

TBB2018.364

Kravet om entydighed og det (delvis) beslægtede spørgsmål om entreprenørens ekstraarbejder – hvordan håndteres disse spørgsmål i AB 18?

♦ *I artiklen vurderes de nært beslægtede bestemmelser om udbudsmaterialets entydighed og håndteringen af ekstraarbejder i den nye AB 18, herunder om de nye bestemmelser vurderes at ville begrænse de mange tvister, som AB 92 § 2, stk. 2, og § 14 giver anledning til i dag.*

*af advokat (H), partner Rasmus Holm Hansen og advokat Nina Månsson Langerup,
Kammeradvokaten/Advokatfirmaet Poul Schmith*

1. Indledning

AB 18 (og ABR 18) er sendt i høring, og der er efter vores opfattelse helt overordnet kommet et rigtigt fint produkt ud af de langvarige forhandlinger. Det afsløres selvfølgelig flere steder, at der netop har været tale om forhandlinger mellem (stærke) parter, som (til tider) har modsatrettede interesser, men det ændrer ikke på det positive helhedsindtryk – langtfra. Parterne har undervejs afholdt et stort antal møder, og det er tydeligt, at udvalget er gået struktureret og grundigt til værks, og at der er indhentet relevant inspiration fra udlandet og fra aktører og praktikere i branchen. Det er i vores optik utvivlsomt, at byggeriets parter står med markant stærkere og mere tidssvarende dokumenter fremadrettet, end hvad der frem til nu har været tilfældet.

På det overordnede plan kan det i første omgang konstateres, at AB 18 omfatter en god og længe ønsket kodificering af gældende (rets)praksis samt en delvis modernisering. Førstnævnte synes at være baggrund for en lang række af ændringerne (måske endda størstedelen?), og kodificeringen øger anvendelsesvenligheden. Med sidstnævnte opnås især en bedre afstemning i forhold til de samarbejds- og aftaleformer, som byggeriets parter opererer med i 2018.

En lang række af ændringerne fortjener særskilt omtale, ligesom også en række af de ønskede og forventede (men udeblevne) ændringer kunne tåle en nærmere behandling – f.eks. spørgsmålet om præklusion. Det ligger dog uden for rammerne af denne artikel, og vi har derfor valgt at fokusere på to nært beslægtede bestemmelser, som vi ganske ofte ser citeret i tvister i byggeriet i dag, nemlig AB 92 § 2, stk. 2, og § 14. Antallet af sager på vores skriveborde om disse spørgsmål (og antallet af voldgiftssager i øvrigt om bestemmelserne) taler i sig selv for, at der har været grund til at (gen)overveje det hensigtsmæssige i formuleringerne og den deraf følgende praksis fra voldgiftsretterne. Spørgsmålet er, om det med AB 18 er lykkedes at finde en regulering, som kan begrænse disse mange tvister i fremtiden? Som det vil fremgå nedenfor, er der på flere måder sket en tiltrængt modernisering, men der er omvendt ikke grund til at frygte for advokatstandens fremtid, da en række af de ofte omtvistede spørgsmål er efterladt uløste.

2. Entydighedskravet og kravene til bygherrens udbudsmateriale generelt

Entydighedskravet i AB 92 § 2, stk. 2, kender enhver, der blot har beskæftiget sig perifert med entrepriseretten, og kravet medfører i dag mange diskussioner omkring projektmaterialets ((postulerede) manglende) entydighed og entreprenørens eventuelle ret til ekstra

betaling. De fleste har nok oplevet, at en ydelse eksempelvis fremgår af tegningsmaterialet, mens den ikke fremgår af arbejdsbeskrivelsen. Et andet eksempel kunne være, at en ydelse fremgår af arbejdsbeskrivelsen, mens den ikke er eksplicit nævnt i tilbudslisten. Bestemmelsen og måske især voldgiftspraksis om spørgsmålet har ført til, at mange bygherrer og rådgivere har haft mere eller mindre eksotiske tilføjelser til § 2, stk. 2, hvis retlige rækkevidde nok i bedste fald ofte er begrænset. Målestokken for uklarheder, der giver entreprenøren berettigede ekstrakrav, må allerede i dag være *relevante* uklarheder, dvs. om en almindelig oplyst tilbudsgiver burde have indkalkuleret ydelserne i sit tilbud. Det er med andre ord ikke enhver konstateret »uklarhed«, der giver entreprenøren krav på ekstrabetaling (og potentielt tid); heller ikke selv om ydelsen ikke er beskrevet alle relevante steder. Entreprenørens tilbud bør også i dag tillige omfatte (bi)ydelser og aktiviteter, som sædvanligvis og naturligt indgår i opgavens løsning, men som ikke nødvendigvis er særskilt beskrevet i udbudsmaterialet. Hermed sikres den rette balance mellem parterne, idet almindelige fortolkningsregler naturligt vil føre til, at bygherren som koncipist bærer ansvaret og dermed risikoen for relevante uklarheder i materialet.

Til illustration kan der eksempelvis henvises til kendelsen trykt i TBB 2018.135, hvor voldgiftsretten fandt, at det samlede tilbud omfattede et arbejde, som fremgik af arbejdsbeskrivelsen og tegning, men som ikke fremgik særskilt af tilbudslisten. Tilsvarende resultat følger af en dom fra Østre Landsret trykt i TBB 2011.272, hvor landsretten fandt, at det samlede tilbud omfattede fem køkkener, som var medtaget i tegningsmaterialet, uanset at disse ikke var nærmere beskrevet i udbudsmaterialet. Derudover kan der henvises til kendelsen trykt i TBB 2010.267, hvor voldgiftsretten fandt, at manglende oplysninger i det *centrale* projektgrundlag omkring ydelsen medførte, at denne ikke indgik i det samlede tilbud.

Ovenstående fremgår dog ikke udtrykkeligt af AB 92, og rækkevidden af entydighedskravet er i visse (men ikke alle) situationer strakt ganske langt. En yderligere klarhed omkring rækkevidden af entydighedskravet i § 2, stk. 2, er derfor tiltrængt. Om det skal skærpes yderligere eller slækkes, afhænger selvfølgelig fuldstændig af, hvilken parts interesserer der skal varetages, men alle kan formentlig være enige om, at usikkerhed om fortolkningen ikke er i parternes interesse.

Kravene til udbudsmaterialets klarhed fremgår fremadrettet af AB 18 § 4, stk. 2. Den nye bestemmelse i § 4, stk. 2, lyder som følger:

»Der bydes på grundlag af de oplysninger, som er indeholdt i udbudsmaterialet. Materialet skal være entydigt formuleret. Afhængig af materialets detaljeringsgrad og kravene til entreprenørprojektering skal det endvidere være udformet således, at der er klarhed over ydelser og vilkår.«

Den første del af bestemmelsen tilfører næppe meget nyt, og det må formodes, at det har været udvalgets intention at videreføre gældende ret. Ordlyden har da også betydelige ligheder med AB 92 § 2, stk. 2.

Hvor AB 92 generelt er baseret på den klassiske model, hvor bygherren (via de tekniske rådgivere) udbyder et færdigt hovedprojekt til entreprenørens udførelse, anvendes der i praksis i dag en lang række mellemformer, hvor projekteringen i større eller mindre grad er overladt til entreprenøren. Dette er velvilligt forsøgt imødekommet flere steder i AB 18, herunder i AB 18 § 4, stk. 2, 2. led. Desværre har det resulteret i en lidt vanskelig tilgængelig tekst, hvis rækkevidde ikke er helt klar.

Ud fra en ren ordlydsfortolkning synes klarhedskravet til udbudsmaterialet nu at afhænge af detaljeringsgraden og kravene til entreprenørprojektering. Det har næppe været hensigten med bestemmelsen, idet udbudsmaterialet vel altid bør være tilstrækkelig klart i forhold til entreprenørens ydelse til, at entreprenøren kan prissætte dette (uafhængig af om der udbydes på funktionskrav/en systemleverance eller på et fuldt færdigt hovedprojekt). Også af den grund er der (som minimum) grund til at genoverveje bestemmelsens formulering.

Bestemmelsen i § 4, stk. 2, vurderes med den nuværende formulering ikke at få nogen betydning for praksis, ligesom barren for klarhed/utvetydighed formentlig ikke er flyttet. Uklarheder vil (fortsat) blive fortolket mod bygherren. Desværre ses de mange diskussioner omkring entydighedskravet ikke løst med de nye bestemmelser i AB 18, men det anerkendes selvfølgelig også, at det om noget må have været et emne, hvor udvalgets modsatrettede interesser har manifesteret sig.

Heller ikke AB 18 § 5, stk. 2, vedrørende entreprenørens tilbud, som udtrykkeligt fastslår, at entreprenørens tilbud foruden ydelserne beskrevet på tegninger og modeller samt i arbejdsbeskrivelsen skal indeholde »alle nødvendige fagmæssige bydelser til arbejdets færdiggørelse«, er en nyskabelse, idet noget tilsvarende fremgår af AB 92 § 10, stk. 2, om entreprenørens ydelse. Det bemærkes, at ordlyden nu findes dels i § 5, stk. 2, om entreprenørens tilbud, dels i § 12, stk. 2, om entreprenørens ydelser. Umiddelbart synes det overflødig med en gentagelse, men henset til de mange tvister, der har været omkring entydighedskravet, kan der heri ligge et (bygherre)ønske om at understrege, at alle ydelser, som sædvanligvis indgår i opgavens løsning, indgår i entreprenørens tilbud, uanset at disse ikke er særskilt beskrevet i udbudsmaterialet. Gentagelsen er dog næppe tilstrækkelig til at begrænse fremtidige diskussioner herom.

Entreprenøren er derfor (fortsat) ikke berettiget til merbetaling for ydelser, som sædvanligvis indgår i opgavens løsning; heller ikke selv om disse almindelige bydelser ikke er eksplicit nævnt i eksempelvis den relevante arbejdsbeskrivelse.

En reel nyskabelse ligger der derimod i, at AB 18 § 4 i langt højere grad end hidtil normerer, hvad der skal være indeholdt i bygherrens udbudsmateriale. Formentlig i et forsøg på at bidrage til klarheden af udbudsmaterialet generelt set opstilles der i § 4 en række helt ens krav til de meget forskelligartede projekter, som AB 18 må forventes anvendt på. Det er isoleret set meget positivt, at der er sat fokus på mere gennemarbejdede udbudsmaterialer, men det bør nok overvejes, om det er hensigtsmæssigt med de meget detaljerede (og ensartede) krav, da behovet selvsagt afhænger af det konkrete projekt og dermed varierer betydeligt. Som eksempel kan nævnes, at § 4, stk. 4, opstiller en detaljeret liste over de oplysninger, som

skal være indeholdt i »hovedtidsplanen« (tidligere benævnt udbudstidsplanen). Dette omfatter bl.a. oplysninger om spild dage grundet vejrlig (litra c) og væsentlige rådighedsindskrænkninger på byggepladsen, som entreprenøren skal tåle (litra d). Sådanne oplysninger synes dog svære at sætte ind i en tidsplan, og det bør således genovervejes, om disse ikke hører bedre hjemme i byggesagsbeskrivelsen (som i dag). Det fremgår desuden ikke af bestemmelsen, hvad sanktionen er, såfremt hovedtidsplanen ikke omfatter disse mange oplysninger. Det er vores vurdering, at der ikke er behov for denne detaljerede opregning, og at den måske på visse punkter endda forvirrer mere, end den reelt gavner.

3. Ekstraarbejder

Bygherrens ret til at forlange ændringer i arbejdet er naturligvis fastholdt i AB 18. Det samme er – måske lidt mindre selvfølgelig – entreprenørens ret til at udføre sådanne ændringsarbejder, medmindre bygherren kan påvise særlige forhold, der begrundes, at bygherren lader andre udføre arbejdet.

Entreprenørens næsten ubetingede ret til at udføre ændringsarbejder giver endog meget ofte anledning til (store og langvarige) prisdiskussioner mellem bygherren og entreprenøren i tilfælde, hvor der ikke gælder enhedspriser. Derudover kommer bygherren ofte til at betale en merpris for udførelsen af regningsarbejder, fordi arbejdet ikke bliver konkurrenceudsat. Et sådant tab kan, som vi blandt andet ved fra kendelsen om Statens Museum for Kunst trykt i TBB 2008.203, kun under helt særlige situationer inddækkes ved den projekterende rådgiver, selv om forholdet kan henføres til en projektmangel.

Ovenstående er dog delvis imødegået ved tre tilføjelser til/ændringer af AB 92/ABR 89. For det første ved indførelsen af en ny bestemmelse (AB 18 § 24, stk. 2), hvorefter aftalte enhedspriser fortsat finder anvendelse ved overskridelse af variationsgrænserne, medmindre det godtgøres af enten entreprenøren eller bygherren, at forudsætningerne bag enhedspriserne ikke længere er til stede. For det andet ved en præcisering af, at bygherren kan lade en anden entreprenør udføre ekstraarbejdet, såfremt den oprindelige entreprenørs krav er urimeligt. Endelig – for det tredje – er der indført en konventionalbod for rådgiver i ABR 18, der i visse situationer skal dække bygherrens tab ved den manglende konkurrenceudsættelse af ændringsarbejder foranlediget af mangler i projektet.

Som det fremgår nedenfor, er ovenstående tre tiltag fornuftige, men det havde muligvis været bedre og mere enkelt helt at genoverveje, om entreprenørens næsten ubetingede udførelsesret (fortsat) er velbegrundet og nødvendig.

Afskaffelse af entreprenørens udførelsesret

Entreprenørens udførelsesret er i betænkningen til AB 92 begrundet med, at bygherren ellers kunne lade ydelser udgå ved rent formel projektændring og dermed lade en anden entreprenør udføre dele af arbejdet. Bestemmelsen er således en beskyttelse mod bygherrens »cherry picking« i entreprenørens tilbudsliste.

Begrundelsen giver dog kun delvis mening, og den er nok udtryk for beskyttelse mod en illoyal kontraktadfærd, der bedre håndteres på anden vis. Medmindre der er aftalt enhedspriser, er entreprenøren ved mindre ydelser berettiget til mistet fortjeneste, og entreprenøren stilles derfor i sådanne situationer ikke ringere end på aftaletidspunktet. De tænkte og formentlig ekstremt sjældne situationer, hvor en bygherre foretager en fiktiv projektændring for at undgå en aftalt enhedspris, bør som nævnt kunne håndteres ved anden regulering, eksempelvis erstatning som følge af illoyal adfærd.

Hovedparten af de ekstraarbejder, som bliver udført, er tillægsarbejder eksempelvis som følge af uklart projektmateriale eller bygherreændringer. Tillægsarbejder modsvares derfor ikke af et fradrag og har derfor ingen negativ påvirkning på aftalt entreprisensum. Beskyttelseshensynet nævnt i betænkningen gør sig derfor ikke gældende i disse situationer.

En afskaffelse af udførelsesretten, således at bygherren fra gang til gang er berettiget til at vurdere, hvem der er mest oplagt til at udføre arbejdet, vil efter vores vurdering have en præventiv effekt. En afskaffelse ville dels modvirke de ofte forekommende prisdiskussioner, som ekstraarbejder giver anledning til, dels befordre »korrekt prissætning« af bygherrens udbudsmateriale ved licitationen, idet entreprenørens spekulation i eventuelle ændringsarbejder må forventes væsentligt mindsket. Det giver en bedre og mere fair konkurrence blandt de bydende.

Derudover kan man helt undgå diskussionerne med rådgiver om tab eller »byggeri for pengene« som følge af manglende konkurrenceudsættelse af ekstraarbejder, der skyldes projektmangler. Bygherren ville således – i hvert fald i teorien – altid kunne konkurrenceudsætte arbejdet, og den indførte konventionalbod ville være overflødig, jf. nedenfor.

En afskaffelse af udførelsesretten ville tillige fjerne en potentiel divergens mellem AB og udbudsreglerne. I det eksisterende system kan en offentlig bygherre risikere at skulle misligholde en entrepriseaftale på baggrund af AB 18 (AB 92), såfremt udbudsreglernes ændringsregler i udbudslovens §§ 178 ff. forudsætter, at ændringsarbejdet udbydes. En bygherre vil næppe blive pålagt at betale mistet fortjeneste til den oprindelige entreprenør i en sådan situation, men det ses ikke afgjort i praksis (endnu).

På baggrund af ovenstående havde det nok været en bedre løsning, hvis den ubetingede ændringsret helt var skrevet ud af AB 18. I langt størstedelen af situationerne vil et ændringsarbejde alligevel blive tildelt entreprenøren på pladsen af åbenlyse grunde, men der vil være en reel og mere lige forhandlingssituation med hensyn til prissætningen. Hvis ændringsretten var blevet skrevet ud, havde behovet for nedenstående to tiltag i AB 18 og ABR 18 været markant mindre.

Manglende konkurrenceudsættelse

Den manglende konkurrenceudsættelse for »projektmangler«, hvorom der findes enhedspriser, er forsøgt imødegået ved § 24, stk. 2. Heraf fremgår det, at aftalte enhedspriser fortsat anvendes ved overskridelse af variationsgrænserne, medmindre det konkret kan godtgøres, at forudsætningerne bag enhedspriserne ikke længere er til stede.

Bestemmelsen vurderes at ville mindske fremtidige prisdiskussioner for ydelser med enhedspriser, men den har selv sagt ingen betydning for ekstraarbejder, som udføres i regning.

For ekstraarbejder, som ikke har enhedspriser, er den manglende konkurrenceudsættelse for projektmangler derimod søgt imødegået ved ABR 18 § 49, stk. 2, hvoraf det fremgår:

»I tilfælde af bygherrens tilkøb af en merydelse hos entreprenøren som følge af, at rådgiveren ved en fejl ikke har medtaget ydelsen i projektet, skal rådgiveren betale bygherren en konventionalbod på 5 % af den del af prisen for samtlige sådanne tilkøb, for hvilke der ikke er fastsat enhedspriser.«

Konventionalboden er begrænset til 10 % af rådgiverens honorar, ligesom der ikke skal betales konventionalbod, såfremt tilkøb udgør under 2 % af den samlede entreprisensum. Bygherren kan derfor ikke forvente at få dækket den fulde merpris, og det virker ikke som en oplagt løsning med en – per definition lidt tilfældig – konventionalbod. Derudover forventes det, at rådgivere vil forsikre sig mod risikoen for konventionalbod, og bygherren vil dermed

indirekte betale omkostningen hertil. Problemstillingen er derfor i vores optik, jf. ovenfor, bedre løst med en afskaffelse af entreprenørens udførelsesret.

Særlige forhold, der begrundes, at bygherren lader andre udføre arbejdet

Der gælder visse undtagelser (»særlige forhold«) til entreprenørens udførelsesret, og det er nu udtrykkelig reguleret i AB 18 § 23, at *særlige forhold* bl.a. omfatter situationer, hvor »*entreprenørens økonomiske krav for udførelse af ændringen ikke er rimeligt*«. Rimelighedskravet må formentlig forventes at svare til kravet i købelovens § 5 om, at regningsarbejde ikke må være ubilligt. Hvis det er korrekt, er der reelt ikke tale om en nyskabelse. Det betyder, at bygherren (fortsat) er tvunget til at betale en af entreprenøren krævet pris, så længe bygherren ikke kan bevise, at prisen er direkte urimelig (medmindre bygherren vil betale mistet fortjeneste til entreprenøren).

I litteraturen ses der allerede i dag at være enighed om, at *særlige forhold* i AB 92 omfatter urimelige økonomiske krav fra entreprenøren. Dette begrundes bl.a. med, at det i betænkningen til AB 92 anføres, at bygherren må kunne lade arbejdet udføre ved en anden entreprenør, hvis den oprindelige entreprenørs økonomiske krav ikke er rimelige.

I trykt retspraksis ses der ikke direkte taget stilling hertil, men i kendelse trykt i TBB 2013.751 finder voldgiftsretten dog, at bygherren ikke havde godtgjort, at der alene i prisforskel (1 mio. kr. – 750.000 kr.) forelå sådanne *særlige forhold*, at arbejdet kunne gives til en ny entreprenør uden betaling af tabt fortjeneste til den oprindelige entreprenør for ekstraarbejdet.

Præciseringen i § 23 er formentlig således (alene) en kodificering af gældende praksis. Hvis parterne har ønsket at ændre den nuværende praksis, bør ordlyden tilpasses, så den bedre afspejler dette.

Det er (naturligvis) bygherrens standpunktsrisiko, såfremt bygherren tildeler et ekstraarbejde til en anden entreprenør med henvisning til et urimeligt økonomisk krav fra entreprenøren. Får bygherren ikke medhold i, at entreprenørens krav er urimeligt, skal bygherren erstatte entreprenørens tabte fortjeneste ved ikke at have udført ekstraarbejdet. Bygherren har derfor en naturlig interesse i at få dette forhold afklaret hurtigt – en interesse, som må forventes at vokse med værdien af ekstraarbejdet.

Bygherrens vurdering af kravets rimelighed er til dels imødekommet ved AB 18 § 23, stk. 4, hvori det fastslås, at ændringsarbejder i regning skal opgøres med nærmere specifikation af arbejdsløn, materialer og materiel. Det er dog uvist, hvad der ligger i kravet om specificering, herunder om bygherren eksempelvis kan kræve en kopi af den underliggende dokumentation såsom entreprenørens fakturaer fra underentreprenører og leverandører.

Derudover findes der nu i AB 18 § 68 en ny bestemmelse med overskriften »hurtig afgørelse«, hvorefter Voldgiftsnævnet efter anmodning fra en part udpeger en opmand til at træffe en hurtig afgørelse bl.a. om entreprenørens ret til at udføre ændringer, herunder om entreprenørens pris er rimelig. Bestemmelsen lægger op til, at der som udgangspunkt skal foreligge en afgørelse senest 30 arbejdsdage efter anmodning (maksimalt 10 arbejdsdage til svarskrift, 5 arbejdsdage til henholdsvis replik og duplik samt 10 arbejdsdage til opmandens afgørelse). Det må forventes, at parterne oftest vil bruge de fulde tidsfrister til udarbejdelsen af deres indlæg, hvorfor en afgørelse tidligst vil foreligge 6 uger fra anmodning om afgørelse.

Denne tidshorisont er helt klart kortere end ved en voldgiftssag, men den kan fortsat have store økonomiske konsekvenser for bygherren, eksempelvis hvis ændringsarbejdet ligger på kritisk vej.

Dertil kommer, at afgørelsen kan indbringes for voldgiftsretten med opsættende virkning inden for 8 uger, fra den er truffet. I bedste fald vil bygherren således efter 14 uger have sikkerhed for, at entreprenørens krav var urimeligt.

Der vil derudover utvivlsomt være tilfælde, hvor et ændringsarbejde, om ikke før, så vil komme på kritisk vej inden for en periode på 14 uger. Bygherren risikerer dermed (betydelige) merudgifter, såfremt bygherren beslutter at afvente en endelig

afgørelse. Det tidsmæssige og økonomiske aspekt alene vil således medføre, at bygherren på forhånd er »tvunget« til at lade den oprindelige entreprenør udføre arbejdet til den krævede pris. Der er kun mulighed for nedsættelse, hvis bygherren vælger at forfølge et synspunkt om prisens urimelighed og får medhold i, at prisen var ubillig, jf. princippet i købelovens § 5. Bygherren vil dog fortsat skulle betale en høj, men ikke urimelig pris, uanset at en anden entreprenør ville have udført arbejdet for (langt) mindre. Denne urimelighed ville helt kunne undgås, såfremt entreprenørens udførelsesret blev afskaffet.