme tilfælde, hvor totalentreprenøren ikke har taget konkrete forbehold for mangler i udbudsmaterialet, men hvor totalentreprenøren alligevel ikke bærer ansvaret for mangelfuld projektering i udbudsmaterialet.⁶⁸

⁶⁴ Jf. Retsvirkningen af aftalte forbehold vil blive nærmere behandlet i kapitel 3, afsnit 3.4.3.

⁶⁵ Som det er anført i kapitel 1, afsnit 1.2 ovenfor om emnet, udviskes sondringen mellem projekteringsfejl- og mangler og udførelsesfejl- og mangler. Der er i alle tilfælde tale om en mangelfuld totalentrepriseydelse, der behandles efter entrepriseretten og ikke rådgiverretten. Et ”mangelsansvar” i relation til projektering betegner således blot, at totalentreprenøren hæfter objektivt for, at der foreligger projekteringsfejl- og mangler.

⁶⁶ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 123 og 235.

⁶⁷ Jf. KFE 2016.164 VBA, s. 167.

⁶⁸ Jf. bl.a. KFE 2009.245, s. 258-259 og KFE 1981.24 samt Hørlyck, Totalentreprise, s. 232.

2.3.3 Om ABT 18 angiver en ændret ydelsesfordeling for projekteringen

Spørgsmålet bliver da, om ABT 18 § 18, stk. 1 angiver en ændring i den grundlæggende ydelsesfordeling for projekteringen. Udvalget udtaler sig ikke om, hvorvidt bestemmelsen findes at stemme overens med hidtil gældende ret.

Som tidligere nævnt anfører udvalget i sine bemærkninger til bestemmelsen, at omfanget af totalentreprenørens projekteringspligt afhænger af projekteringsniveauet i bygherrens udbud.⁶⁹

Bemærkningerne til ABT 18 § 18, stk. 1 må først og fremmest indikere det selvfølgelige; at totalentreprenøren ikke behøver at projektere forfra og dermed lave unødvendigt dobbeltarbejde, hvis bygherren allerede har forestået noget af projekteringen. Modsat vil totalentreprenøren skulle præstere mere projektering, hvis totalentreprenøren bliver inddraget tidligt i processen ved et simpelt udbudsprojekt, såsom et byggeprogram. Dette følger af, at totalentreprenørens ydelse er en resultatforpligtelse. Et af formålene med totalentreprise er da også, at bygherren tidligt i processen skal kunne udnytte totalentreprenørens kompetencer til udvikling og optimering af projektet.⁷⁰ Hvis bygherren vælger at inddrage totalentreprenøren tidligt i processen, vil det give totalentreprenøren større metode- og materialefrihed, men dermed også skabe større krav til totalentreprenørens ydelse, jf. eksempelvis KFE 2006.185 VBA, hvor Voldgiftsretten kom med den generelle udtalelse: *”Den projekterende totalentreprenørs råderum er vidt med de fordele, dette kan indebære. Dette modsvares af en betragtelig risiko, hvis der opstår problemer undervejs.”*⁷¹

I de almindelige bemærkninger til totalentreprise i revisionsbetænkningen gør udvalget dog opmærksom på, at der kan opstå vanskeligheder ved ansvarsfordelingen for projekteringen i takt med, at bygherrens udbud bliver mere detaljeret. Udvalget anfører, at det skyldes, at en projekteringsfejl kan vise sig at have rod i det projektmateriale, som bygherrens rådgiver har udarbejdet som bindende grundlag for totalentreprenøren.

Læses ABT 18 § 18, stk. 1 i lyset af disse bemærkninger, vil man kunne forledes til at tro, at der skal trækkes en skarp grænse, så totalentreprenøren ikke kan blive ansvarlig for bygherrens mangelfulde projektering. En sådan forståelse vil imidlertid ikke stemme overens med det hidtidige udgangspunkt om totalentreprenørens projekteringsansvar. Heri ligger nemlig, at hvis

⁶⁹ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 380.

⁷⁰ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 371-372.

⁷¹ Jf. KFE 2006.185 VBA og Hørlyck, Totalentreprise, s. 122.

totalentreprenøren tidligere burde have opdaget hindringen som led i sin projektering, vil totalentreprenøren ende med at bære ansvaret, uanset om fejlen oprindeligt hidrørte fra bygherrens udbud.

Det er derimod mere nærliggende, at udvalget gør opmærksom på den hidtidige usikkerhed, der har været i praksis angående fastlæggelsen af den ovenfor omtalte grænse for totalentreprenørens prækontraktuelle projekteringspligt. Spørgsmålet er, om totalentreprenøren bør opdage bygherrens udbudsfejl og -mangler i det prækontraktuelle forløb, og om grænsen herfor kan forrykkes i takt med, at bygherren øger detaljeringen af sit udbudsprojekt. Denne problemstilling vil blive behandlet i kapitel 3, afsnit 3.2.6.

Sammenfattende må det således vurderes, at revisionsudvalget ikke har tilsigtet en realitetsændring med indførelsen af ABT 18 § 18 i forhold til hidtil gældende praksis. Dette må navnlig begrundes med, at den hidtidige retsstilling er forankret i langvarig og udbredt voldgiftspraksis, som udvalget hverken i ordlyden eller bemærkningerne har taget udtrykkelig afstand fra. Totalentreprenøren skal præstere en resultatforpligtelse for den samlede totalentrepriselydelse og må således i udgangspunktet bære ansvaret for hele projekteringen. Der gælder dog en grænse for dette ansvar i det prækontraktuelle forløb, som blandt andet vil blive genstanden for kapitel 3.

2.4 Delkonklusion

Selvom totalentreprisedefinitionen fastlægger de ydre grænser for parternes ydelser, kan den nærmere afgrænsning volde store vanskeligheder i totalentreprise. Dette skyldes, at totalentreprenøren er nødsaget til at indgå totalentrepriseaftalen med bindende fastpris og afleveringsfrist på et tidspunkt, hvor detaljerne for opgaven endnu ikke er afdækket. Detaljerne for opgaven fastlægges typisk først som led i detailprojekteringen efter aftaleindgåelsen.

Dette skaber en risiko for, at totalentreprenøren først opdager hindringer ved byggegrunden som led i detailprojekteringen efter aftaleindgåelsen, som ikke var forventet og indkalkuleret i tilbuddet. I totalentreprise har totalentreprenøren som udgangspunkt ansvaret for hele projekteringen, hvilket også gælder undersøgelser for hindringer i byggegrunden. Totalentreprenøren kan således ikke kræve merbetaling for hindringer, han burde have afdækket tidligere i forløbet.

Efter voldgiftspraksis gælder der imidlertid en grænse for, hvad totalentreprenøren burde opdage i det prækontraktuelle forløb, hvor der endnu ikke er indgået en aftale, og hvor totalentreprenøren typisk er under et tidspres fra en tilbudsfrist. I ABT 18 afspejler denne grænse sig i, at bygherren har visse pligter til at undersøge og oplyse totalentreprenøren om hindringer i byggegrunden i udbuddet. Det er denne grænse og disse indbyrdes pligter, der er genstand for kapitel 3.

3 Kapitel 3 – Ydelse

3.1 Bygherrens prækontraktuelle undersøgelses- og oplysningspligt

Totalentreprenøren inddrages i totalentrepriseforløbet ved bygherrens udbud. Udbuddet indeholder en række oplysninger, som totalentreprenøren skal bruge for at kunne udarbejde sit tilbud, projektere og udføre det pågældende projekt.

Ved et udbud forstås bygherrens opfordring til at afgive tilbud, jf. ABT 18, § 4, stk. 1. Når udbuddet ikke har karakter af et tilbud, men blot er en ”opfordring til at afgive tilbud”, er udbudsmaterialet formelt set ikke en del af selve aftalegrundlaget. Imidlertid indgår der bestemmelser i AB-vilkårene, hvori der stilles krav til udbuddets indhold og udformning, så udbuddet alligevel kan få retlig betydning for bygherren og totalentreprenøren.

De følgende afsnit er hovedsageligt opdelt efter de mest centrale bestemmelser om udbuddet i ABT. En sådan opdeling kan anfægtes, da flere af bestemmelserne i et vist omfang overlapper og supplerer hinanden. Opdelingen er imidlertid valgt ud fra overvejelser om at overskueliggøre undersøgelsen. Bestemmelsernes indbyrdes påvirkning vil i stedet blive forklaret undervejs.

3.1.1 De grundlæggende krav til udbuddet

De grundlæggende krav til udbuddet reguleres i ABT 18 § 4, hvor særligt ABT 18 § 4, stk. 2 er relevant for dette kandidatspeciale. Bestemmelsen fastslår, at bygherren har en pligt til at sikre, at udbudsmaterialet er entydigt og således udformet, at der er klarhed over ydelser og vilkår.

Bestemmelsen erstatter ABT 93 § 2, stk. 2, og der er ikke ændret væsentligt på ordlyden. Bestemmelsen i ABT 93 § 2, stk. 2 er overført fra AB 92 § 2, stk. 2,⁷² der vedrører det samlede udbud og projekt. Det er således hele udbuddet og alle oplysninger heri, der omfattes af bestemmelsens krav.⁷³ Dette gør sig også gældende for ABT 18 § 4, stk. 2, hvorfor kravene heri også gælder for de oplysninger, der omfattes af ABT 18 § 26, stk. 3.

ABT 18 § 4, stk. 2 stiller både krav til udbuddets indhold og beskaffenhed. I de følgende afsnit vil særligt kravene til beskaffenheden være genstand for en nærmere undersøgelse. Kravene til, hvad udbuddet skal indeholde i relation til byggegrunden, vil derimod blive behandlet i kapitel 3, afsnit 3.1.2 om ABT § 26, stk. 3.

I ABT 18 § 4, stk. 2, 2. og 3. pkt. findes kravene om entydighed og klarhed. Bestemmelsen afløser den tidligere bestemmelse i ABT 93 § 2, stk. 2, 2. pkt., der indeholdt begge krav.

Revisionsbetænkningen nævner ikke denne opdeling i bemærkningerne til ABT 18 § 4, stk. 2.⁷⁴ Omkring den tilsvarende ændring for traditionel entreprise i AB 18 § 4, stk. 2, 2. og 3. pkt. skriver revisionsudvalget, at begreberne ”entydigt” og ”klarhed” er overlappende.⁷⁵ Ved brugen af ”overlappende” indikeres, at der synes at være tale om to individuelle krav, der dog supplerer hinanden.

Kravet om entydighed i ABT 18 § 4, stk. 2, 2. pkt. er svarende til samme krav i ABT 93 § 2, stk. 2, 2. pkt.⁷⁶ Der synes ikke at være sket en realitetsændring, da begge bestemmelser fastslår, udbuddet skal fremstå entydigt.

I henhold til ABT 18 § 4, stk. 2, skal udbudsmaterialet nu skabe klarhed over ”ydelser og vilkår”, og ikke skabe klarhed om ”ydelsernes omfang og indhold”, som det var formuleret i ABT 93, § 2, stk. 2. Der er foretaget en identisk ændring mellem AB 18 § 2, stk. 2 og AB 92 § 4, stk. 2.⁷⁷ I AB 18 § 4, stk. 2 menes med ”vilkår”, at det skal være klart for entreprenøren, hvilke pligter og hvilken adfærd, han skal iagttage.⁷⁸ Såfremt denne forståelse er den samme i

⁷² Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s.83.

⁷³ Jf. AB 92-Betænkningen, s. 63.

⁷⁴ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 375.

⁷⁵ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 67.

⁷⁶ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 375.

⁷⁷ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 375.

⁷⁸ Jf. Boesgaard, Fausing og Hansen, AB 18 for praktikere, s. 31.

ABT 18, § 4, stk. 2, synes der at være sket en præcisering af den hidtidige retsstilling og ikke en realitetsændring.

Der synes således hverken at kunne spores en realitetsændring for entydigheds- og klarhedskravene i ABT 18 § 4, stk. 2 i forhold til den tidligere bestemmelse om det samme i ABT 93 § 2, stk. 2. Litteratur og praksis må således stadig anses for vejledende.

Om ABT 93 § 2, stk. 2, fremgår, at bestemmelsens indhold ikke kan anses som en ”*indholdsmæssig fuldstændighed*”.⁷⁹ Det har således ikke været hensigten bag denne bestemmelse at lave en detaljeret fastlæggelse af kravenes indhold, da dette må vurderes i den konkrete sag. I det følgende skal det dog alligevel forsøges at fastlægge nogle retningslinjer for kravene.

3.1.1.1 Entydighedskravet

I revisionsbetænkningen nævnes ikke, hvad der forstås med ”entydigt” i ABT 18 § 4, stk. 2, 2. pkt. For traditionel entreprise er entydighedskravet reguleret i AB 18 § 4, stk. 2, 2. pkt., hvorfra der eventuelt kan hentes inspiration. Om denne bestemmelse angives, at kravet om entydighed indebærer, at ”... *sproglige formuleringer og signaturer i beskrivelser, betingelser og tegninger skal give én og kun én forståelse af opgaven.*”⁸⁰

I voldgiftspraksis synes Voldgiftsretten at fortolke kravet i overensstemmelse med denne beskrivelse.

Illustrerende er KFE 1994.120 VBA, om opførelsen af en 13 m. høj dæmning i totalentreprise. Af udbudsmaterialet fremgik, at søens vandspejl skulle ligge i kote 248 ved søens udløb. Dette var ikke entydigt angivet, da koten i overensstemmelse med den almindelige forståelse skulle angive højden inkl. dæmningen. For at opfylde dette, skulle koten have været angivet til 261. Udbudsmaterialet indeholdt dermed flere forståelser af højdeangivelserne, hvorfor der ikke kun var én forståelse af opgaven.

3.1.1.2 Klarhedskravet

Totalentreprenøren skal afgive sit tilbud på baggrund af bygherrens udbud, jf. ABT 18 § 4, stk. 2, 1. pkt. Formålet med bygherrens udbud er dermed, at totalentreprenøren bliver sat i stand til

⁷⁹ Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s.84.

⁸⁰ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 375.

at udarbejde sit tilbud. Klarhedskravet skal sikre, at totalentreprenøren kender omfanget og indholdet af de ydelser, der skal præsteres, og de vilkår dette skal ske på.⁸¹

Hvornår et udbudsmateriale er klart beskrevet i henhold til ABT 18 § 4, stk. 2, beror på en konkret vurdering.

Hørlyck angiver, at det skal være muligt for totalentreprenøren at kalkulere en tilbudssum på baggrund af udbudsmaterialet.⁸² Dette begrundes med, at totalentreprenøren ofte har kort tid til at afgive sit tilbud, og dermed ikke har tid til at foretage projektering i et omfang, der gør det muligt at udregne en tilbudssum. Desuden vil det medføre et uforholdsmæssigt ressourcespild, hvis alle tilbudsgivere skulle foretage undersøgelser og projektering, der muliggør udregning af tilbudssummen.⁸³ Hørlycks opfattelse giver det indtryk, at bygherrens udbud skal være udformet med en fuldstændighed, så totalentreprenøren uden videre sættes i stand til at kunne udregne sin tilbudssum. Efter en sådan opfattelse vil der skulle stilles høje krav til bygherrens udbud.

Hansen angiver derimod mere pragmatisk, at kravet om klarhed ikke kan forstås på den måde, at udbudsmaterialet i sig selv skal gøre det muligt for totalentreprenøren at beregne sit tilbud. Dette begrundes med, at det typisk er totalentreprenøren, der udarbejder den projektering, der danner grundlag for prissætningen og afgivelsen af tilbud. Hansen anfører, at kravene således ikke skal forstås sådan, *”at udbudsmaterialet skal skabe »klarhed over ydelsernes omfang og indhold« i den forstand, at det kan danne grundlag for beregning af tilbud på udførelsen, for netop dette materiale skal i totalentreprise udarbejdes af entreprenøren.”*⁸⁴

Som det vil fremgå af kapitel 3, afsnit 3.2 om Totalentreprenørens prækontraktuelle undersøgelsespligt, har også totalentreprenøren en vis pligt til inden aftaleindgåelsen at sætte sig ind i indholdet og omfanget af sin ydelse. Dette viser sig ved, at totalentreprenøren ifølge voldgiftspraksis kan have en pligt til at foretage visse forundersøgelser for at afdække hindringer ved byggegrunden. Totalentreprenøren vil ikke kunne kræve sin tilbudssum reguleret ved ekstrakrav, hvis han tidligere burde have opdaget hindringen.⁸⁵ Hørlycks opfattelse af klarhedskravet som et fuldstændigt grundlag for tilbudsregningen synes dermed ikke udtrykt i praksis for

⁸¹ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 67 og AB 92-betænkningen, s. 63.

⁸² Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 59.

⁸³ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 59.

⁸⁴ Jf. Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 194.

⁸⁵ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 383.

totalentreprise. Praksis synes derimod at være på linje med Hansens opfattelse, hvorefter bygherren må sikre, at totalentreprenøren sættes i stand til at foretage den prækontraktuelle projektering, der muliggør tilbudskalkulationen, jf. eksempelvis KFE 1978.15 VBA og KFE 1994.120 VBA, hvor totalentreprenøren burde have foretaget en prækontraktuel granskning og undersøgelse af byggegrunden for at få afdækket hindringer.

Efter revideringen af AB-vilkårene er bestemmelserne i AB 18 § 4, stk. 2 og ABT 18 § 4, stk. 2 ordlydsmæssigt identiske. Dette var også tilfældet for de tilsvarende bestemmelser i hhv. ABT 93 § 2, stk. 2 og AB 92 § 2 stk. 2.

I litteraturen har der været udtalt kritik af, at ordlyden i AB 92 § 2 stk. 2 blev overført uændret til ABT 93 § 2, stk. 2, da dette indikerer, at der 'principielt' stilles samme krav vedrørende udbudsmaterialet til bygherren i traditionel entreprise som til bygherren i totalentreprise.⁸⁶

Bestemmelserne har imidlertid været fortolket forskelligt, så den identiske ordlyd ikke er ensbetydende med et identiske indhold.⁸⁷ Dette synspunkt kan underbygges af, at en identisk retsstilling vil gå imod hele formålet med totalentreprise. Såfremt totalentreprisebygherren skulle præstere et udbudsmateriale i samme detaljeringsgrad som en traditionel bygherre, ville bygherren ikke blive frigjort for den projekteringsforpligtelse, der netop er med til at definere totalentreprise.⁸⁸

Revisionsudvalget har muligvis taget ovenstående kritik til efterretning. Dette skyldes, at man efter revideringen af begge bestemmelser har valgt, at kravet om klarhed over ydelser og vilkår er afhængigt af "*... materialets detaljeringsgrad og kravene til entreprenørprojektering...*" Revisionsudvalget synes dermed at have indlagt en "elastik" i bestemmelsen, der giver en fleksibilitet, der gør det muligt at tilpasse klarhedskravet til karakteren af det konkrete udbud. Den nærmere forståelse heraf giver dog anledning til nogen tvivl.

Hørlyck har om den enslydende bestemmelse for traditionel entreprise i AB 18 § 4, stk. 2 anført, at bestemmelsen ikke skal forstås sådan, "*at der i visse tilfælde ikke behøver at være klar*

⁸⁶ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 58 og Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 83-84.

⁸⁷ Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 84.

⁸⁸ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 58.

over ydelser og vilkår.”⁸⁹ Hørlyck mener i stedet, at formuleringen blot skal udtrykke, at detaljeringsgraden i et udbud kan variere, men at dette ikke vil påvirke kravet om et klart udbudsmateriale.⁹⁰

Et sådant synspunkt synes at forudsætte, at klarhedskravet både indeholder krav om udbuddets kvalitet og kvantitet, når totalentreprenørens ydelse skal defineres. Da vil kvantiteten udgøre omfanget af oplysninger og detaljer, som bygherren bruger til at definere totalentreprenørens ydelse, mens kvaliteten vil udgøre, hvor præcist disse oplysninger og detaljer er beskrevet. Hørlycks synspunkt skal da muligvis forstås således, at der ikke er krav om samme kvantitet ved eksempelvis et byggeprogram som et delvist myndighedsprojekt, men at kravet om kvaliteten må være den samme.

I totalentreprise vil udbuddet per definition være sparsomt og entreprenørprojekteringen omfattende. Den indlagte elastik i ABT 18 § 4, stk. 2 vil således være særlig relevant for påvirkningen af klarhedskravet i totalentreprise. Der vil da ikke skulle stilles samme krav om kvantitet i totalentreprisebygherrens udbud, men de sparsomme beskrivelser og krav skal dog fortsat fremstå præcise.

Det må imidlertid være op til praksis at fastslå, om denne forståelse af ABT 18 § 4, stk. 2 er korrekt. Det vides derfor ikke med sikkerhed, om den beskrevne ’elastik’ medfører en forskelligartet vurdering af kravet om klarhed i udbud med forskellige detaljeringsgrader.

3.1.1.3 Delkonklusion

Ovenstående gennemgang om ABT 18 § 4, stk. 2 fastslår, at kravene og entydighed og klarhed er generelle krav til hele bygherrens udbud. Kravene i bestemmelsen vedrører derfor også de oplysninger, der omfattes af ABT 18 § 26, stk. 3.

Det samlede udbud skal derfor være udformet således, at indholdet kun kan give én forståelse af den udbudte opgave. Såfremt dette ikke sker, vil entydighedskravet ikke være opfyldt.

Indholdet af klarhedskravet har været diskuteret i den juridiske litteratur. Praksis synes dog at have fastlagt en linje, hvorefter bygherren skal sikre, at totalentreprenøren er i stand til at foretage den prækontraktuelle projektering, der danner grundlag for tilbudskalkulationen.

⁸⁹ Jf. Hørlyck, *Entreprise*, s. 76-77.

⁹⁰ Jf. Hørlyck, *Entreprise*, s. 76-77.

Efter revisionen af ABT er der lagt en ”elastik” ind i klarhedskravet, der gør det muligt at tilpasse klarhedskravet til karakteren af det konkrete udbud. Der er dog ikke sikkerhed om forståelsen heraf. Det må antages, at klarhedskravet både omfatter et krav til udbuddets kvalitet og kvantitet. Kravet til kvantiteten (detaljeringsgraden og omfanget af oplysninger) af udbuddet vil da med elastikken lempes i takt med, at der udbydes på et simplere projektgrundlag, såsom et byggeprogram.

3.1.2 Bygherrens pligt til at undersøge og oplyse om hindringer ved byggegrunden

3.1.2.1 Indledende bemærkninger til ABT 18 § 26, stk. 3

ABT § 4, stk. 2 om de generelle krav til udbuddet suppleres af ABT 18 § 26, stk. 3, hvori der stilles særlige krav til udbuddets indhold.⁹¹ I henhold til ABT 18 § 26, stk. 3 skal udbuddet indeholde oplysninger om foretagne undersøgelser vedrørende hindringer ved byggegrunden. Hvis ikke udbuddet indeholder fyldestgørende oplysninger om hindringerne, skal foranstaltningerne herimod og ulemperne herved betales som ekstraarbejde.

Ordlyden i ABT 18 § 26, stk. 3 svarer næsten identisk til bestemmelsen om det samme i ABT 93 § 15, stk. 4 med en enkelt ændring. Man har således tilføjet ”ledninger, kabler, farlige stoffer og materialer” til listen over de forhold, som bygherren kan være forpligtet til at oplyse om i udbudsmaterialet. Men som følge af bestemmelseernes ikke udtømmende karakter, jf. ”*samt andre hindringer*”, synes det nærmere at være en præcisering end en egentlig ændring.⁹²

Spørgsmålet bliver da, om bestemmelserne også er påtænkt det samme indhold, så der kan søges inspiration til fortolkningen af ABT 18 § 26, stk. 3 i ældre praksis og litteratur, der omhandler ABT 93 § 15, stk. 4.

I de særlige bemærkninger til ABT 18 § 26 henviser udvalget ikke tilbage til ABT 93 § 15, men anfører derimod indledningsvist, at ABT 18 § 26 svarer til bestemmelsen i AB 18.⁹³ I bemærkningerne til AB 18 § 26, stk. 3 anfører udvalget, at AB 18 § 26, stk. 3 svarer til AB 92 § 15, stk. 4. Der trækkes således en tråd fra ABT 18 § 26 til AB 92 § 15, stk. 4. Som det tidligere er gennemgået i kapitel 1, afsnit 1.5, må henvisningen til AB 18 formodes at være et bevidst

⁹¹ Jf. Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 396.

⁹² Jf. Revisionsbetænkningen, s. 129.

⁹³ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 382.

valg fra udvalgets side, jf. revisionsbetænkningen s. 373. Udvalget nøjes ikke med at fremhæve, at kun dele af bestemmelsen svarer til AB 18 § 26, hvorfor henvisningen må gælde hele bestemmelsen.

Udvalget må således finde, at der som *udgangspunkt* må stilles samme krav til indholdet af bygherrens udbud i relation til hindringer ved byggegrunden i totalentreprise som i traditionel entreprise.

Udvalget *modificerer* dog dette udgangspunkt i relation til stk. 3 med bemærkningen om, at omfanget af bygherrens forundersøgelser ”*afhænger af dets (projektets) stade på udbudstidspunktet.*”⁹⁴ Ifølge udvalget må kravene til bygherrens udbud efter ABT 18 § 26, stk. 3 således tilpasses efter detaljeringsgraden af bygherrens udbud. Udvalget tilføjer desuden, at totalentreprenøren i overensstemmelse med god projekteringsskik kan have til opgave at udføre visse supplerende forundersøgelser.⁹⁵ Udvalget har således alligevel haft for øje, at totalentrepriseformen på dette punkt adskiller sig fra traditionel entreprise.

Udvalgets særlige bemærkninger til ABT 18 § 26, stk. 3 stemmer i høj grad overens med den måde, hvorpå ABT 93 § 15, stk. 4 hidtil er blevet fortolket i litteraturen og praksis,⁹⁶ jf. den måske særligt tydelige inspiration fra Erik Hørlyck, Totalentreprise 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 162 nederst. Det må derfor antages, at praksis og litteraturen fra før ABT 18 fortsat kan være vejledende.

Det kan imidlertid undre, at udvalget ikke har ladet de principielle forskelle i forhold til traditionel entreprise komme til udtryk i ordlyden til ABT 18 § 26, stk. 3, der er identisk med AB 18 § 26, stk. 3. Det samme gjorde sig gældende for ABT 93 § 15, stk. 4, hvis ordlyd blev overført uændret fra AB 92 § 15, stk. 4. Den identiske ordlyd mellem § 15, stk. 4 i AB 92 og i ABT 93 har været underlagt en del uforståenhed og kritik i litteraturen. Det påpeges blandt andet, at udbuddet har en helt anden karakter i totalentreprise, og der ikke kan stilles samme krav til bygherren i ABT 93 § 15, stk. 4 som i AB 92 § 15, stk. 4.⁹⁷ Det lader nu til, at historien gentager sig med ABT 18, hvor totalentrepriserparterne må læse de særlige bemærkninger i

⁹⁴ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 382. Vores tilføjelser i parentes.

⁹⁵ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 383.

⁹⁶ Se hertil ABT-betænkningen, s. 40, Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 86-90, Hørlyck, Totalentreprise, s. 159-165 og Iversen, Entrepriseretten, s. 847-850.

⁹⁷ Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 83 og 86, Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 194 petit og Hørlyck, Totalentreprise, s. 162.

revisionsbetænkningen til ABT 18 § 26, stk. 3, tidligere praksis og litteratur for at finde den reelle retsstilling.

3.1.2.2 Bygherrens pligter i medfør af ABT 18 § 26, stk. 3

Bygherren er efter ABT 18 § 26, stk. 3 forpligtet til at sørge for, at udbudsmaterialet indeholder *fyldestgørende oplysninger om hindringer* ved byggegrunden. Hvad der nærmere ligger i denne pligt vil være genstanden for de følgende afsnit.

3.1.2.2.1 Karakteren af oplysninger

Hindringer ved byggegrunden

I ABT 18 § 26, stk. 3 opremses, at udbuddet skal indeholde oplysninger om foretagne undersøgelser vedrørende grundvands- og jordbundsforhold, forurening, ledninger, kabler, farlige stoffer og materialer samt andre hindringer.

Med ”andre hindringer” angives, at opremsningen i bestemmelsen ikke er udtømmende. Desuden omfatter bestemmelsen ikke kun hindringer ved byggegrunden, men hindringer generelt.⁹⁸ Der er således lagt op til, at bygherren må foretage en konkret vurdering af, hvad der kan udgøre en hindring.

Ordlyden kan give det indtryk, at der kun skal oplyses om ”foretagne undersøgelser”. Bestemmelsen må dog forstås bredt, så bygherren skal oplyse om hindringer, som bygherren kendte eller burde kende, uanset om der er foretaget undersøgelser eller ej. En sådan bred forståelse følger af ABT 18 § 4, stk. 2, jf. KFE 2014.131 VBA, hvor bygherren burde have oplyst om lunger i en tagkonstruktion, selvom der ikke var gennemført nivellementsundersøgelser heraf.

KFE 2014.131 VBA omhandler renoveringen af en tagkonstruktion på en skole i totalentreprise. Bygherren havde på forhånd haft kendskab til, at der var lunger (fordybninger) på bygningens flade tag, hvilket medførte vandskader i tagkonstruktionen med ulemper for totalentreprenørens arbejde. Lunkerne var en del af det problem, der skulle løses som led i tagrenoveringen. Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet var mangelfuldt med følgende begrundelse: *”Udbudsmaterialet skal om en sådan betydende del af entreprisen være klart og tydeligt, og selv om en tilbudsgivende entreprenør skal se sig godt for, indebærer hans forpligtelse hertil ikke, at han skal gennemføre nivellement af et tag som det foreliggende.”*⁹⁹

⁹⁸ Jf. AB 92-betænkningen, s. 90.

⁹⁹ Jf. KFE 2014.131 VBA s. 140.

Hindringer af relevans for totalentreprenørens tilbud

Bygherren er dog ikke nødvendigvis forpligtet til at oplyse om enhver hindring ved byggegrunden i sit udbud. Bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med udbuddets overordnede formål, og hvorfor der stilles krav til udbuddets indhold og beskaffenhed. I udbuddet skal totalentreprenøren præsenteres for de oplysninger og krav, som totalentreprenøren skal udarbejde sit tilbud på grundlag af, jf. ABT 18 § 4, stk. 2, 1. pkt. Bygherren skal præsentere disse oplysninger og krav entydigt og klart, så totalentreprenøren får et vurderingsgrundlag for omfanget og indholdet af ydelsen og vilkårene, jf. ABT 18 § 4, stk. 2, 2. og 3. pkt.¹⁰⁰

Bygherren skal således oplyse om hindringer, der er *relevante* for totalentreprenørens vurdering af karakteren og omfanget af opgaven, når totalentreprenøren skal udarbejde sit tilbud. I det følgende vil dette synspunkt blot benævnes som, hvad der er relevant for totalentreprenørens tilbudsgivning.

Det kan være retningsgivende for bygherren, om oplysningerne har betydning for totalentreprenørens *priskalkulation* i tilbuddet.¹⁰¹ Synspunktet fremgår implicit af ABT 18 § 26, stk. 2, 2. pkt., hvor retsvirkningen af ufyldstgørende oplysninger om hindringer i udbuddet netop er en regulering af totalentreprenørens pris ved ekstrakrav. Illustrerende er kendelsen KFE 1981.21 VBA:

KFE 1981.24 VBA omhandlede opførelsen af et stort administrationsbyggeri i totalentreprise. Totalentreprenøren konstaterede under udførelsen, at der var særegne kalkforekomster i jordbunden, så det planlagte filterbrøndanlæg ikke kunne klare den nødvendige grundvandssænkning. Totalentreprenøren krævede ulemperne som følge af kalkforekomsterne betalt som ekstraarbejder, hvilket Voldgiftsretten gav medhold i med følgende begrundelse: *”Idet der som nævnt ikke i udbudsmaterialet fandtes oplysninger om beskaffenheden af kalken, og idet de for klagerne (totalentreprenøren) opståede vanskeligheder skyldes forholdene i denne, findes de påløbne ekstraudgifter, som langt overstiger, hvad klagerne (totalentreprenøren) efter et rimeligt sagligt skøn kunne forvente, at måtte anses som forårsaget ved utilstrækkelige oplysninger i udbudsmaterialet (...).”*¹⁰²

Med begrundelsen indikerer Voldgiftsretten, at oplysninger om hindringer ved byggegrunden er omfattet af ”fyldstgørende oplysninger” og dermed skal indgå i udbuddet, når de har betydning for totalentreprenørens priskalkulation.

¹⁰⁰ Jf. også AB 92-betænkningen, s. 63, hvor kravet har sin oprindelse.

¹⁰¹ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 59 og Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 194 og 398.

¹⁰² Jf. KFE 1981.24 VBA, s. 35. Vores udeladelser og tilføjelser i parentes.

Det indikeres endvidere, at bygherren kan have visse forventninger til en totalentreprenørs sagskundskab, når bygherren skal vurdere totalentreprenørens behov for oplysninger, jf. ”(...), *hvad klagerne (totalentreprenøren) efter et rimeligt sagligt skøn kunne forvente, (...)*.”¹⁰³ Det særlige er her, at Voldgiftsretten også forventer en sagkyndighed af totalentreprenøren i det prækontraktuelle forløb. I begrundelsen indgår også rimelighedsbetragtninger, hvilket kan indikere, at der er grænser for, hvor strenge krav der kan stilles til totalentreprenørens vurdering af opgavens karakter og omfang i det prækontraktuelle forløb. Det er dog ikke klart, om Voldgiftsretten med sin benævnelse af ”totalentreprenøren” i bestemt ental, har villet indikere, at kravene om et rimeligt og sagligt skøn er konkret begrundet i forhold til totalentreprenøren i netop denne sag.

Totalentrepriseaftalen i sagen blev indgået før brugen af ABT 93 og dermed uden ABT 93 § 15, stk. 4. Parterne havde imidlertid vedtaget Entreprenørforeningens standardforbehold, hvoraf fremgik, at grundvandssænkning skulle udføres som ekstraarbejde, hvis ikke udbuddet indeholdt fyldestgørende oplysninger om jordbundsforholdene. Standardforbeholdet var forgænger for indførelsen af AB 92 § 15, stk. 4 og ABT 93 § 15, stk. 4 med et tilsvarende indhold, hvorfor kendelsen fortsat må anses for vejledende.¹⁰⁴

For traditionel entreprise slutter Ole Hansen, at bygherren modsat ikke er forpligtet til at give oplysninger, som *ikke* er relevante for entreprenørens priskalkulation.¹⁰⁵ Selvom priskalkulation er væsentlig i forhold til totalentreprenørens tilbud, kan der forekomme tilfælde, hvor oplysninger om hindringer kan være relevante for totalentreprenørens tilbud, selvom det ikke indvirker prisen. Dette gælder særligt for *tidskalkulationen*. Det entrepriseretlige system for forsinkelse og tidsfristforlængelse fungerer uafhængigt af, om totalentreprenøren har krav på merbetaling for ekstraarbejder. Illustrerende er KFE 2009.245 VBA.

KFE 2009.245 VBA omhandlede opførelsen af et stor, kombineret bolig- og erhvervsjendom i totalentreprise med ABT 93 aftalt mellem parterne. En del af tvisten drejede sig om, at kommunen igennem en længere årrække til nyopførte lejligheder havde stillet krav om udluftningsmulighed ud til en støjsvag facade. Bygherren havde ikke oplyst dette i udbuddet, hvorfor totalentreprenøren måtte omprojektere med byggetidsforlængelse til følge. Bygherren påstod forsinkelse med krav om totalentreprenørens betaling af dagbøder. Totalentreprenøren påstod ret til tidsfristforlængelse med den begrundelse, at udbuddet burde have indeholdt oplysning om kommunens krav og derfor var

¹⁰³ Vores undladelser i parentes.

¹⁰⁴ Jf. AB 92-betænkningen, s. 90 og Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 394-395.

¹⁰⁵ Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 398.

mangelfuldt. Voldgiftsretten fandt, at omprojekteringen forstyrrede totalentreprenørens ellers korrekt tilrettelagte byggeproces med en meget stram tidsplan, så der opstod yderligere forsinkelser. Voldgiftsretten gav totalentreprenøren ret til tidsfristforlængelse herfor med den begrundelse, at det måtte have stået bygherren klart, at totalentreprenøren ikke kunne nå at efterprøve udbudsmaterialet med de aftalte frister, jf. ABT 93 § 2, stk. 2 og 24, stk. 1, nr. 2.

For denne del af tvisten krævede totalentreprenøren ikke ekstrakrav. Voldgiftsretten fandt således, at der forelå en udbudsmangel alene med henvisning til, at hindringen medførte forsinkelse. Bygherren burde således have vidst, at hindringen var af betydning for totalentreprenørens vurdering af, om totalentreprenøren kunne acceptere de fastsatte afleveringsfrister og dagbøder. Kendelsen omhandler ikke hindringer ved byggegrunden, men den må vurderes også at være vejledende for sådanne tilfælde, da ABT 93 § 2, stk. 2 (og ABT 18 § 4, stk. 2) gælder hele udbudsmaterialet.

Usædvanlige, ikke almindeligt kendte eller umiddelbart tilgængelige oplysninger

Hørlyck antager i sin behandling af ABT 93 § 2, stk. 2, at der principielt er den samme pligt i totalentreprisen som i traditionel entreprise for bygherren til i udbuddet at ”(...) *sørge for oplysninger om forhold, der ikke er almindeligt kendte eller umiddelbart tilgængelige.*”¹⁰⁶

Iversen og Vagner antager nogenlunde det samme, når de anfører, at ”Bygherren skal give oplysninger om usædvanlige risici, (...).”¹⁰⁷

Ingen af forfatterne henviser imidlertid til praksis, hvor der udtrykkeligt fastslås en sådan retsstilling. I sin tidligere udgave af Totalentreprise henviser Hørlyck til den svenske betænkning, Motiv 72, hvorfra han muligvis har fundet inspiration.¹⁰⁸

Illustrerende for synspunktet er muligvis KFE 1981.24 VBA om kalkforekomster ved opførelsen af et stort administrationsbyggeri, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. I Voldgiftsrettens begrundelse benævnes kalkforekomsterne som ”ganske særlige forhold”, og Voldgiftsretten fandt, at merudgifterne som følge heraf skyldtes bygherrens utilstrækkelige oplysninger. Det anførtes videre, at det ikke kunne tillægges betydning for vurderingen, at der forelå totalentreprise.¹⁰⁹ Sidstnævnte begrundelse fremstår umiddelbart meget vidtgående, og

¹⁰⁶ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 58. Vores udeladelser i parentes.

¹⁰⁷ Jf. Vagner v. Iversen, Entrepriseret, s. 348 og Iversen, Entrepriseretten, s. 850. Vores undladelse i parentes.

¹⁰⁸ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, 3. udgave, s. 114.

¹⁰⁹ Jf. KFE 1981.24 VBA, s. 34-35.

stemmer ikke overens med den øvrige voldgiftspraksis på området. Dette er også blevet påpeget i litteraturen.¹¹⁰ Voldgiftsretten kan måske have ment, at bygherren principielt også i totalentreprise kan være forpligtet til at oplyse om usædvanlige hindringer.

Det må også ud fra generelle hensyn om ressource og tid anses for hensigtsmæssigt, at bygherren oplyser om usædvanlige og ikke umiddelbart tilgængelige hindringer. Dette gælder særligt, hvis der er flere totalentreprenører i konkurrence om budet.¹¹¹ Modsat må totalentreprenøren som fagkyndig i overensstemmelse med god projekteringsskik i et vist omfang indkalkulere sædvanlige og umiddelbart tilgængelige hindringer i sit tilbud.

Det konkrete projekt og den konkrete byggegrund

Både projekter og byggegrunde kan have vidt forskellige karakterer og omfang alt efter, hvad der skal bygges, og hvor der skal bygges. Denne forskellighed giver sig udslag i, hvilke oplysninger totalentreprenøren har behov for til udarbejdelsen af tilbuddet. Med andre ord må bygherren foretage en konkret vurdering ud fra, hvad der skal bygges, og hvor der skal bygges, når bygherren skal vurdere, hvilke oplysninger totalentreprenøren har brug for. Synspunktet kom tydeligt til udtryk i KFE 2013.398 VBA.

KFE 2013.398 VBA omhandlede opfyldning af en lergrav i totalentreprise. Bygherren havde udbudt på grundlag af et simpelt udbudsprojekt på funktionskrav, der stort set kun indeholdt myndighedspåbuddet om opfyldningen. Opfyldningen skulle udføres således, at der ville opstå en sø med nærmere bestemte krav til bl.a. størrelse og dybde. Bygherrens udbudsmateriale indeholdt tegninger over området samt informationer om, hvilket materiale der tidligere var blevet fyldt i lergraven. Dog havde hverken bygherren eller totalentreprenøren forestået nærmere undersøgelser af søbundens bæreevne og bestanddele, inden totalentreprenøren påbegyndte opfyldningen. Under opfyldningen opstod der problemer med blandt andet opskud af bundmateriale flere steder i søen. Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet, under hensyn til opgavens komplicerede karakter, burde have omfattet nærmere undersøgelser af søbunden. Bygherren opfyldte således ikke kravene om et klart og entydigt udbud, som også gælder i totalentreprise. Da der var tale om totalentreprise, burde totalentreprenøren imidlertid også selv have forestået undersøgelser, inden han påbegyndte opfyldningen. Totalentreprenøren blev som den projekterende part fundet ansvarlig for problemerne, hvorfor han ikke kunne kræve merudgifterne hertil betalt som ekstraarbejder.

¹¹⁰ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 162.

¹¹¹ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, 3. udgave, s. 114-115.

I sin begrundelse for, at bygherrens udbud var mangelfuldt, lagde Voldgiftsretten både vægt på, om der var givet oplysninger om området, herunder tegninger over området, tidligere deponering i lergraven osv., og på det konkrete opfyldningsprojekt. Da opgaven, som følge af disse forhold, havde en kompliceret karakter, burde bygherren have foretaget undersøgelser og oplyst herom.¹¹²

I visse tilfælde vil det være muligt at få kendskab til potentielle hindringer ved den konkrete byggegrund på baggrund af oplysninger om nabogrunde, hidtidig anvendelse, landskabet og øvrige oplysninger om området, jf. også KFE 2013.398 VBA. Sådanne oplysninger vil også kunne være relevante for totalentreprenørens tilbud, hvorfor bygherren skal oplyse herom.

3.1.2.2.2 Omfanget af bygherrens oplysningspligt

Genstanden for dette afsnit er, om ABT § 26, stk. 3 alene indebærer en pligt til at oplyse om hindringer, der i forvejen *er* i bygherrens besiddelse. Eller om bygherren er forpligtet til at *tilvejebringe* de nødvendige oplysninger ved iværksættelse af selvstændige undersøgelser af byggegrunden for at give ”fyldestgørende oplysninger”.

Pligten til at videregive oplysninger om hindringer, som bygherren allerede har eller burde have kendskab til

ABT 18 § 26, stk. 3 skal fortolkes i overensstemmelse med ABT 18 § 4, stk. 2, hvorfor bygherren ikke alene skal give oplysninger om ”foretagne undersøgelser”, men oplysninger om relevante hindringer i det hele taget.

Ud fra en ren sproglig forståelse indikerer ”*foretagne*”, at hvis bygherren faktisk *har* foretaget undersøgelser, eller der i øvrigt foreligger *tidligere foretagne* undersøgelser, skal oplysningerne herfra indgå i udbuddet.

I litteraturen er spørgsmålet om bygherrens pligt til at videregive allerede kendte oplysninger om hindringer kun behandlet overfladisk for totalentreprise. Hansen anfører dog opsummerende, at bygherren er forpligtet til at videregive oplysninger, der er i dennes besiddelse.¹¹³

¹¹² Jf. KFE 2013.398 VBA s. 407.

¹¹³ Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 84 og 87 og Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 194 petit.

Hansen henviser i sin begrundelse til ABT 93 § 2, stk. 2 (nu ABT 18 § 4, stk. 2), og at pligten til at videregive oplysninger er *”omfattet af udbudsstandardens præceptive kerne, fordi det udtrykker et almindeligt krav om hæderlig optræden i den prækontraktuelle fase.”*¹¹⁴

KFE 2014.131 VBA om lunger i en tagkonstruktion ved renoveringen af en skole, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1, er et eksempel herpå.

Voldgiftsretten begrundede, at der var tale om en udbudsmangel, jf. ABT 93 § 2, stk. 2, med udtalelsen: *”Det lægges til grund, at det var kendt af bygherren, at der var lunger på taget (...). Det er åbenbart, at dette problem i forbindelse med tagrenoveringen skulle løses, (...). En sådan væsentlig problemstilling burde tydeligt have været beskrevet i udbudsmaterialet, (...).”*¹¹⁵ Selvom kendelsen ikke vedrører byggegrunden, er den alligevel vejledende, da Voldgiftsretten udtaler sig generelt om kravene til udbuddet efter ABT 93 § 2, stk. 2 (nu ABT 18 § 4, stk. 2), der gælder hele udbuddet.

Hvis bygherren har historisk viden og erfaring med byggegrunden, kan det også forpligte bygherren til at oplyse herom i udbudsmaterialet, jf. KFE 1997.62 VBA.

KFE 1997.62 VBA omhandlede opførelsen af en færgeterminal. Opgaven var udbudt i traditionel entreprise, men entreprenøren var projektansvarlig for opførelsen af nogle tårnbygninger til terminalen. Selvom entreprenørens løsning for tårnbygningerne fandtes mangelfuld, blev bygherren medansvarlig og måtte bære halvdelen af udgifterne. Dette skyldtes, at bygherren havde historisk viden og erfaring med bundforholdene på stedet og derfor burde have oplyst om risikoen for de pågældende ulemper i udbudsmaterialet.

Selvom kendelsen ikke omhandler totalentreprise, men en mellemform, er situationen lignende, da entreprenøren havde påtaget sig projekteringen for tårnene til terminalen.

Det må i det hele taget ligge i oplysningspligtens kerne efter både ABT 18 §§ 4, stk. 2 og 26, stk. 3, at bygherren er forpligtet til at videregive allerede kendte eller tilvejebragte oplysninger om hindringer. Der er ikke nogen ressource- eller tidsmæssige hensyn at tage til en bygherre, der allerede har oplysninger om hindringer tilgængelige, da disse ”blot” skal videregives. Dog kan der ligge en udfordring for bygherren i at skulle foretage en vurdering af, *hvilke* oplysninger der er relevante for totalentreprenøren, som det er gennemgået ovenfor i kapitel 3, afsnit

¹¹⁴ Jf. Hansen, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, s. 194 petit.

¹¹⁵ Jf. KFE 2014.131 VBA, s. 140. Vores udeladelser i parentes.

3.1.2.2.1. Sådanne udvælgelsesudfordringer må søges afklaret ved forudgående dialog med totalentreprenøren, jf. ABT 18 § 31, eller med bistand fra egen teknisk rådgiver, der alligevel oftest antages for at bistå bygherren med udarbejdelsen af udbuddet.¹¹⁶

Pligten til at tilvejebringe oplysninger om hindringer

Spørgsmålet er herefter, om der gælder en nedre grænse for bygherrens oplysningspligt, så bygherren om nødvendigt må tilvejebringe oplysninger om hindringer for at opfylde pligten til at give ”fyldestgørende oplysninger”.

Det er værd at bide mærke i, at udvalget har valgt at bruge ordet ”forundersøgelser” og ikke blot ”oplysninger”. Udvalget synes således at forudsætte, at også totalentreprisebygherren kan være forpligtet til at foretage undersøgelser for kunne give tilstrækkelige oplysninger om hindringer. Udvalget giver dog udtryk for, at der er tale om en konkret vurdering, da undersøgelsesernes omfang afhænger af det konkrete projekt og projektets stade på udbudstidspunktet.

I litteraturen er det kun Hansen, der har vovet sig ud i at formulere en egentlig pligt for totalentreprisebygherren til at undersøge, om jordbundsforholdene er sædvanlige eller forventelige.¹¹⁷

Det bekræftes i voldgiftspraksis, at totalentreprisebygherren efter omstændighederne kan have en egentlig pligt til at iværksætte undersøgelser for at kunne give fyldestgørende oplysninger om hindringer.

Et særligt tydeligt eksempel er KFE 2013.398 VBA om opfyldning af en lergrav, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet var mangelfuldt med blandt andet følgende begrundelse: ”Udbudsmaterialet indeholdt ingen undersøgelser af søbundens bestanddele eller bæreevne. Under hensyn til opgavens komplicerede karakter lægger voldgiftsretten til grund, at udbudsmaterialet burde have omfattet nærmere undersøgelser af søbunden og dens bæreevne for at opfylde de krav til et klart og entydigt udbudsgrundlag, som også gælder for totalentreprise.”¹¹⁸

I samme kendelse kom Voldgiftsretten med en bemærkelsesværdig udtalelse i forlængelse af det netop anførte citat: ”(...) E’s manglende forbehold i tilbuddet for søbundens bæreevne

¹¹⁶ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 58 og Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 22-23 og s. 79-80.

¹¹⁷ Jf. Hansen, Entrepriseretlige mellemformer, s. 87.

¹¹⁸ Jf. KFE 2013.398 VBA, s. 407. Vores understregninger.

medfører ikke nogen ændring i voldgiftsrettens begrundelse heraf.”¹¹⁹ Voldgiftsretten indikerer således, at selvom totalentreprenøren som udgangspunkt bærer projekteringsansvaret, skal der foretages en *selvstændig* vurdering af, om bygherren opfylder *sine* pligter til at undersøge og oplyse.

Den nærmere afgrænsning af pligten er imidlertid ikke klar, hvilket først og fremmest må skyldes, at der er tale om en meget konkret vurdering.¹²⁰ Dette afspejler sig også i, at der foreligger afgørelser, hvor bygherren ikke har været forpligtet til at foretage egentlige undersøgelser for at opnå oplysninger om hindringer, jf. nedenfor. I det følgende skal der alligevel gøres et forsøg på nærmere at kvalificere nogle retningslinjer for bygherrens pligt til at tilvejebringe oplysninger.

Bygherrens pligt til at iværksætte undersøgelser kan afhænge af karakteren på det projekt, som bygherren udbyder på grundlag af.¹²¹ Der kan også i totalentreprise være stor forskel på karakteren og detaljeringen af et udbud. Synspunktet skal forstås i overensstemmelse med ABT 18 § 4, stk. 2. Herefter gælder, at jo simplere et projekt bygherren udbyder på grundlag af, desto lavere krav må der stilles til udbuddets entydighed og klarhed. Dette følger også af selve formålet med totalentreprise. Bygherren skal tidligt i processen kunne inddrage og udnytte totalentreprenørens kompetencer til udvikling og optimering af projektet. Hvis derimod bygherren ønsker større indflydelse på projektet, kan bygherren udbyde på et mere detaljeret projektgrundlag, men må til gengæld øge kvaliteten på det udbudsmateriale, totalentreprenøren skal arbejde videre med.¹²²

Det fremgår af revisionsbetænkningen, at bygherrens pligt til at undersøge også afhænger af ”det konkrete projekt”.¹²³ Med det konkrete projekt må udvalget mene hele den påtænkte opgave, som det kommende projekt skal løse. Udvalget har således villet fremhæve, at bygge- og anlægsopgaver kan være meget forskellige, og at der ikke kan stilles generelle krav til bygherrens undersøgelser, der kan dække denne forskellighed. Den nødvendige projektering for forskellige bygge- og anlægsopgaver kan variere både i omfang og kompleksitet, og bygherren kan have særlige formål med byggeriet eller særlige krav til dets anvendelse og funktioner.

¹¹⁹ Jf. KFE 2013.398 VBA, s. 407. Vores udeladelser i parentes.

¹²⁰ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 382.

¹²¹ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 382.

¹²² Jf. Revisionsbetænkningen, s. 371-372 og Hørlyck, Totalentreprise, s. 125.

¹²³ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 382.

Det kan være skærpende for bygherrens pligt til at forundersøge, hvis opgaven er kompleks, jf. KFE 2013.398 VBA om opfyldning af en lergrav, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. I Voldgiftsrettens begrundelse for resultatet kom synspunktet tydeligt til udtryk: ”Under hensyn til opgavens komplicerede karakter lægger voldgiftsretten til grund, at udbudsmaterialet burde have omfattet nærmere undersøgelser af søbunden og dens bæreevne for at opfylde de krav til et klart og entydigt udbudsgrundlag, som også gælder for totalentreprise.”¹²⁴

Også den konkrete byggegrunds beskaffenhed kan have betydning for omfanget af bygherrens forundersøgelsespligt. Om en grund er bygbar hænger selvfølgelig sammen med, hvad der skal bygges derpå. Byggegrundens beskaffenhed skal derfor ses i sammenhæng med det pågældende projekt.

Illustrerende er KFE 1978.15 VBA, der omhandlede udfordringer med terrænforskelle ved opførelsen af en lagerhal i totalentreprise. Ingen af parterne havde foretaget forundersøgelser af jordbundsforholdene og nivellementsplaner over byggegrunden. Det viste sig under udførelsen, at der var store forskelle i terrænhøjderne, som parterne ikke havde forudset. Dette medførte, at totalentreprenøren måtte afmontere store dele af belægningen uden for bygningerne, regulere underlaget og montere belægningen igen. Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet var mangelfuldt med udtalelsen: ”Voldgiftsretten må – uanset at det drejer sig om totalentreprise – anse det for en fejl ved udbudsmaterialet, at dette ikke eller i hvert fald ikke i tilstrækkelig grad har gjort opmærksom på disse problemer (...).”¹²⁵ Da der ikke forelå oplysninger, der indikerer, at bygherren havde kendskab til terrænforskellene, må Voldgiftsretten have forudsat, at bygherren skulle have iværksat undersøgelser heraf.

Bygherren skal oplyse om usædvanlige, ikke almindeligt kendte eller umiddelbart tilgængelige hindringer. Spørgsmålet er imidlertid, om dette er udtryk for en minimumsstandard, så bygherren om nødvendigt må iværksætte undersøgelser for at afdække sådanne hindringer.

Illustrerende er måske KFE 1981.24 VBA om særegne kalkforekomster ved opførelsen af en større administrationsbygning, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet var mangelfuldt med henvisning til, at kalkforekomsterne var ”ganske særlige forhold”, og at udbudsmaterialet ikke havde indeholdt oplysning herom.¹²⁶

I kendelsen konstaterer Voldgiftsretten med en nøgtern begrundelse, at udbuddet var mangelfuldt, da bygherren ikke havde oplyst om de ”ganske særlige forhold” ved byggegrunden. Begrundelsen kan således give det indtryk, at bygherren blot må undersøge, indtil usædvanlige

¹²⁴ Jf. KFE 2013.398 VBA, s. 407. Vores understregninger.

¹²⁵ Jf. KFE 1978.15 VBA, s. 18. Vores udeladelse i parentes.

¹²⁶ Jf. KFE 1981.24 VBA, s. 34-35.

hindringer er afdækket. En sådan minimumsstandard ville dog være meget byrdefuld for bygherren, da usædvanlige hindringer netop er kendetegnet ved at være svære at afdække. Der må således gælde en grænse, så bygherren alene er forpligtet til at gøre en vis indsats for at afdække usædvanlige hindringer. Og når grænsen er nået, vil yderligere undersøgelse enten omfattes af totalentreprenørens projekteringspligt eller være et spørgsmål om risikofordeling. En sådan grænse kan da også læses mellem linjerne i voldgiftspraksis, hvor Voldgiftsretten ikke har fundet bygherren forpligtet til at iværksætte forundersøgelser til trods for usædvanlige hindringer ved byggegrunden. Illustrerende er måske TBB 2018.669 VBA:

TBB 2018.669 VBA omhandlede opførelsen af et supermarked i totalentreprise. Mellem tilbudsafgivelsen og aftaleindgåelsen måtte bygherren rykke placeringen for byggeriet på byggegrunden, så entreprisen skulle udføres tæt op ad en stejl skråning. En af tvisterne i sagen vedrørte, om totalentreprenøren kunne kræve merbetaling for afværgeforanstaltninger efter et indtruffet jordskred fra skråningen under udførelsen. Ingen af parterne havde foretaget geologiske forundersøgelser af skråningens stabilitet. Totalentreprenøren gjorde gældende, at totalentreprenøren havde taget forbehold for hindringer vedrørende skråningen i kontrakten, og at bygherren således havde ”påtaget sig risikoen”. Bygherren gjorde gældende, at totalentreprenøren havde projekteringsansvaret og derfor også ansvaret for at foretage de fornødne undersøgelser af skråningens stabilitet. Voldgiftsretten fandt, at totalentreprenøren som led i sin projektering, burde have undersøgt og sikret skråningens stabilitet.

I sagen må skråningen anses som et usædvanligt forhold ved byggegrunden. Voldgiftsretten anfører imidlertid intet om bygherrens manglende oplysning eller undersøgelse af skråningen, hvilket måske kan indikere, at grænsen for bygherrens forundersøgelse her var nået. Det kan dog ikke afvises, at kendelsens resultat ville have været anderledes, hvis totalentreprenøren havde procederet på, at bygherren ikke havde opfyldt sin oplysningspligt i ABT 93 § 15, stk. 4. Totalentreprenøren procederede i stedet på, at bygherren havde overtaget risikoen som følge af ansvarsfraskrivelsen.

Som et andet retningsgivende synspunkt, er det anført i litteraturen, at bygherren skal give totalentreprenøren tilstrækkelige oplysninger til, at totalentreprenøren kan kalkulere en tilbudssum på baggrund af udbudsmaterialet.¹²⁷ Synspunktet kan støttes på KFE 1981.24 VBA om særegne kalkforekomster. Voldgiftsretten fastslog, at bygherren havde givet utilstrækkelige oplysninger, da ekstraudgifterne som følge af kalken ”(...) langt overstiger, hvad klagerne (totalentreprenøren) efter et rimeligt sagligt skøn kunne forvente, (...)”¹²⁸ Synspunktet kan dog

¹²⁷ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 59.

¹²⁸ Jf. KFE 1981.24 VBA, s. 35. Vores tilføjelser og udeladelser i parentes.

ikke bruges som en minimumsstandard, da det ellers kun ville være bygherren, der var forpligtet til at oplyse og undersøge byggegrunden. Af citatet forventes det da også, at totalentreprenøren selv må foretage et rimeligt og sagligt skøn.

Kan bygherren vælte forpligtelsen over på totalentreprenøren med forbehold eller ansvarsfraskrivelser i udbudsmaterialet?

I litteraturen anføres det, at bygherren skal oplyse i udbuddet, hvis de bydende totalentreprenører selv skal foretage forundersøgelser.

Torsten Iversen og Vagner anfører enslydende: *”Bygherren skal give oplysninger om usædvanlige risici, og han må endvidere præcisere, i hvilket omfang de bydende selv skal foretage undersøgelser, (...).*¹²⁹ Erik Hørlyck anfører: *”(…), og bygherren må som et minimalt krav udtrykkeligt præcisere ved udbuddet, i hvilket omfang de bydende selv skal foretage undersøgelser.”*¹³⁰ Forfatterne formulerer det således som en forpligtelse for bygherren, men de begrundet ikke det nærmere indhold og henviser ikke til konkret praksis som hjemmel for synspunktet.

Særligt Hørlycks formulering indikerer en form for minimumsstandard for udbuddets indhold, så bygherren kan nøjes med at opfordre i stedet for selv at give fyldestgørende oplysninger, jf. ABT 18 § 26, stk. 3. Derved kan opfordringen få karakter af et generelt forbehold eller ansvarsfraskrivelse, hvor bygherren forsøger at vælte ansvaret for manglende forundersøgelse over på totalentreprenøren.

Der har dog ikke kunnet findes hjemmel i praksis for sådan en retsstilling. Tværtimod synes Voldgiftsretten at være utilbøjelig til at lade sådanne opfordringer, forbehold og ansvarsfraskrivelser i udbuddet være af betydning for bygherrens pligter i ABT 93 § 15, stk. 4 (nu ABT 18 § 26, stk. 3).

KFE 2013.398 VBA omhandlede opfyldning af en lergrav og er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Bygherren havde opfordret totalentreprenøren til at besigtige lergraven, og det var angivet i udbuddet, at totalentreprenøren ikke ville være berettiget til ekstrabetaling, som skyldtes ukendskab til de lokale forhold. Derudover var det anført, at totalentreprenøren ved sin underskrift på tilbudslisten attesterede, at det modtagne materiale var fyldestgørende for totalentreprenørens tilbudsafgivelse, og at han havde gjort sig bekendt med forholdene. Og hvis noget i udbuddet var

¹²⁹ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 850 og Vagner v. Iversen, Entrepriseret, s. 348.

¹³⁰ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, 4. udgave, s. 164.

uklart, skulle totalentreprenøren kontakte bygherrens tekniske rådgiver. Undlod totalentreprenøren dette, ville han ikke senere kunne påberåbe sig uklarhed i udbuddet.¹³¹ Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet var mangelfuldt som følge af bygherrens manglende forundersøgelser og anførte dertil: *”Opfordringerne til E om at undersøge forholdene eller E’s manglende forbehold i tilbuddet for søbundens bæreevne medfører ikke nogen ændring i Voldgiftsrettens vurdering heraf.”*¹³²

KFE 1981.24 VBA omhandlede opførelsen af en større administrationsbygning og er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Af udbuddet fremgik blandt andet resultaterne af prøvepumpninger til grundvandssænkningen, og det var anført, at *”Eventuelle supplerende undersøgelser skal udføres af entreprenøren og være medregnet i tilbuddet.”*¹³³ Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet var mangelfuldt og inddrog slet ikke udbuddets forbehold i sin vurdering.

Det skal bemærkes, at de omtalte opfordringer, forbehold og ansvarsfraskrivelser alene indgår i udbudsmaterialet og således ikke i selve aftalen. Dette kan muligvis være en del af begrundelsen bag Voldgiftsrettens tilbøjelighed til at lade dem få retsvirkning. For behandlingen af forbehold, ansvarsfraskrivelser og lignende, der indgår i aftalen, henvises til kapitel 3, afsnit 3.4.3 nedenfor.

3.1.2.3 Delkonklusion

Bygherren er også i totalentreprise forpligtet til at oplyse om foretagne undersøgelser vedrørende hindringer ved byggegrunden i sit udbud, jf. ABT 18 § 26, stk. 3. Der er tale om en selvstændig vurdering, der ikke afhænger af, om totalentreprenøren har opfyldt sin projekteringsforpligtelse.

Bygherren er i vidt omfang henvist til at foretage en konkret vurdering. Dette gælder både i forhold til, *hvilke* oplysninger om hindringer bygherren skal lade indgå i udbuddet, og i hvilket *omfang* bygherren skal give oplysninger.

”Hindringer” skal ikke forstås udtømmende og er således ikke kun hindringer vedrørende byggegrunden. Bygherren er dog kun forpligtet til at oplyse totalentreprenøren om hindringer, der er *relevante* for totalentreprenørens tilbudskalkulation. Der kan i prioriteringen skeles til, hvilke hindringer der vil være relevante for det konkrete projekt og byggegrund. Bygherren skal dog muligvis særligt oplyse om usædvanlige hindringer, eftersom totalentreprenøren ikke forudsættes at kunne indregne disse i sit tilbud.

¹³¹ Jf. KFE 2013.398 VBA, s. 401.

¹³² Jf. KFE 2013.398 VBA, s. 407.

¹³³ Jf. KFE 1981.24, s. 25-26.

Bygherren er umiddelbart forpligtet til at give oplysninger om hindringer, som bygherren allerede er bekendt med. Efter omstændighederne kan bygherren dog også være forpligtet til at skulle iværksætte egentlige undersøgelser for at kunne give totalentreprenøren fyldestgørende oplysninger. Dette ses særligt at være tilfældet, hvis entrepriseopgaven er kompliceret, eller den konkrete byggegrund giver anledning til nærmere undersøgelse.

Selvom der udbydes i totalentreprise, må der således vurderes at gælde en forholdsvis vidtgående oplysningspligt for bygherren, som bygherren efter omstændighederne må søge særskilt, sagkyndig bistand for at kunne opfylde.

3.2 Totalentreprenørens prækontraktuelle undersøgelsespligt

Totalentreprenøren bærer som udgangspunkt hele projekteringsansvaret, medmindre totalentreprenøren har taget konkrete forbehold for projekteringsfejl- og mangler i udbuddet, jf. blandt andet KFE 2016.164 VBA, KFE 2009.340 VBA og KFE 2009.287 VBA.¹³⁴ Dette omfatter således også projekteringen vedrørende oplysning og undersøgelse af byggegrunden.

Der er imidlertid alene tale om et udgangspunkt. Særligt i det prækontraktuelle forløb skal det vise sig, at der gælder en grænse for, hvor meget bygherren kan forlange af totalentreprenøren projekteringsforpligtelse. Det er denne grænse, der er genstanden for dette afsnit.

Det fremgår af revisionsudvalgets bemærkninger til ABT 18 § 26, stk. 3 om bygherrens oplysningspligt, at totalentreprenøren som led i sin projektering, i overensstemmelse med god projekteringsskik, kan have til opgave at udføre ”visse supplerende forundersøgelser”. Hvis totalentreprenøren burde have opdaget hindringer som led i sine forundersøgelser, vil totalentreprenøren ikke senere kunne kræve merbetaling herfor.¹³⁵

At totalentreprenøren ”kan” have til opgave at udføre forundersøgelser indikerer, at det er op til en konkret vurdering af den enkelte situation, om totalentreprenøren skal undersøge byggegrunden. At forundersøgelserne anføres som ”supplerende” indikerer endvidere, at undersøgelsespligten skal ses i relation til bygherrens undersøgelses- og oplysningspligt i ABT 18 § 26, stk. 3. Disse bemærkninger er indirekte udtryk for den netop omtalte grænse, der gælder for totalentreprenørens projekteringsansvar.

¹³⁴ Jf. Hansen, *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 81-82 og Hørlyck, *Totalentreprise*, s. 232-233.

¹³⁵ Jf. *Revisionsbetænkningen*, s. 383.

Revisionsudvalget specificerer ikke, om totalentreprenøren kan være forpligtet til at foretage ”visse supplerende forundersøgelser” i det præ- eller postkontraktuelle forløb. Det må dog antages, at bemærkningen skal forstås i overensstemmelse med den hidtidige voldgiftspraksis, hvorefter der også i det prækontraktuelle forløb kan være en vis forundersøgelsespligt. Et eksempel er KFE 1978.15 VBA om udfordringer med terrænforskelle ved opførelsen af en lagerhal i totalentreprise.

3.2.1 Forundersøgelser i overensstemmelse med god projekteringsskik

Totalentreprenørens projekteringsydelse skal ske i overensstemmelse med aftalen, god projekteringsskik og bygherrens anvisninger, jf. ABT 18 § 18, stk. 2.

I bemærkningerne til ABT 18 § 26, stk. 3 henviser udvalget til, at pligten til at foretage visse forundersøgelser følger af god projekteringsskik.¹³⁶

Med god projekteringsskik i AB-vilkårene forstås, ”at entreprenørens projektmateriale skal udarbejdes i overensstemmelse med standarden på det relevante fagområde og overholde gældende normer og forskrifter.”¹³⁷

I litteraturen er det påpeget, at det generelle mangelsbegreb (mangler efter god skik) har en særlig stor betydning ved fastlæggelse af totalentrepriseydelserne i forhold til det konkrete mangelsbegreb (mangler efter aftalen og anvisninger). Begrundelsen bag aftalens tilbagetrukne rolle er, at totalentrepriseaftalen indgås på et tidspunkt, hvor der typisk kun foreligger et sparsomt udbuds- og tilbudsprojekt. Totalentreprenørens ydelse vil derfor typisk først blive nærmere fastlagt som led i den efterfølgende detailprojektering.¹³⁸ Dette synspunkt må desto mere gælde for de prækontraktuelle forpligtelser, hvor der endnu ikke foreligger en aftale at tage udgangspunkt i. Det følgende vil således i høj grad være en behandling af totalentreprenørens prækontraktuelle undersøgelsespligter i henhold til god projekteringsskik.

¹³⁶ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 383.

¹³⁷ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 381, der henviser videre til bemærkningerne til AB 18 § 17, stk. 3, 1. pkt. s. 106.

¹³⁸ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 122-123 og 228 med øvrige henvisninger og Iversen, Entrepriseretten, s. 853.

Når det skal vurderes, hvilke krav god projekteringskik stiller til totalentreprenørens prækontraktuelle undersøgelsespligt, kan der ikke umiddelbart sammenlignes med god rådgivningskik for en teknisk rådgiver.¹³⁹ Dette skyldes for det første, at omfanget af den tekniske rådgivers projekteringsydelse i høj grad er aftalebestemt.¹⁴⁰ For det andet er situationen en anden for totalentreprenøren end for den tekniske rådgiver. I det prækontraktuelle forløb har totalentreprenøren endnu ikke indgået en aftale om projektering, og som følge af tilbudsfristen i udbuddet er der en grænse for, hvor omfattende undersøgelser der kan forestås.

3.2.2 Totalentreprenørens egenskaber

Totalentreprenøren vil altid agere erhvervsdrivende. Der kan dog være forskel på egenskaberne totalentreprenørerne imellem, hvilket også ses i praksis. Dette ses også i praksis.

I KFE 1981.24 VBA om særegne kalkforekomster i byggegrunden udtalte Voldgiftsretten, at de ekstraudgifter som kalken medførte *"... langt oversteg, hvad totalentreprenøren efter et rimeligt sagligt skøn kunne forvente..."*

Afgørelsen illustrerer, at Voldgiftsretten anvender en saglig målestok i sin vurdering af, hvilke krav der kan stilles til totalentreprenøren og dennes ydelser. Centralt for dette kandidatspeciale er, at denne vurdering blev foretaget på baggrund af totalentreprenørens ydelser i det prækontraktuelle forløb, hvorfor totalentreprenøren også her vil blive vurderet ud fra en faglig målestok. Der sættes dog en grænse for totalentreprenørens agtpågivenhed, da Voldgiftsretten fastslår, at der også foretages en rimelighedsvurdering. Det er dermed ikke alle forhold, totalentreprenøren bør opdage i det prækontraktuelle forløb. En lignende bedømmelse forelå i KFE 1994.120 VBA, der omhandlede opførelsen af en dæmning.

I sin begrundelse udtale Voldgiftsretten, at *"... at klageren som totalentreprenør med stor erfaring i bygning af vandkraftværker burde have været opmærksom på de foreliggende uoverensstemmelser og have fået dem afklaret..."*

Voldgiftsretten tydeliggør her, at der ikke kun anvendes en saglighedsvurdering ved afgrænsningen af totalentreprenørens pligter, men at totalentreprenørens specifikke sagkundskaber kan påvirke vurderingen af dennes ydelser. Totalentreprenørens store erfaring med vandkraftværker var således afgørende for Voldgiftsrettens vurderingen af, hvad totalentreprenøren burde have opdaget, og hvad han ikke burde have opdaget.

¹³⁹ Jf. ABR 18 § 9, stk. 1.

¹⁴⁰ Jf. Iversen, Entrepriseretten, s. 198.

3.2.3 Hvilke potentielle oplysninger om hindringer skal totalentreprenøren søge at afdække? Når totalentreprenøren modtager bygherrens udbud, skal totalentreprenøren fastlægge opgavens karakter og omfang, så der kan kalkuleres en pris til tilbuddet. Totalentreprenøren vil da skulle vurdere, hvilke udfordringer opgaven giver anledning til. I denne proces vil det være mest hensigtsmæssigt, hvis totalentreprenøren på forhånd tilegner sig kendskab til, hvilke oplysninger kan være relevante at tilvejebringe ved undersøgelser, så indsatsen bliver målrettet. Virkeligheden er dog ofte mere kompliceret, da det ikke altid ud fra foreliggende oplysninger er til at vide, hvad der skal søges efter under jordoverfladen. En opdeling i et afsnit om, hvilke oplysninger om hindringer totalentreprenøren skal søge at afdække, kan således anfægtes. Opdelingen er dog valgt ud fra et formål om at overskueliggøre problemstillingerne.

Eftersom totalentreprenøren i udgangspunktet bærer hele projekteringsansvaret, og skal præstere et resultat, vil alle oplysninger med relevans for totalentreprenørens projektering og udførelse i princippet være relevante at afdække.

Hvis dette princip skulle slå igennem i det prækontraktuelle forløb, ville totalentreprenøren skulle forundersøge i samme omfang som i detailprojekteringen. Situationen er imidlertid en helt anden for totalentreprenøren i det prækontraktuelle forløb end i det postkontraktuelle. Dette skyldes for det første, at totalentreprenøren er nødsaget til at udarbejde et tilbud med bindende fastpris og afleveringsfrist inden for en af bygherren fastsat tilbudsfrist i udbuddet. Og for det andet, har totalentreprenøren på tidspunktet for undersøgelsesernes gennemførelse ikke vished om, hvorvidt tilbuddet bliver accepteret af bygherren. Derfor vil det ikke være meningsfuldt at kræve fuldstændige forundersøgelser som i detailprojekteringen. Af samme grund er det heller ikke alle oplysninger med relevans for den samlede projektering og udførelse, som er relevante at afdække ved undersøgelser i det prækontraktuelle forløb.

Totalentreprenørens prækontraktuelle undersøgelsespligt må derimod skulle ses i sammenhæng med bygherrens oplysnings- og undersøgelsespligt i ABT 18 § 26, stk. 3, så totalentreprenøren kan tage udgangspunkt i, hvilke oplysninger om hindringer bygherren skal oplyse om. Dette skyldes, at totalentreprenøren ifølge udvalget kan have til opgave at udføre visse ”supplerende” forundersøgelser, og at der i det hele taget må have ligget en tanke bag at placere bemærkningerne under samme bestemmelse. Dermed bliver det ”fælles formål” at få afdækket oplysninger om hindringer ved byggegrunden, som er relevante for totalentreprenørens tilbud.

Denne begrænsning kan dog ikke undskylde totalentreprenøren for ikke at have medregnet hindringer, som totalentreprenøren i øvrigt måtte blive bekendt med af anden vej end målrettede undersøgelser.

Der er således også for totalentreprenøren, i vidt omfang lagt op til en konkret vurdering af, hvilke oplysninger om hindringer, der kan være relevante at skulle afdække ved undersøgelse.

Selvom totalentreprenøren skal tage udgangspunkt i de af bygherren tilvejebragte oplysninger og krav, må der, ligesom for bygherren, også tages hensyn til, hvilke hindringer det konkrete projekt og den konkrete byggegrund kan give anledning til. Totalentreprenøren vil måske endda som den projekterende part, have særlig anledning til at vurdere, hvilke hindringer det konkrete projekt kan give anledning til.¹⁴¹

3.2.4 Nødvendige og egnede forundersøgelser

I revisionsudvalgets bemærkninger til ABT 18 § 26, stk. 3 anføres det, at totalentreprenøren ”kan” have til opgave at udføre forundersøgelser.¹⁴² Det er derfor ikke givet, at totalentreprenøren altid er forpligtet til at undersøge.

Generelt må gælde, at totalentreprenøren kun er forpligtet til at projektere i et omfang, der er *nødvendigt* for at kunne opfylde den samlede resultatforpligtelse, medmindre andet er nærmere aftalt.¹⁴³ Denne konstatering kan umiddelbart synes selvfølgelig og intetsigende, men netop i totalentreprise kan den få en særlig betydning. Idet totalentreprenøren både forestår projekteringen og udførelsen, og idet totalentreprenøren typisk har vid metode- og materialefrihed, som følge af bygherrens sparsomme udbudsprojekt, har totalentreprenøren ikke altid behov for samme detaljeringsgrad i projekteringen.¹⁴⁴ Totalentreprenøren er da ikke forpligtet til at projektere for ”projekterings skyld”, men skal kun projektere i et nødvendigt omfang for at kunne præstere resultatet. Samme synspunkt må gælde behovet for forundersøgelser. Det kan dog være en risikabel sti at betræde. Hvis det senere viser sig, at forundersøgelse havde været nødvendigt, vil der kunne foreligge en projekteringsfejl- eller mangel, som totalentreprenøren hæfter for. Totalentreprenørens ”frihed” vil dog reduceres i takt med, at bygherren søger øget

¹⁴¹ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 164.

¹⁴² Revisionsbetænkningen, s. 383.

¹⁴³ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 126.

¹⁴⁴ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 125.

indflydelse på projektet. Dette kan bygherren gøre ved at udbyde på grundlag af et mere detaljeret projekt, såsom et projektforslag, eller ved at aftale faseopdeling for projekteringen. Da vil synspunktet have mindre betydning.¹⁴⁵

Totalentreprenøren er desuden kun forpligtet til at foretage undersøgelser, der er egnede til at afdække hindringer, jf. KFE 1981.24 VBA om særegne kalkforekomster ved opførelsen af et større administrationsbyggeri, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Voldgiftsretten fandt, at totalentreprenøren ikke havde været forpligtet til at foretage prækontraktuelle undersøgelser for at afdække de særegne kalkforekomster. Som en del af begrundelsen anførte Voldgiftsretten: ”(...) *det må anses for tvivlsomt, i hvilket omfang en undersøgelse ville have vist, at der forelå særlige forhold med hensyn til kalken i havneenden.*”¹⁴⁶ Voldgiftsretten går endda videre i sin begrundelse ved at lade tvivlen om undersøgelsernes egnethed komme totalentreprenøren til gode, jf. ”tvivlsomt”.

3.2.5 Totalentreprenørens granskning og efterprøvelse af bygherrens udbudsprojekt

Når totalentreprenøren skal vurdere, om entrepriseopgaven kan give anledning til hindringer ved byggegrunden, som skal indkalkuleres i tilbuddet, er det bygherrens udbudsmateriale, totalentreprenøren må tage udgangspunkt i. Genstanden for dette afsnit er, om totalentreprenøren efter god projekteringsskik har prækontraktuel pligt til at granske og efterprøve bygherrens projektmateriale i udbuddet. Granskning skal her forstås i overensstemmelse med definitionen i ABT 18 § 2, stk. 7, hvortil der henvises.

Voldgiftspraksis er sparsom med eksempler på, at totalentreprenøren har haft en egentlig prækontraktuel pligt til at granske bygherrens udbud for projekteringsfejl og mangler.

KFE 1994.120 VBA er muligvis et eksempel på, at totalentreprenøren havde en egentlig prækontraktuel granskningspligt. Kendelsen omhandlede opførelsen af et vandkraftværk med en dæmning i totalentreprise. Tvisten opstod, da det viste sig, at dæmningen måtte bygges højere, end totalentreprenøren havde forudsat ud fra oplysningerne om vandspejlsforholdene i udbuddet og kontrakten. Totalentreprenøren krævede merarbejdet betalt som ekstraarbejde. Voldgiftsretten medgav totalentreprenøren, at bygherren havde givet forkerte og ikke entydige oplysninger om vandspejlsforholdene i udbudsmaterialet. Men da totalentreprenøren havde stor erfaring med opførelse af vandkraftværker, burde totalentreprenøren have opdaget og afklaret disse inden aftaleindgåelsen. Med disse grunde blev bygherren frifundet for totalentreprenørens krav på ekstrabetaling.

¹⁴⁵ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 122.

¹⁴⁶ Jf. KFE 1981.24 VBA, s. 34. Vores udeladelser i parentes.

At totalentreprenøren burde have ”afklaret” fejlene og tvetydighederne i udbuddet inden aftaleindgåelsen kan muligvis indikere en egentlig granskningspligt. Kendelsen indikerer endvidere, at totalentreprenørens pligt kan skærpes, når han har en særlig fagkundskab inden for området. Kendelsen er af ældre dato, og totalentrepriseforfikelsen er således indgået, før AB 92 og ABT 93 var tilgængelige. Parterne havde derfor ikke vedtaget bestemmelsen med krav om et klart og entydigt udbud i ABT 93 § 2, stk. 2 (nu ABT 18 § 4, stk. 2). Dette begrænser dog ikke nødvendigvis kendelsens præjudikat, eftersom bestemmelsen udspringer af praksis fra tiden før nærværende kendelse.¹⁴⁷

Erik Hørlyck finder derimod, at totalentreprenøren som udgangspunkt ikke kan være forpligtet til at undersøge eller granske udbuddet i det prækontraktuelle forløb, da dette ikke vil være rimeligt, og da totalentreprenøren typisk kun har kort hertil inden tilbudsfristen.¹⁴⁸ Synspunktet fremgår også af litteraturen, hvorefter totalentreprenøren kun bør opdage åbenlyse fejl i udbudsmaterialet i det prækontraktuelle forløb.¹⁴⁹

Der ses da også at være en grænse for totalentreprenørens prækontraktuelle granskningspligt i praksis. Illustrerende er KFE 2009.245 VBA, om udluftningskrav ved opførelsen af en stor, kombineret bolig- og erhvervsejendom, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Voldgiftsretten konstaterede, at bygherrens udbudsmateriale var mangelfuldt, da det ikke indeholdt kommunes krav til udluftning mv. i lejlighederne og udtalte i den forbindelse:

*”Det må endvidere med det korte forhandlingsforløb, der lå forud for kontraktindgåelsen og de tidsfrister, som blev aftalt for udførelsen af entreprisen have stået B (bygherren) klart, at E (totalentreprenøren) ikke inden kontraktens indgåelse kunne nå at efterprøve lovligheden af projektet, og at det ville blive nødvendigt for B i det væsentlige at lægge projektet materialet fra udbudsmaterialet uprøvet til grund for det videre projekteringsarbejde efter kontraktens indgåelse.”*¹⁵⁰

Voldgiftsretten fandt således, at der måtte tages et tidshensyn til totalentreprenøren, der ikke kunne pålægges at efterprøve udbudsmaterialet for projekteringsfejl i det prækontraktuelle forløb. Der kan således ikke siges altid at gælde totalentreprenøren en egentlig prækontraktuel granskningspligt. Kendelsen viser, at den af bygherren fastsatte tilbuds- eller aftalefrist kan

¹⁴⁷ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 67.

¹⁴⁸ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 232.

¹⁴⁹ Jf. Gjedde-Nielsen og Lykke Hansen, ABR 89, s. 252.

¹⁵⁰ Jf. KFE 2009.245 VBA, s. 259.

blive af væsentlig betydning for, hvilke krav der kan stilles til totalentreprenørens prækontraktuelle undersøgelsespligt. Bygherren må nøje overveje, hvor stramme frister der bør fastsættes. Det kan ikke udelukkes, om længere frister havde bevirket en større granskningspligt for totalentreprenøren. Kendelsen omhandler udbudsfejl vedrørende myndighedskrav og ikke hindringer ved byggegrunden. Den må dog alligevel anses for vejledende, eftersom den omhandler de generelle krav til bygherrens udbud i ABT 93 § 2, stk. 2, der også gælder for ABT 93 § 15, stk. 4 (nu ABT 18 § 26, stk. 3).

Totalentreprenøren kan imidlertid ikke undskylde sig med et tidspres, hvis der ikke er fastsat en bestemt tilbudsfrist i udbuddet, så totalentreprenøren af egen drift har valgt at afgive tilbud kort tid efter modtagelsen af udbuddet, jf. KFE 2013.398 VBA om opfyldning af en lergrav, der er refereret oven for under kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Voldgiftsretten udtalte: *”Det medfører ikke nogen ændring i voldgiftsrettens vurdering, at E afgav sit tilbud to dage efter, at selskabet modtog udbudsmaterialet, bl.a. fordi der ikke efter bevisførelsen er grundlag for at fastslå, at B krævede tilbud afgivet inden for en bestemt tidsfrist.”*¹⁵¹

Et andet centralt spørgsmål er, om kravene til totalentreprenørens agtpågivenhed ved gennemlæsningen af udbuddet skærpes i takt med, at udbudsprojektet bliver mere eller mindre detaljeret og omfattende. Der foreligger, så vidt vides, ikke praksis, der udtaler sig udtrykkeligt herom. KFE 2009.245 VBA om udluftningskrav, der er gennemgået netop ovenfor, kan dog måske være vejledende. Når Voldgiftsretten lægger vægt på tidsfaktoren, kan det også indikere, at tidsfristerne må afpasses efter, hvor omfattende et udbudsprojektmateriale totalentreprenøren skal granske. Der må således ikke kunne stilles samme krav til granskningen af et omfattende og detaljeret udbudsprojekt som af et simpelt udbudsprojekt, hvis tilbudsfristen er den samme. En sådan udlægning kan muligvis også understøttes af revisionsudvalgets almindelige bemærkninger til ABT 18, hvor de advarer bygherren mod vanskeligheder ved ansvarsfordelingen, når udbudsprojektet bliver meget detaljeret.¹⁵²

Sammenfattende må voldgiftspraksis læses således, at der efter omstændighederne kan gælde en egentlig granskningspligt for totalentreprenøren. Dette gælder særligt, hvis totalentreprenøren har særlig fagkundskab inden for området. Der tages dog hensyn til, at totalentreprenøren kan være under et tidspres for tilbudsfristen, og at et tidspres også må antages at kunne opstå ved et omfattende og detaljeret udbudsprojekt.

¹⁵¹ Jf. KFE 2013.398, s. 407.

¹⁵² Jf. Revisionsbetænkningen, s. 372.

3.2.6 Totalentreprenørens prækontraktuelle agtpågivenhed og eventuelle pligt til at iværksætte undersøgelser af byggegrunden

Som tidligere nævnt, anfører revisionsudvalget i de bemærkninger til ABT 18 § 26, stk. 3, at totalentreprenøren som led i sin projektering i overensstemmelse med god projekteringsskik kan være forpligtet til at udføre visse supplerende forundersøgelser.¹⁵³ I dette afsnit skal det undersøges, om totalentreprenøren efter god projekteringsskik kan være forpligtet til at iværksætte egentlige forundersøgelser i det prækontraktuelle forløb og i hvilket omfang.

Der foreligger ikke meget praksis om spørgsmålet, da de fleste afgørelser vedrører projekteringsfejl- og mangler ved detailprojekteringen efter aftaleindgåelsen. Der foreligger dog enkelte afgørelser, hvor totalentreprenøren har haft en prækontraktuel undersøgelsespligt.

Et af de måske tydeligste eksempler forelå i den ældre kendelse KFE 1978.15 VBA om udfordringer med terrænforskelle ved opførelsen af en lagerhal i totalentreprise. Kendelsen er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.2. Ingen af parterne havde foretaget forundersøgelser af jordbundsforholdene og nivellementsplaner over byggegrunden. Voldgiftsretten fandt både, at udbudsmaterialet var mangelfuldt ved ikke at indeholde oplysninger om terrænforskellene, og at totalentreprenøren ”(...) har begået fejl ved ikke forud for afgivelsen af tilbud at orientere sig tilstrækkeligt om forholdene på stedet med hensyn til niveauforskelle. Risikoen for de merudgifter, som niveauforskellene har påført projektet, findes herefter at burde fordeles ligeligt mellem parterne, (...).”¹⁵⁴ Voldgiftsretten benævner merudgifterne som en risikofordeling. Fordelingen blev imidlertid fastlagt ud fra, at begge parter ikke havde opfyldt sine forpligtelser til at undersøge og oplyse om terrænforskellene, hvorfor der tale om et ydelsesspørgsmål. Kendelsen er et eksempel på, at totalentreprenøren kan have en pligt til af egen drift at skulle ”orientere sig” om de stedlige forhold på byggegrunden.

Et andet eksempel er KFE 1994.120 VBA om opførelsen af et vandkraftværk, herunder en dæmning, i totalentreprise, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.2.5. I slutningen af Voldgiftsrettens begrundelse var det anført, at da totalentreprenøren ”uden nærmere undersøgelser” var indgået i kontrakten på at opføre en dæmning på ca. 13 meter til en vis kote, havde bygherren krav herpå uden merbetaling til totalentreprenøren.¹⁵⁵ Voldgiftsretten uddyber dog ikke,

¹⁵³ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 383.

¹⁵⁴ Jf. KFE 1978.15 VBA, s. 18. Vores udeladelser i parentes.

¹⁵⁵ Jf. KFE 1994.120 VBA, s. 125.

hvad der skal forstås ved ”uden nærmere undersøgelser”, og det er uvist, om begrundelsen relaterer sig til en præ- eller postkontraktuel undersøgelsespligt. I parternes aftale var det aftalt, at totalentreprenøren måtte udføre supplerende forundersøgelser, og at projektmæssige konsekvenser heraf var indeholdt i entreprisesummen. Det taler dog modsat for, at pligten måtte forstås som prækontraktuel, når det anføres, at totalentreprenøren var ”indgået i kontrakten” uden nærmere undersøgelser. Det har muligvis skærpet pligten, at totalentreprenøren havde stor erfaring i bygning af vandkraftværker.

Hvis totalentreprenøren faktisk besigtiger de stedlige forhold inden aftaleindgåelsen, herunder byggegrunden, må det antages, at dette kan medføre en pligt til at ”se sig godt for”, jf. KFE 2014.131 VBA om lunke i en tagkonstruktion ved renoveringen af en skole, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. I samme kendelse ses der dog at være grænser for totalentreprenørens prækontraktspligter. Voldgiftsretten anfører, at totalentreprenørens forpligtelse ikke indebærer, ”at han skal gennemføre nivellement af et tag som det foreliggende.”¹⁵⁶ I forlængelse af denne konstatering ses Voldgiftsretten at have tillagt det betydning, at totalentreprenøren ikke umiddelbart kunne se lunkerne ved besigtigelsen. Totalentreprenøren fik dermed tilkendt merbetaling for de uforudsete udgifter til opretningen af taget. Sammenholdt med KFE 1978.15 VBA ovenfor har der i disse kendelser i højere grad været tale om en orienteringspligt end en egentlig undersøgelsespligt (nivellementsundersøgelse) af totalentreprenøren. Det kan dog ikke afvises, at kendelsen er konkret begrundet, jf. ”af et tag som det foreliggende”, så der kan forekomme tilfælde, hvor totalentreprenøren ville kunne have pligt til at nivellere.

Heller ikke i KFE 1981.24 VBA blev totalentreprenøren fundet forpligtet til at foretage egentlige, supplerende undersøgelser før aftaleindgåelsen. Kendelsen omhandlede særegne kalkforekomster ved opførelsen af et større administrationsbyggeri og er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Voldgiftsretten udtalte, at totalentreprenørens fremgangsmåde havde været sædvanlig og normalt velegnet ved arbejde af denne art. Totalentreprenøren havde således projekteret i overensstemmelse med god projekteringsskik. Voldgiftsretten fandt, at der efter de forudgående forhandlinger og vedtagelsen af standardforbehold ikke var grund til for totalentreprenøren at have foretaget undersøgelser af kalken inden aftaleindgåelsen. Begrundelsen er konkret, da der henvises til de forudgående forhandlinger. Entreprenørforeningens standardforbehold forringer dog ikke kendelsens præjudikatværdi, da det var forgængerens til ABT 93 § 15, stk. 4.

¹⁵⁶ Jf. KFE 2014.131 VBA, s. 140.

I revisionsudvalgets bemærkninger til ABT 18 § 26, stk. 3 anføres totalentreprenørens undersøgelsespligt som ”supplerende”.¹⁵⁷ Hermed må forstås, at pligten fungerer som supplement til bygherrens undersøgelser. Udvalget indikerer således, at omfanget af totalentreprenørens undersøgelsespligt kan afhænge af omfanget af bygherrens undersøgelser og oplysninger i udbuddet. En sådan sammenhæng giver anledning til to spørgsmål. Vil totalentreprenørens prækontraktuelle undersøgelsespligt lempes, hvis bygherren har foretaget omfattende undersøgelser? Og vil pligten skærpes, hvis det modsatte er tilfældet? Der ses ikke at foreligge praksis, hvor der tages udtrykkeligt stilling til spørgsmålene. Der skal dog alligevel i det følgende at gøres nogle generelle overvejelser herom.

Om totalentreprenørens pligt vil lempes i takt med, at bygherren foretager mere omfattende undersøgelser

I henhold til ABT 18 § 18, stk. 1 og dertilhørende bemærkninger, skal totalentreprenøren alene præstere den projektering, som bygherren ikke præsterer.¹⁵⁸ Sammenholdes dette med, at totalentreprenørens forundersøgelsespligt er ”supplerende”, må det muligvis forstås sådan, at totalentreprenøren ikke skal foretage forundersøgelser, som allerede er foretaget af bygherren. Totalentreprenørens pligt vil da lempes i takt med, at bygherrens foretager mere omfattende undersøgelser.

Om totalentreprenørens pligt skærpes i takt med, at bygherren foretager ingen eller mindre omfattende undersøgelser

På baggrund af ovenstående vil en bygherre måske blive fristet til ikke at foretage forundersøgelser, hvis dette omvendt vil indebære en skærpet pligt for totalentreprenøren. Desuden kan bygherrens undersøgelser give anledning til fejl, som totalentreprenøren måske ikke bør opdage som led i sin eventuelle granskning.

Sådan en modsætningsslutning kan dog ikke umiddelbart drages, da besvarelsen af dette spørgsmål er mere nuanceret.

For det første vil der skulle foretages en selvstændig vurdering af, om bygherren har opfyldt sin undersøgelses- og oplysningspligt i ABT 18 §§ 4, stk. 2 og 26, stk. 3, jf. KFE 2013.398 VBA om opfyldning af en lergrav, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Efter de konkrete omstændigheder kan bygherren være forpligtet til at skulle iværksætte undersøgelser

¹⁵⁷ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 383.

¹⁵⁸ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 380.

for at opfylde sin pligt til at give fyldestgørende oplysninger. Af samme afgørelse indikeres, at bygherrens opfordringer i udbuddet til totalentreprenøren om at forundersøge ikke tillægges megen eller nogen vægt.

For det andet kan voldgiftspraksis i nærværende afsnit måske indikere, at det er sparsomt med tilfælde, hvor totalentreprenøren har været forpligtet til at foretage egentlige dybdegående undersøgelser. Derimod synes der i højere grad at være tale om en orienteringspligt. Dette kan begrundes med, at totalentreprenøren er under et tidspres og uden viden om, hvorvidt totalentreprenøren vil vinde opgaven, jf. KFE 2009.245 VBA, om udluftningskrav ved opførelsen af et stor, kombineret bolig- og erhvervsejendom, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1.

Og for det tredje må det forventes, at totalentreprenøren som den projekteringsansvarlige vil indkalkulere den forøgede usikkerhed for uforudsete hindringer, som manglende forundersøgelser vil kunne indebære.

3.2.7 Delkonklusion

Når der aftales totalentreprise, vil totalentreprenøren som udgangspunkt bære ansvaret for hele projekteringen. Dette gælder også eventuel oplysning og undersøgelse for hindringer i byggegrunden.

I voldgiftspraksis ses der dog at gælde en grænse for, hvor meget bygherren kan forlange af totalentreprenøren projekteringsforpligtelse i det prækontraktuelle forløb. Totalentreprenøren kan dog være forpligtet til at foretage visse ”forundersøgelser” af byggegrunden i overensstemmelse med god projekteringsskik. Der er i vidt omfang lagt op til en konkret vurdering af, om totalentreprenøren skal undersøge eller ej, og *hvilke* hindringer der skal undersøges efter.

Generelt kan totalentreprenøren kun være forpligtet til at skulle undersøge for hindringer, der er relevante for tilbudskalkulationen. Totalentreprenøren må herved tage udgangspunkt i bygherrens udbudsmateriale og i øvrigt vurdere oplysningsbehovet ud fra det konkrete projekt og byggegrunden.

Hvad der nærmere ligger i undersøgelsespligten fremstår dog ikke klart. Totalentreprenøren kan have en vis pligt til at granske og efterprøve bygherrens udbudsprojekt for eventuelle fejl og mangler, men omfanget af sådanne pligter ses at være af begrænset omfang, hvis totalentreprenøren er under et tidspres fra en tilbudsfrist.

Der er enkelte eksempler i praksis på, at totalentreprenøren havde pligt til at undersøge byggegrunden. Pligten har muligvis mere karakter af en orienteringspligt end en egentlig undersøgelsespligt. Kravene til totalentreprenørens agtpågivenhed vil dog i sådanne tilfælde kunne skærpes i takt med, at totalentreprenøren har specialistviden eller stor erfaring. Desuden må undersøgelsespligten anses for supplerende i forhold til bygherrens oplysningspligt, hvilket kan lempe totalentreprenørens pligt, hvis bygherren selv har foretaget omfattende undersøgelser.

3.3 Totalentrepriseparternes misligholdelse af de indbyrdes oplysnings- og undersøgelsesforpligtelser

Hvis bygherren ikke opfylder sine pligter til at sikre et klart og entydigt udbud efter ABT 18 § 4, stk. 2, og til at give oplysninger om hindringer ved byggegrunden efter ABT 18 § 26, stk. 3, vil der foreligge en udbudsfejl eller -mangel. De almindelige regler om udbudsmangler gælder også for totalentreprise, hvorfor totalentreprenøren efter omstændighederne vil kunne kræve ekstraarbejder betalt, tidsfristforlængelse, standsning og eventuelt erstatning for andet tab, hvis erstatningsbetingelserne er opfyldt. For nærmere gennemgang af totalentreprenørens mangelsbeføjelser henvises der til den almindelige entrepriseretlige litteratur.

Hvis totalentreprenøren ikke opfylder sin projekteringspligt efter ABT 18 § 18, stk. 1, vil der foreligge en projekteringsfejl eller -mangel. Dette kan være tilfældet, hvis totalentreprenøren ikke har opfyldt god projekteringskik ved ikke at have foretaget præ- eller postkontraktuel forundersøgelse af byggegrunden, og der senere opdages en hindring. I totalentreprise skal projekteringsfejl og -mangler behandles som udførelsesmangler i, hvorfor totalentreprenøren hæfter herfor på objektivet grundlag. Bygherren vil således efter omstændighederne kunne kræve afhjælpning, afhjælpningsgodtgørelse, afslag og eventuelt erstatning for følgetab udover ABT 18 § 51, hvis erstatningsbetingelserne er opfyldt. Hvis hindringen medfører forsinkelse, og totalentreprenøren ikke har ret til tidsfristforlængelse, vil bygherren eventuelt også kunne kræve vedtagne dagbøder. For nærmere gennemgang af bygherrens mangelsbeføjelser henvises der til den almindelige entrepriseretlige litteratur.

I praksis ses der at forekomme tilfælde, hvor den manglende forudsigelse af en hindring ved byggegrunden skyldes, at hverken bygherren eller totalentreprenøren har opfyldt sine oplysnings- og undersøgelsespligter. Dette kan ske, hvis bygherren burde have undersøgt eller oplyst om hindringen i udbuddet, men totalentreprenøren til trods herfor selv burde have opdaget hin-

dringen som led i sin præ- eller postkontraktuelle projektering. I sådanne tilfælde vil totalentreprenøren som den projekterende part hæfte herfor som en projekteringsfejl- eller mangel, jf. KFE 2013.398 VBA om opfyldning af en lergrav, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1. Voldgiftsretten fandt, at bygherrens udbudsmateriale var mangelfuldt, da det burde have indeholdt undersøgelser af søbunden. Men da der var tale om totalentreprise, burde totalentreprenøren selv have forestået undersøgelser heraf som led i sin projekteringspligt. Bygherrens udbudsmangel kunne ikke føre til, at totalentreprenøren blev fritaget for sit projekteringsansvar.

3.4 Aftalens betydning

3.4.1 Indledende bemærkninger

I forrige afsnit er både bygherren og totalentreprenørens prækontraktuelle forpligtelser, vedrørende oplysning om og undersøgelse af byggegrunden, gennemgået. Dette kapitel vil handle om, hvorvidt parterne i tilbuddet, accepten eller totalentreprisekontrakten kan påvirke disse pligter. Afsnittet vil dog særligt omhandle betydningen af aftalte tilføjelser, fravigelser, ansvarsfraskrivelser, forbehold etc. i forhold til ABT 18.

Af ABT 18 § 6, stk. 1 fremgår, at en totalentrepriseraftale ” (...) indgås ved skriftlig accept af det afgivne tilbud eller ved underskrivelse af en totalentreprisekontrakt.” Den valgte løsning afhænger af, om bygherren kan acceptere totalentreprenørens første tilbud, eller om der er behov for yderligere forhandlinger og præciseringer af aftalegrundlaget.¹⁵⁹

3.4.2 Tilbuddet

Som nævnt ovenfor kan entrepriseraftaler indgås ved bygherrens accept af totalentreprenørens afgivne tilbud, jf. ABT 18 § 6, stk. 1. Tilbuddet reguleres nærmere i ABT 18 § 5.

Accepteres totalentreprenørens tilbud, vil det ikke være nødvendigt at indgå en særskilt kontrakt, selvom det anbefales grundet kontraktforholdets komplicerede natur.¹⁶⁰ I det tilfælde, vil parternes tilbud og accept udgøre aftalegrundlaget. Hvis totalentreprenøren har taget forbehold og lignende om eksempelvis jordbundsforholdene i tilbuddet, vil disse således indgå i selve kontrakten ved bygherrens accept.

¹⁵⁹ Jf. Boesgaard, Fausing og Hansen, AB 18 for praktikere, s. 31.

¹⁶⁰ Jf. Hørlyck, Entreprise, s. 61.

Da tilbuddet er udarbejdet af totalentreprenøren, synes der at være mulighed for, at der ved tvivl om tilbuddets indhold, fortolkes efter koncipistreglen. I så fald vil koncipistreglen medføre, at uklarhederne fortolkes til ugunst for totalentreprenøren. Dette vil kunne få betydning for fortolkningen af totalentreprenørens eventuelle forbehold og lignende.

Totalentreprenørens tilbuds- og projektgennemgang efter ABT 18 § 17, stk. 1, vil ikke kunne ændre på dette, eftersom tilbuds- og projektgennemgangen først skal gennemføres efter aftaleindgåelsen.¹⁶¹ Af ABT 18 § 21, stk. 7 fremgår, at tilbuds- og projektgennemgangen i henhold til § 17, ikke indskrænker ”... *entreprenørens ansvar for projektet eller arbejdet i øvrigt.*” En sådan gennemgang påvirker derfor ikke totalentreprenørens projekteringsansvar.

Hvis bygherren ikke accepterer totalentreprenørens tilbud, men parterne efterfølgende indgår en fælles entreprisekontrakt, vil tilbuddet stadig kunne anvendes ved aftalefortolkning, jf. ABT 18 § 6, stk. 3. I dette tilfælde vil tilbuddet dog være lavere rangeret end entreprisekontakten, jf. ABT 18 § 6, stk. 3, litra a og litra c.

3.4.3 Forskellige klausulers påvirkning

Dette kandidatspeciale tager udgangspunkt i et aftaleforhold, hvor ABT 18 er aftalt blankt mellem parterne. Det er dog muligt at fravige ABT 18, der i det hele er deklatorisk. Revisionsudvalget bemærker i den forbindelse, at fravigelser kun bør foretages i tilfælde, hvor disse er velbegrundede og nødvendige for indgåelsen af aftalen. Dettens skyldes, at vilkårene er udarbejdet af branchens parter og ud fra en hensigt om, at de skal kunne anvendes i sin helhed uden fravigelser.¹⁶²

Af ABT 18 § 1, stk. 2 fremgår: ”*Fravigelse af betingelserne gælder kun, når det tydeligt og udtrykkeligt angives i aftalen, på hvilke punkter fravigelse skal ske.*” Dette illustreres i KFE 2009.287 VBA, hvor et forbehold ikke kunne opretholdes, da totalentreprenøren ikke havde taget et ”...*klart og tydeligt forbehold...*”¹⁶³ Hørlyck anfører dog til bestemmelsen om det samme i ABT 93 § 1, stk. 3, at den næppe har nogen særlig retsvirkning, da der gælder aftalefrihed.¹⁶⁴ Genstanden for den følgende behandling er, hvorledes praksis forholder sig til parternes individuelle fravigelser til ABT.

¹⁶¹ Jf. Revisionsbetænkningen, s. 380.

¹⁶² Jf. Revisionsbetænkningen, s. 13.

¹⁶³ Jf. KFE 2009.287 VBA, s. 291.

¹⁶⁴ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 55.

3.4.3.1 Fravigelser, der ikke respekteres

Hansen angiver, at praksis har været tilbageholdende med at anerkende tilføjelser og fravigelser i forhold til bestemmelserne i ABT, selvom de fremstår klare og tydelige.¹⁶⁵ Opfattelsen er dog kritiseret af Hørlyck, der mener at Hansens opfattelse utvivlsomt er uholdbar. Denne påstand fremsættes med henvisning til TBB 2016.606, der er skrevet af Hørlyck selv. Artiklen savner dog en nærmere begrundelse og kildehenvisning for disse påstande, da Hørlycks eneste kilde er Hørlycks egne erfaringer: *”Forfatteren af disse linjer, der har ført adskillige voldgifts-sager hvert år siden 1975, har aldrig oplevet, at en VBA-voldgiftsret ikke har respekteret en aftale.”*¹⁶⁶ De to forfattere synes derfor at være langt fra enige om Voldgiftsrettens tendens til at respektere parternes individuelt udformede klausuler.

På trods af Hørlycks opfattelse, findes der i praksis en række eksempler på individuelle vilkår, der ikke respekteres.

I KFE 2009.245 VBA fremgik følgende generelle forbehold af entrepriseaftalen, at: *”(...) totalentreprenøren ej heller i øvrigt på nogen måde vil kunne påberåbe sig, at projektmaterialiet (i udbuddet) har været utilstrækkeligt og/eller mangelfuldt.”*¹⁶⁷ På trods af dette blev udbudsmaterialet fundet mangelfuldt med henvisning til ABT 93 § 2, stk. 2. Totalentreprenøren fik derfor ret til tidsfristforlængelse.¹⁶⁸

I KFE 1978.15 VBA, hvor det fremgik af byggeriets betingelser og beskrivelser, at *” (...) al afsætning påhvilede entreprenøren, og at der ikke var foretaget særlige jordbundsundersøgelser.”* På trods af dette fandt Voldgiftsretten, at uanset om der forelå totalentreprise, udgjorde de manglende oplysninger om terrænforskelle *”(...) en fejl ved udbudsmaterialet.”* Totalentreprenøren burde dog have været opmærksom på disse terrænforskelle, hvorfor parterne hver måtte bære halvdelen af de påførte ekstraomkostninger.¹⁶⁹

Kendelserne illustrerer, at selv klare forbehold ikke tillægges betydning af Voldgiftsretten. I kendelserne begrundes dette ikke nærmere. Hansen kritiserer dog, at der i sådanne tilfælde tages hensyn til totalentreprenøren, da han mener, at dennes projekteringspligt medfører gode forudsætninger for at kende projektet, hvorfor disse individuelle klausuler bør respekteres.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Jf. Hansen, TBB 2010.539.

¹⁶⁶ Jf. Hørlyck, TBB 2016.606.

¹⁶⁷ Jf. KFE 2009.245 VBA, s. 251. Vores tilføjelser i parentes.

¹⁶⁸ Jf. KFE 2009.245 VBA, s. 258-259.

¹⁶⁹ Jf. KFE 1978.15 VBA, s. 16 og 18.

¹⁷⁰ Jf. Hansen, TBB 2010.539.

3.4.3.2 Fravigelser, der respekteres

Der forekommer imidlertid også tilfælde, hvor individuelle klausuler respekteres. Disse optræder dog ikke i samme omfang som klausuler, der ikke respekteres.

Af nyere praksis kan henvises til TBB 2018.669 VBA.

TBB 2018.669 VBA omhandlede et supermarked, der skulle opføres tæt på en skråning. Arbejdet skulle udføres i totalentreprise. Af entreprisekontrakten fremgik, at *”(b)ygningen er kommet meget tæt på skrænten, hvilket der kan give problemer i forbindelse med funderingen og Totalentreprenøren tager forbehold for dette.”* Efter byggeriets iværksættelse skete der skred i skråningen, hvorefter der opstod uenighed om, hvem der skulle bære det økonomiske ansvar herfor. Ansvar blev placeret hos totalentreprenøren. Voldgiftsretten lagde bl.a. til grund for denne beslutning, at totalentreprenøren kun havde taget forbehold for *funderingen* og ikke for skred i skråningen.

Det vides således ikke, hvordan Voldgiftsretten havde forholdt sig, hvis forbeholdet også havde omtalt skråningens stabilitet. Voldgiftsretten udtalte dog om forbeholdet, at det *”... indeholder ikke en så tydelig angivelse af forholdet, at TE kan anses for at have fraskrevet sig ansvaret for de ekstra udgifter...”* Kendelsen illustrer under alle omstændigheder, at forbeholdet fortolkes indskrænkende og imod koncipisten, der i dette tilfælde var totalentreprenøren.

I KFE 2009.265 VBA havde bygherren udbudt opførelsen af et domicilbyggeri i totalentreprise. Under kontraktforhandlingerne fremsatte bygherren ønske om, at totalentreprenøren skulle overtage ansvaret for *”... grunden som sådan...”* På baggrund af disse ønsker bekræftede totalentreprenøren via både mail og sit tilbudsbrev, at denne ville overtage ansvaret for funderingen. Desuden fremgik det af fællesbetingelserne, der var en del af entrepriseaftalen, at totalentreprenøren skulle overtage *”... ansvaret for det samlede projekt, herunder også for det projektmateriale, som måtte være udarbejdet af eksterne rådgivere forud for accept af tilbuddet.”* og at *”(t)otalentreprenøren bærer det fulde ansvar for funderingen og den midlertidige grundvandssænkning.”*¹⁷¹ Efter arbejdets igangsættelse opstod der problemer med spunsningen grundet usædvanligt store sten i byggegrunden. Totalentreprenøren fremsatte krav om betaling for de yderligere arbejder, dette påførte ham. Voldgiftsretten gav ikke totalentreprenøren medhold i dette krav, da totalentreprenøren havde påtaget sig det fulde ansvar for funderingen. Grundet tilføjelsen af de to individuelle klausuler mente Voldgiftsretten, at det fulde ansvar for funderingen ikke kun omfattede ansvaret for bygningens bæreevne og selve fundamentets dimensionering, men også måtte omfatte spunsningen.

Kendelsen er et eksempel på, at individuelle klausuler med tilføjelse/fravigelse i forhold til ABT blev opretholdt af Voldgiftsretten. Det har muligvis været udslagsgivende, at klausulerne

¹⁷¹ Jf. KFE 2009.265 VBA, s. 266.

var vedtaget som fællesbetingelser, og at klausulen vedrørende funderingen fremstod meget konkret. Voldgiftsretten har derved muligvis fundet, at fravigelserne var tilstrækkeligt tydeligt angivet i aftalen.

3.4.4 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående gennemgang af praksis er det svært at udlede nogle generelle retningslinjer. Dette skyldes først og fremmest, at Voldgiftsretten er meget kortfattet i sine begrundelser for fravigelsernes betydning. Det fremstår således også usikkert, om Voldgiftsretten ikke respekterer fravigelserne, fordi de ikke er tydelige og udtrykkelige, eller om der blot er tale om aftalefortolkning mod affatteren.

Under alle omstændigheder synes Voldgiftsretten at være tilbageholdende med at tillægge generelle og ensidigt affattede forbehold og lignende betydning i praksis. Dette ses også at gælde forbehold vedrørende byggegrunden. Det er dog set, at konkrete og tydelige forbehold er tillagt betydning, så ansvaret for forhold ved byggegrunden overføres til modparten. Dette var tilfældet i KFE 2009.265 VBA netop ovenfor. Praksis synes derfor i en vis grad at lægge sig op ad revisionsudvalgets anbefalinger om ikke at fravige ABT 18.¹⁷²

4 Kapitel 4 – Risiko

4.1 Risikobegrebet

I dette kandidatspeciale defineres risiko som det tilfælde, hvor begge parter har opfyldt sine ydelser korrekt og ikke er erstatningsansvarlige. Der er med andre ord tale om situationer, hvor hændelige forhold medfører en hindring, som ikke burde være iagttaget af parterne.

Det obligationsretlige udgangspunkt er, at ejeren selv bærer risikoen for egne ejendele, hvorfor ejeren som udgangspunkt ikke kan rette krav mod andre, såfremt disse bortkommer eller beskadiges.¹⁷³

¹⁷² Jf. Revisionsbetænkningen, s. 13.

¹⁷³ Jf. Bryde Andersen og Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, s. 146-147.

Denne opfattelse betyder i en entrepriseretlig kontekst, at bygherren som ejer af byggegrunden må bære risikoen for denne, hvilket også er udgangspunktet i traditionel entreprise.¹⁷⁴

Risikobegrebet optræder dog med forskellig anvendelse i entrepriseretten. Hørlyck har anlagt et forholdsvis bredt risikobegreb, da bl.a. ”... *udførelse af ekstraarbejder, rettelse af projektfejl, offentlige pålæg, og mange andre forhold...*” omfattes af hans risikobegreb.¹⁷⁵ Hørlyck synes desuden at inddrage en skyldvurdering i sit risikobegreb, hvilket adskiller sig fra den klassiske obligationsretlige forståelse af begrebet.¹⁷⁶ Bl.a. Vagner anvender et risikobegreb, der kun omfatter hændelige begivenheder,¹⁷⁷ hvilket synes nærmere det risikobegreb, der er kendt i den almindelige kontrakts- og obligationsret.¹⁷⁸ Disse forskellige opfattelser har medført et uklart billede af risikobegrebet i entrepriseretten, hvilket også ses i praksis. Udtalelser som ”... *(p)arterne er uenige om, hvem der bærer ansvaret for risikoen...*”¹⁷⁹ er således med til at skabe et uklart billede af, hvornår der foreligger et ansvar, og hvornår der foreligger et risikospørgsmål.

I ABT 18 omhandler § 27 risikoens overgang. Denne bestemmelse omhandler dog kun ”... *skade på eller bortkomst af arbejde og materialer.*” Da dette kandidatspeciale alene omhandler oprindelige hindringer ved byggegrunden, og ikke skade på materialer og arbejder, findes § 27 ikke relevant for de risikospørgsmål, der søges belyst i kandidatspecialet.

4.2 Ydelse eller risiko?

Spørgsmålet om risiko har løbende været en del af overvejelserne i dette kandidatspeciale. Gennemgående har dog været, at tvisterne om uforudsete hindringer ved byggegrunden i praksis i vidt omfang afgøres ud fra ydelsesbetragtninger. Dette viser sig ved, at enten bygherren eller totalentreprenøren ikke har opfyldt deres indbyrdes oplysnings- eller undersøgelsesforpligtelser. I praksis ses der således kun at være efterladt et meget lille ”rum” for afgørelse efter et risikobegreb, som det er defineret i dette kandidatspeciale.

¹⁷⁴ Iversen, *Entrepriseretten*, s. 233 og Skovsgaard, *Entreprenørens ekstraarbejder*, s. 132 med henvisning til s. 116-117.

¹⁷⁵ Jf. Hørlyck, *Totalentreprise*, s. 159.

¹⁷⁶ Jf. Hansen, *Det Entrepriseretlige Hjemmelsproblem*, s. 374.

¹⁷⁷ Jf. Vagner v. Iversen, *Entrepriseret*, s. 91ff.

¹⁷⁸ Jf. Hansen, *Det Entrepriseretlige Hjemmelsproblem*, s. 370.

¹⁷⁹ Jf. TBB2018.669 VBA.

En del af begrundelsen bag dette er muligvis, at totalentrepriseparternes forpligtelser til at afdække hindringer ved byggegrunden efter omstændighederne kan være forholdsvis omfattende. Der foreligger således praksis, der pålægger totalentreprisebygherren forpligtelser til at tilvejebringe oplysninger om usædvanlige hindringer ved iværksættelse af egentlige undersøgelser. Samtidig foreligger der praksis, hvorefter totalentreprenøren har en granskningspligt i forhold til projekteringsfejl og -mangler i udbuddet, samt en pligt til selvstændigt at orientere sig om forholdene på byggegrunden inden aftaleindgåelsen. Parternes forpligtelser ses endda at kunne overlappe, så begge parter burde have gjort bestræbelser på at afdække hindringerne, jf. eksempelvis KFE 2013.398 VBA om opfyldningen af en lergrav, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1.

En anden begrundelse kan være, at totalentrepriseparternes ydelser i et vist omfang er dynamiske. Dette skyldes, at totalentreprenøren skal forestå den del af projekteringen, som bygherren ikke forestår, jf. ABT 18 § 18, stk. 1. Totalentreprenøren er dermed, særligt i detailprojekteringsforløbet efter aftaleindgåelsen, forpligtet til at forestå de nødvendige, dybdegående undersøgelser for at præstere resultatet.

Til trods herfor skal der i det følgende foretages en undersøgelse af, hvem der vil bære risikoen for uforudsete hindringer i byggegrunden, når begge parter har opfyldt hver sin ydelse korrekt i totalentreprise. Spørgsmålet er, om totalentrepriseformen medfører, at byggegrunden ikke længere er en bygherrisiko som i traditionel entreprise.

4.3 Risikospørgsmålet i henhold til praksis

Der foreligger kun meget få afgørelser, hvor resultatet *muligvis* kan begrundes ud fra risikobetragtninger. I dette afsnit skal denne praksis nærmere behandles.

KFE 2009.265 VBA, omhandlede udfordringer ved funderingen som følge af store sten ved opførelsen af et domicilbyggeri udbudt i totalentreprise. Under byggeriet opstod der problemer med spunsningen grundet usædvanligt mange store sten i jorden. Bygherrens udbudsmateriale indeholdt en geoteknisk rapport, der var udarbejdet af dennes rådgiver. Totalentreprenøren overtog efter aftaleindgåelsen såvel projekteringen (rapporten) som rådgiveren, der herefter agerede underentreprenør for totalentreprenøren. Rapporten indgik således som en del af både bygherrens og totalentreprenørens projekteringsmateriale. Om den geotekniske rapport udtalte skønsmanden, at denne: *”... var dækkende for bundens beskaffenhed (...), og at han ikke hverken som rådgiver eller som*

entreprenør ville have forlangt flere boringer.”¹⁸⁰ Bygherren blev frifundet for totalentreprenørens krav, da totalentreprenøren havde påtaget sig ansvaret for både bygningens bæreevne og dimensioneringen af fundamentet, men også for ”... spunsningen, idet udførelsen heraf [var] en nødvendig forudsætning for fundering af bygningen som sådan.”

Voldgiftsretten begrundes således sit resultat med, at totalentreprenøren havde påtaget sig *ansvaret* for funderingen og derfor også bar *ansvaret* for den nødvendige spunsning. Begrundelsen er blevet kritiseret i litteraturen, hvor det anføres, at tvisten er udtryk for et spørgsmål om risiko og ikke et spørgsmål om ansvar.¹⁸¹ At resultatet bygger på en risikobetragtning skyldes, at ingen af parterne havde forsømt sine forpligtelser til at oplyse og undersøge for hindringerne. Dette indikeres ved skønsmandens udtalelse ovenfor, hvor det angives, at de foretagne undersøgelser var i overensstemmelse med, hvad der kunne forventes. Såfremt denne analyse er korrekt, måtte totalentreprenøren bære risikoen for de uforudsete hindringer ved byggegrunden.

I afgørelsen var det særlige dog, at det af adskillige gange var særskilt aftalt, at totalentreprenøren måtte bære ansvaret for funderingen. Spørgsmålet bliver da, om afgørelsens resultat er udtryk for det deklaratoriske udgangspunkt vedrørende risikofordelingen for byggegrunden i totalentreprise, eller om de omtalte ansvarsklausuler udgjorde en aftale om totalentreprenørens påtagelse af risikoen. Der foreligger ingen afklaring på spørgsmålet, hvorfor afgørelsen udgør et usikkert præjudikat for retsstillingen.

I KFE 1981.24 VBA om usædvanlige kalkforekomster i byggegrunden, der er refereret ovenfor i kapitel 3, afsnit 3.1.2.2.1, kan resultatet muligvis også være udtryk for risikobetragtninger.

Voldgiftsretten fandt, at udbudsmaterialet indeholdt ”utilstrækkelige oplysninger”, da oplysninger om særegne kalkforekomster ikke var indeholdt i udbudsmaterialet. Totalentreprenøren blev derfor tilkendt meromsætningerne for udfordringerne med kalken betalt som ekstraarbejde, dog med fradrag på ¼, da totalentreprenøren selv burde have forudset visse af hindringerne.

Det forhold, at Voldgiftsretten anvender begrebet ”utilstrækkelige oplysninger” om udbudsmaterialet, indikerer, at bygherren ikke havde opfyldt sin pligt til at give fyldestgørende oplysninger. Begrebsanvendelsen indikerer således umiddelbart en ydelsesbetragtning.

¹⁸⁰ Jf. KFE 2009.265 VBA, s. 266.

¹⁸¹ Jf. Skovsgaard, Entreprenørens ekstraarbejder, s. 131 – 133 og TBB 2008.727, side 1, note 3.

Bygherren *havde* imidlertid foretaget visse boringsundersøgelser, og Voldgiftsretten nævner ikke, om bygherren burde have foretaget mere dybdegående undersøgelser. Voldgiftsretten angiver desuden, at det var tvivlsomt, hvorvidt en eventuel supplerende undersøgelse foretaget af totalentreprenøren ville have vist "(...) *at der forelå de særlige forhold med hensyn til kal-ken...*"¹⁸² Voldgiftsretten begrundes således ikke nærmere, hvorfor bygherren havde givet utilstrækkelige oplysninger. Det synes nærmere at være en objektiv konstatering af, at eftersom der forelå særlige hindringer, og eftersom totalentreprenøren ikke kunne forudse disse, måtte bygherren bære ansvaret herfor.

Med disse begrundelser var der muligvis ikke noget at bebrejde bygherren, hvorfor der kunne være tale om en risikobetragtning til trods for begrebsanvendelsen. Hvis dette var tilfældet, illustrerer kendelsen, at bygherren også bærer risikoen for uforudsete hindringer ved byggegrunden i totalentreprise. Kendelsen må dog anses for et usikkert præjudikat herfor, da Voldgiftsretten ikke nærmere begrundes, hvor bygherren havde givet "utilstrækkelige oplysninger".

Som det netop er gennemgået, foreligger der ikke nogen tydelige eksempler fra praksis, hvoraf risikofordelingen for uforudsete hindringer ved byggegrunden i totalentreprise umiddelbart afklares.

4.4 Behandlingen af risikospørgsmålet i litteraturen

I litteraturen er det imidlertid anført, at bygherren også i totalentreprise som udgangspunkt må bære risikoen for jordbundsforholdene. Der henvises ikke til en nærmere hjemmel for dette udgangspunkt, men henvises til fire momenter, som dog er anført i et afsnit om traditionel entreprise.¹⁸³

For det første henvises til det obligationsretlige udgangspunkt¹⁸⁴ om, at en ejer må bære risikoen for sin ejendom, hvilket i dette tilfælde vil være bygherren. *For det andet* fremhæves, at da bygherren er ejeren af byggegrunden, må bygherren også have de bedste forudsætninger for at kende jordbundsforholdene ved denne. *For det tredje* angives, at hvis bygherren ikke fremskaffer og viderebringer oplysninger om byggegrunden til de bydende entreprenører, vil de alle skulle foretage hver sin undersøgelse af byggegrunden, hvilket vil være uhensigtsmæssig af

¹⁸² Jf. KFE 1981.24 VBA, s. 34. Vores udeladelser i parentes.

¹⁸³ Jf. Skovsgaard, Entreprenørens ekstraarbejder, s. 132 med henvisning til samme bog s. 116 – 117.

¹⁸⁴ Jf. Bryde Andersen og Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, s. 146 – 147.

hensyn til entreprenørernes ressourcer. *For det fjerde* anføres, at hvis byggegrunden var entreprenørens risiko, ville den blive indkalkuleret i tilbudsprisen for at skabe en større økonomisk sikkerhedsmargen for entreprenøren. En sådan sikkerhedsmargen vil oftest kunne tænkes at være større end de reelle udgifter, som risikoen ville kunne påføre entreprenøren. Dermed vil entreprenørens overtagelse af risikoen for byggegrunden næppe være i bygherrens interesse.

Som nævnt henviser forfatteren af de ovennævnte momenter til et afsnit om risikoen for byggegrunden i traditionel entreprise, når han begrunder sit synspunkt for totalentreprise. Hvilket af momenterne, der er afgørende for at placere risikoen hos totalentreprenøren, er ikke fremhævet.¹⁸⁵ Det kan dog ikke tages for givet, at samme momenter gælder og har ens vægt i totalentreprise som i traditionel entreprise.

I relation til totalentrepriseformen, vil det første moment stadig være relevant, da det obligationsretlige udgangspunkt om, at ejeren bærer risikoen for sin ejendom, også vil gælde i totalentreprise.

Hensynet bag det andet moment, om kendskabet til byggegrunden, kan imidlertid give anledning til tvivl. I totalentreprise udfører totalentreprenøren den væsentligste del af projekteringen og bærer som udgangspunkt det fulde projekteringsansvar. Som led heri er totalentreprenøren forpligtet til om nødvendigt at foretage dybdegående undersøgelser af byggegrunden for at kunne præstere et resultat. I henhold til voldgiftspraksis gælder der dog en grænse for totalentreprenørens projekteringsansvar, der særligt viser sig i det prækontraktuelle forløb, hvor han er under et tidspres fra tilbudsfristen. Som det er gennemgået i kapitel 3, afsnit 3.2.5 og 3.2.6 synes praksis dog at indikere, at totalentreprenøren i højere grad har en prækontraktuel orienterings- og granskningspligt end en egentlig undersøgelsespligt. Det er således først som led i detailprojekteringen, at totalentreprenøren får det dybdegående kendskab til byggegrunden. I voldgiftspraksis ses bygherren også i totalentreprise efter omstændigheder at kunne have en egentlig pligt til at foretage undersøgelser af byggegrunden og oplyse totalentreprenøren herom. Der henvises til kapitel 3, afsnit 3.1.2 for nærmere gennemgang heraf. Hensynet om, at bygherren har den bedste kendskab til byggegrunden, har således ikke helt samme vægt som for traditionel entreprise, da også totalentreprenøren i en vis grad må orientere sig om forholdene.

¹⁸⁵ Jf. Skovsgaard, Entreprenørens ekstraarbejder, s. 131 – 133.

Det tredje moment, omhandlende samfundsøkonomiske hensyn, vil også være gældende i totalentreprise, da der også her kan spildes ressourcer ved at lade flere totalentreprenører foretage samme undersøgelser.

Det fjerde moment, omhandlende entreprenørens priskalkulation, vil ligeledes være gældende i totalentreprise, da det også her kan tænkes, at totalentreprenøren vil indkalkulere den øgede risiko i sin tilbudspris.

Ud fra en samlet vurdering af disse momenter synes pilen at pege mod totalentreprisebygherren som den risikobærende part, når det kommer til risikoen for uforudsete hindringer ved byggegrunden.

Hørlyck har dog en mere nuanceret opfattelse af risikofordelingen for uforudsete hindringer ved byggegrunden. I sin behandling af spørgsmålet inddrager han flere af de samme hensyn¹⁸⁶ og anfører, at udgangspunktet for risikofordelingen må være den samme som i traditionel entreprise – at bygherren bærer risikoen.¹⁸⁷ I forlængelse heraf anfører han dog, at totalentreprenøren i et vist omfang må bære risikoen for, at opgaven viser sig mere byrdefuld end antaget, da det er totalentreprenøren, som skal forestå projekteringen og de dertil knyttede undersøgelser og beregninger.¹⁸⁸ Hørlyck synes da at tillægge det stor vægt, at totalentreprenøren har de bedste forudsætninger for at vide, hvilke udfordringer projekteringen kan give anledning til. Det skal dog bemærkes, at Hørlyck ikke er konsekvent i sin anvendelse af risikobegrebet, hvorfor der er en sandsynlighed for, han også i denne sammenhæng inddrager visse skyldbetragtninger. Hørlyck repræsenterer således muligvis resultatet i KFE 2009.265 VBA, om udfordringer ved funderingen som følge af store sten ved opførelsen af et domicilbyggeri. Dette gør sig dog kun gældende, hvis afgørelsen skal forstås sådan, at de særskilte vilkår om ansvaret ikke udgjorde en aftale om overførslen af risikoen på totalentreprenøren.

4.5 Delkonklusion

I overensstemmelse med det obligationsretlige udgangspunkt om, at ejeren bærer risikoen for sine egne ejendele, bærer bygherren i traditionel entreprise risikoen for uforudsete hindringer ved byggegrunden. Der foreligger dog ikke praksis, hvori der klart tages stilling til, om det samme gør sig gældende for totalentreprise. Begrundelsen bag den sparsomme praksis herom

¹⁸⁶ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 164-165.

¹⁸⁷ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 160-161.

¹⁸⁸ Jf. Hørlyck, Totalentreprise, s. 160-161.

er muligvis, at parternes prækontraktuelle forpligtelser har et omfang, der ikke rummer meget plads til rene risikobetragtninger. Risikobegrebet er imidlertid blevet anvendt forskelligt i både den entrepriseretlige litteratur og praksis, hvorfor der foreligger en sandsynlighed for, at visse afgørelser anlægger en risikobetragtning til trods for sin brug af ydelsesbegreber. Ud fra en række samlede hensyn, som er diskuteret i litteraturen, er der dog mest, der taler for, at også bygherren i totalentreprise må bære risikoen. Retsstillingen må dog anses for usikker.

5 Kapitel 5 – Sammenfatning

Ved udførelse af bygge- og anlægsopgaver giver byggegrunden anledning til usikkerhed for entrepriseparterne, da der kan foreligge skjulte hindringer, som kan medføre fordyrelser og forsinkelser for den part, der ender med at skulle hæfte herfor.

Denne usikkerhed gør sig særligt gældende i totalentreprise. Dette skyldes, at detailprojekteringen, der indeholder de detaljerede undersøgelser, typisk først foretages af totalentreprenøren efter aftaleindgåelsen, hvor parterne allerede har aftalt en bindende fastpris og afleveringsfrist for opgaven. Dermed forøges også sandsynligheden for, at hindringer ved byggegrunden først opdages efter aftaleindgåelsen, som totalentreprenøren ikke har indkalkuleret i sit tilbud.

Formålet med kandidatspecialet har været at undersøge, i hvilket omfang totalentrepriserparterne er forpligtede til at gøre bestræbelser på at afdække hindringer ved byggegrunden i den prækontraktuelle fase.

Det kan på baggrund af ovenstående undersøgelse konkluderes, at parternes hæftelse for skjulte hindringer ved byggegrunden i vidt omfang afgøres ud fra ydelsesbetragtninger. Totalentrepriserparterne er således underlagt visse oplysnings- og undersøgelsesforpligtelser, som skal iagttages inden aftaleindgåelsen.

Bygherren har også i totalentreprise en forholdsvis vidtgående forpligtelse til at sikre et klart og entydigt udbud, jf. ABT 18 § 4, stk. 2, og give fyldestgørende oplysninger om eventuelle hindringer ved byggegrunden, jf. ABT 18 § 26, stk. 3. Den nærmere afgrænsning af disse pligter er dog ikke klar, hvilket først og fremmest skyldes, at der er tale om en meget konkret vurdering. Bygherren skal give oplysninger om hindringer, der er relevante for totalentreprenørens tilbudskalkulation, og må i vurderingen heraf tage udgangspunkt i det konkrete projekt og den konkrete byggegrund. Der synes ikke at foreligge nogen minimumsgrænse for, hvornår byg-

herren har givet fyldestgørende oplysninger, men bygherren skal særligt søge at afdække usædvanlige hindringer og kan være forpligtet til at iværksætte egentlige undersøgelser for at opfylde dette.

Når der aftales totalentreprise, bærer totalentreprenøren som udgangspunktet ansvaret for hele projekteringen. Dette gælder også eventuel undersøgelse af byggegrunden for hindringer. Efter voldgiftspraksis gælder der dog en grænse for, hvad der kan forlanges af totalentreprenørens ydelse i den prækontraktuelle fase. Dette begrundes særligt med, at totalentreprenøren er underlagt et tidspres for tilbudsfristen og ikke har vished om, hvorvidt der bliver indgået en aftale. I den prækontraktuelle fase kan totalentreprenøren dog være forpligtet til at foretage visse forundersøgelser i overensstemmelse med god projekteringsskik. Efter voldgiftspraksis kan dette indebære en pligt til at granske og efterprøve bygherrens udbud for fejl og mangler, men der foreligger kun få eksempler på, at totalentreprenøren har været forpligtet til at foretage egentlige prækontraktuelle undersøgelser. Undersøgelsespligten synes i højere grad at have karakter af en pligt til at orientere sig, medmindre totalentreprenøren har specialistviden inden for området.

I tilfældet af, at der efter aftaleindgåelsen opdages en hindring ved byggegrunden, som en af parterne burde have afdækket som led sin prækontraktuelle forpligtelse, vil der foreligge en mangelfuld ydelse. Det vil da være de almindelige regler om udbudsfejl og -mangler samt projekteringsfejl og -mangler, der finder anvendelse. I tilfælde af, at begge parter har misligholdt sine forpligtelser i forhold til at afdække samme hindring, vil totalentreprenøren hæfte som den projekteringsansvarlige.

I praksis har der været gjort ihærdige forsøg på at fraskrive sig ansvaret for de omtalte prækontraktuelle forpligtelser. Voldgiftsretten synes dog at være tilbageholdende med at tillægge sådanne ansvarsfraskrivelser en betydning, medmindre de er konkrete, tydelige og individuelt forhandlede.

Der kan forekomme tilfælde, hvor begge parter har opfyldt sine prækontraktuelle oplysnings- og undersøgelsesforpligtelser, men hvor en hindring ved byggegrunden alligevel først opdages efter aftaleindgåelsen. I sådanne tilfælde vil hæftelsen placeres ud fra risikobetragtninger. I traditionel entreprise bærer bygherren risikoen for byggegrundens egenskaber, men der foreligger ikke praksis, hvori der klart tages stilling til, om det samme gør sig gældende i totalentreprise. Den sparsomme praksis må muligvis anses som et udslag af, at hæftelsen for hindrin-

ger ved byggegrunden i vidt omfang afgøres ud fra ydelsesbetragtninger. I litteraturen er problemstillingen diskuteret, men heller ikke her ses der enighed om en klar løsning. Retsstillingen for risikofordelingen må derfor anses for usikker.

6 Litteraturliste

Bøger

Andersen, Lennart Lyng og Palle Bo Madsen, Aftaler og Mellemænd, 7. udgave, Karnov Group, 2017.

Andersen, Mads Bryde og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 4. udgave, Karnov Group, 2015.

Boesgaard, Eric, Henrik Fausing og Mogens Hansen, AB 18 for praktikere, 1. udgave, Molio – Byggeriets Videnscenter, 2018.

Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt Juridisk Forlag, 2011.

Von Eyben, Bo, Juridisk Ordbog, 13. udgave, Karnov Group, 2008.

Gjedde-Nielsen, Michael og Hans Lykke Hansen, ABR 89 - almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand, 3. udgave, Karnov Group, 2013.

Hansen, Ole, Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Hansen, Ole, Entrepriseretlige mellemformer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013.

Hørlyck, Erik, Entreprise – Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18), 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019.

Hørlyck, Erik, Totalentreprise - Almindelige betingelser for totalentreprise, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017.

Hørlyck, Erik, Totalentreprise - Almindelige betingelser for totalentreprise, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Iversen, Torsten, Entrepriseretten, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016.

Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.

Skovsgaard, Kristian, Entreprenørens ekstraarbejder, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017.

Vagner, Hans Henrik, ved Torsten Iversen, Entrepriseret, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

Artikler

Hørlyck, Erik, En reform med respekt for fortiden, TBB2018.299.

Hørlyck, Erik, Internationale tvister og VBA, TBB 2016.606.

Hansen, Ole, Individuelle aftaler om totalentreprenørens ydelse og ansvar, TBB 2010.539.

Afgørelser

Ugeskrift for Retsvæsen

UfR 1981.572 VLD

Kendelser og Fast Ejendom

KFE 1978.15 VBA

KFE 1981.24 VBA

KFE 1994.120 VBA

KFE 1997.62 VBA

KFE 2006.185 VBA

KFE 2009.245 VBA

KFE 2009.265 VBA

KFE 2009.287 VBA

KFE 2009.340 VBA

KFE 2013.398 VBA

KFE 2014.131 VBA

KFE 2016.164 VBA

Tidsskrift for Bolig- og Byggeret

TBB 2008.727 VBA

TBB 2018.669 VBA

Betænkninger

Betænkning nr. 1246, om AB 92 Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge og anlægsvirksomhed, Bygge- og Boligstyrelsen, 1993.

Betænkning nr. 1266, om ABT 93 Almindelige Betingelser for Totalentreprise, Bygge- og Boligstyrelsen, 1994.

Betænkning nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen, 2018.

Øvrige Kilder

ABT 18, Almindelige betingelser for totalentreprise i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018.

ABT 93, Almindelige betingelser for Totalentreprise, 1993.

AB 18, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018.

AB 92, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 1992.

AB 72, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 1972.

ABR 18, Almindelige betingelser for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed, 2018.

ABR 89, Almindelige Bestemmelser for Teknisk Rådgivning og bistand, oktober 1989.

DANSKE ARK & FRI, Ydelsesbeskrivelse for Byggeri og Landskab 2018.

DANSKE ARK & FRI, Ydelsesbeskrivelser for Bygherrerådgivning 2013.

Skærmprint

