

Den værdiskabende byggeøkonom:

Hvad kan rådgiver og bygherre lære ... ?



STEEN HELLMANN

Partner, advokat

E: sh@viltsoft.dk

T: 3314 9300

M: 2448 1192

PETER F. THOMMESEN

Partner, advokat

E: pft@viltsoft.dk

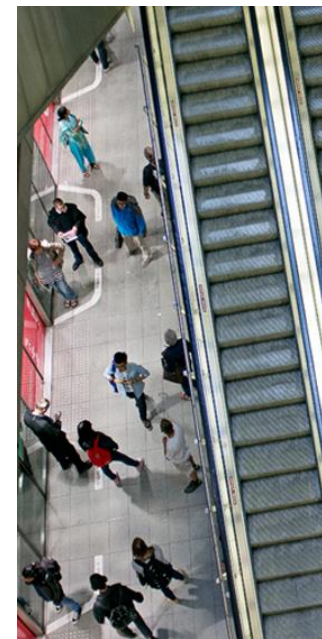
T: 3314 9300

M: 2099 5797

DAGENS PROGRAM

**”Hvad kan rådgiver og bygherre lære af entreprenøren
– og andre råd baseret på retspraksis og erfaringer”**

1. Status på AB-revisionen
2. Rådgivning for totalentreprenører
3. Hvad kan rådgiver lære af entreprenøren?
4. Nyeste praksis og erfaringer:
 - I. Slagsmålet om MgO-pladerne
 - II. Krav om honorarreduktion
 - III. To ord om offentlige udbud
 - IV. Når projektet er ufuldstændigt
 - V. Kreative omprojekteringsklausuler



Status på AB-revisionen



STATUS PÅ AB-REVISIONEN

- **Hvem** er AB-udvalget?
- **Hvorfor** en AB-revision?
- **Hvad** er udvalgets opgave?
- **Hvornår** hører vi fra udvalget?



STATUS PÅ AB-REVISIONEN

- **Hvilke ændringer** overvejer udvalget mon?
- Bygherrerne (KL) ønsker sig i relation til **rådgiverens** ydelse:
 - Stærkere incitamenter til at undgå projektmangler og overholde budgettet
 - Fokus på projekteringsledelse
- ... og i relation til **entreprenørens** ydelse:
 - Regulering af "mellemformer" (systemleverancer mv.)
 - Tidligere fejlfinding – bindende projektgennemgange
 - Skærpede krav til entreprenørens fremsættelse af ekstrakrav
 - Fokus på "mangelfri" aflevering
 - Bedre og hurtigere konfliktløsning
- Hvad ønsker **rådgiverne** sig?

Rådgivning for totalentreprenører



HVAD ER JURIDISK ÆNDRET VED TOTALENTR. SOM KLIENT

Tabsopgørelsen ved projekt-/udbudsmangler

- Tabsdokumentation ofte vanskelig - "Value for money"?
- Erstatning af mistet konkurrencefordel/"loss of chance"?
 - **T:BB 2008.90** ("Generelle udtalelser fra skønsmanden om mulighed for besparelser på 10% eller mere")
 - **T:BB 2008.203**: Ikke "forhånds-formodning for, at ekstraarbejder som følge af reglen i AB 92 § 14 udføres til overpris"
- Forgæves afholdte udgifter/fordyrelser ved senere udførelse – se f.eks. U2010.213H (værdien af det spildte arbejde) og T:BB 2010.661 (senere udførelse af glemte ydelser)
- Entreprenørens stilstandsomkostninger, forlænget byggepladsdrift m.v./mistet dagbodskrav mod entreprenøren? (se f.eks. T:BB 2009.485)

STATENS MUSEUM FOR KUNST (T:BB 2008.203)

- Ved projektmangler er udgangspunktet, at bygherre ikke har lidt tab, da bygherre skulle have afholdt udgiften, såfremt projektet havde medtaget arbejdet.
- *Den omstændighed, at bygherre må bestille ydelser, som rådgiver fejlagtigt havde udeladt af projektet, som ekstraarbejder iht. AB 92 § 14, var ikke i sig selv tilstrækkeligt grundlag for at tilkende erstatning for fordyrelse.*
- Voldgiftsrettens afviste, at der kan opstilles en forhåndsformodning for, at ekstraarbejder som følge af reglen i AB 92 § 14 udføres til overpris



TABSOPGØRELSEN – PROJEKTMANGLER

- Særligt om rådgiveransvar over for totalentreprenører:
 - Projekt mangler og fejlopmålinger (beregneransvar) kan føre til fejl i entreprenørens tilbud til bygherren, dvs. tabsdokumentation mulig i denne situation.
 - Krav om kausalitet
 - Forskellen til næstbilligste?
- Risiko for forholdsmæssigt afslag i honoraret/honorarbortfald

Hvad kan rådgiver lære af entreprenøren?



HVAD KAN RÅDGIVER LÆRE ...?

- Hvem er bedst til at få **betaling for ekstraarbejde** – rådgiveren eller entreprenøren?
- Og hvad med krav om **tidsfristforlængelse**?



HVAD KAN RÅDGIVER LÆRE ...?

- Har rådgiveren krav på merhonorar, hvis bygherren **ændrer opgaven eller grundlaget** for opgaven?
 - ABR 89 pkt. 2.1.6
 - T:BB 2008.90
- Har rådgiveren krav på merhonorar, hvis **forudsætningerne for opgaven ændres**?
 - ABR 89 pkt. 3.1.1
 - F.eks. hvis ydelsen strækker sig over længere tid
 - T:BB 2008.90 og T:BB 2007.447
- Hvad gør entreprenøren, hvis **bygherren ikke leverer sine ”ydelser”** til tiden? Hvad gør rådgiveren?
 - ABR 89 pkt. 6.1.2

HVAD KAN RÅDGIVER LÆRE ...?

- Hvornår skal der **reklameraes**?
 - T:BB 2008.90
- Hvordan **opgøres** rådgiverens ekstrakrav?
- Man hører ofte om entreprenører, der varsler **standsning af arbejdet**. Hvad med rådgivere?
 - T:BB 2010.408 (væsentlige forøgelse af arbejdet og "fuldstændig afvisning")



HVAD KAN RÅDGIVER LÆRE ...?

- Hvad mener I om denne **klausul om ekstrabetaling**:

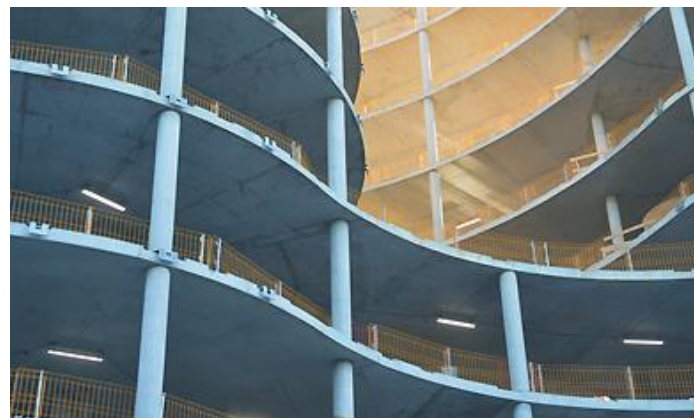
Forlængelse af kontraktperioden kan ikke begrunde krav fra Rådgiveren om ekstrabetaling. Såfremt kontraktperioden forlænges mere end 9 måneder – og dette ikke er begrundet i Rådgiverens forhold eller en standsning eller udskydelse af opgaven, er Rådgiveren berettiget til dækning af de ekstraudgifter, som Rådgiveren dokumenterbart har haft i forlængelsesperioden (ud over de 9 måneder – der betales således ikke for udgifter i de første 9 måneder). Rådgiver er under ingen omstændigheder berettiget til erstatning for tabt fortjeneste.

Ved eventuelle tidsplansændringer, der medfører en forlængelse af kontraktperioden på mere end 9 måneder, skal der umiddelbart efter ændringerne fastlægges mellem parterne, hvilke økonomiske konsekvenser dette får for honoreringen. Det påhviler Rådgiveren at tage initiativ hertil.

HVAD KAN RÅDGIVER LÆRE ...?



Nyeste praksis og erfaringer I: Slagsmålet om MgO-pladerne



- ABR 89 pkt. 6.2.1 ("dansk rets almindelige erstatningsregler") – culpa
- Muligt ansvar ved foreskrevet anvendelse eller godkendt anvendelse
- Tidspunktet for bedømmelsen (TBB 2008.428)

Da projektet var i overensstemmelse med byggetidens viden - brug af hygrodioder i en sammenhæng, hvor den på projekteringstidspunktet ansås for egnet, men senere viste sig at være uegnet - var der ikke grundlag for at drage rådgiverne til ansvar.

- **KfE 1983.251 (jf. Buch, s 147)**

Det findes imidlertid ikke at have været uforsvarligt at projektere tagdækningen som sket, idet anvendelsen af flade tage da var normal, og idet det projekterede tag, hvis Trocalfolien havde haft de egenskaber, som var beskrevet i brochuren og demonstreret ved prøver, ikke ville have frembudt større risiko end et traditionelt "built up tag"

- **"Byggetidens viden" – Jørgen Hansen, s. 237**

"...se på de tekniske forhold på det tidspunkt, da rådgiveren begik den fejl, for hvilken han søges pålagt ansvaret. En efterfølgende teknisk udvikling, der giver en erfaring, som man ikke havde på det tidspunkt, da rådgiveren løste sin opgave, må ikke kunne skade ham. Man må bedømme rådgiverens ansvar under hensyn til det tekniske stade, som forelå på det tidspunkt, da han disponerede".

- **Byggeskadefondens orienteringsskrivelse, dec. 2015**

”Efter vores opfattelse er der entrepriseretligt tale om mangler ved MgO-pladerne.

*En række aktører i byggebranchen og en række advokater har – i offentligheden og som svar på reklamationer – givet udtryk for den opfattelse, at det er såkaldt udviklingssvigt/ udviklingsskade, som indebærer, at der er tale om en bygherrerisiko. Dette er vi ikke enige i. Der er tale om **manglende omtanke**, hvor man bl.a. ikke har fulgt reglerne i kvalitetsikringsbekendtgørelsen og ikke har søgt oplysning om eller forstået pladernes kemiske egenskaber. En af pladerne har haft en ETA-godkendelse og en MK-godkendelse, men disse godkendelser handler udelukkende om pladernes brandbeskyttelsesegenskaber.”*

- **Byggeskadefonden**

”Alment teknisk fælleseje” er anvendelse af gennemprøvede bygningskonstruktioner.

Hvis man vælger andre løsninger, skal man dokumentere, at man træffer et velbegrundet valg, og man har en særlig bevisbyrde, såfremt der viser sig problemer med de løsninger, man har valgt”

- **Byggebog fra 1951 om magnesitgulve**

"Jern, f.eks. i armerede gulve, angribes af magnesitbelægningen og bør derfor beskyttes af et 3-4 cm tykt betonlag eller af rustbeskyttende maling i passende udstrækning"

- **Bekendtgørelse om KS af byggearbejder i alment byggeri, § 8**

"Det skal bl.a. ved brug af erfaringer og gennemprøvede enkeltdele sikres, at bygningsdele, konstruktioner og materialer vælges eller udformes med henblik på at opnå den fastlagte kvalitet. Relevante egenskaber skal kunne genfindes efter indbygningen. Særligt skal udformning og valg sigte på:

- 1) at svigt i byggeriet undgås,*
- 2) at bygninger kan drives, herunder vedligeholdes, på en rationel og økonomisk måde, og*
- 3) at bygninger kan efterses, og bygningsdele udskiftes lettest muligt"*

- **Træ 68**

Velegnet som vindspærre, da skimmelresistent og diffusionsåben

- **Byg-Erfa (21) 131227**

Vindspærreplader kan være udført af f. eks. magnesiumbaseret plademateriale. Ingen advarsel mod materiale, men oplyst, at det kan give problemer, hvis vindspærren gennem længere tid udsættes for fugtbelastning inden facadebeklædning. BSF uenig.

- **Efter marts 2015 (mange advarsler)**

Verserende sager

Skønserklæring 1

Powerboard projekteret i 2013.

"Skønsmanden vurderer, at det på dette tidspunkt var i overensstemmelse med god byggeskik."

"Pladerne var almindelig anvendt".



Skønserklæring 2

Den tekniske dokumentation har i perioder omkring projektering og opførelse ikke været entydig i spørgsmål om, hvorvidt materialetypen i særlig henseende til materialetypens bestanddele blev betragtet som værende egnet til formålet/vindspærre.

Det anføres dog i væsentlighed, at man har kendt til både de ”stærkt vandsugende egenskaber”, udvaskning af magnesiumklorid/klormagnesium og den deraf følgende korrosionsrisiko i jern/metaller samt risikoen for ophugning af omgivende konstruktioner som forårsaget af materiale MgO og MgCL (sorelcement). Ligeledes anføres det, at det har været kendt i mange år (siden 1947, at sorelcement, som antages at være bindemidlet i MgO-pladerne ikke er fugtbestandigt.

Skønserklæring 3

”...Frem til 4. marts 2015 var det efter skønsmandens vurdering i overensstemmelse med almindelig god projekteringsskik at projektere og udføre facader med de pågældende MgO-plader som vindspærreplader. MgO-plader var frem til dette tidspunkt anvendt i en årrække uden kendte mangler, MgO-vindspærreplader er specifikt anbefalet anvendt til formålet i bl.a. BygErfa 131227 og TRÆ 68....”

Om 1951 artikel (om magnesitgulve)

”...Det er skønsmandens vurdering, at artiklen ikke er en relevant eller tidssvarende kilde til aktuel vurdering af vindspærrepladers anvendelighed....”

Nyeste praksis og erfaringer II: Krav om honorarreduktion



Kan Bygherre – hvor der ikke er lidt tab – i stedet kræve reduktion i honoraret?

Bygherre havde indgået aftale med rådgiver i anledning af, at bygherre skulle have renoveret en jernbanelinje. Der opstod senere tvist mellem bygherre og hovedentreprenør om bl.a. ekstraarbejde, forsinkelse og mangler.

Bygherre advarede rådgiver med krav om dels friholdelse for, hvad bygherre måtte blive dømt til at betale hovedentreprenøren, dels krav om betaling af de krav, som bygherre ikke fik medhold i over for hovedentreprenøren.

Voldgiftsretten frifandt rådgiveren for erstatningsansvar for projekteringsmangler og tilsynssvigt, hvorimod der fandtes at være grundlag for nedsættelse af rådgiverens honorar med $\frac{1}{4}$ (2,5 mio. kr.).

”Efter bevisførelsen finder VGR dog samtidig grundlag for at fastslå, at der fra R’s side ikke er ydet den rådgivning, byggestyring, tilsyn mv., som med rette kunne forventes. VGR finder således, at der i et vist omfang er grundlag for at give BH medhold med hensyn til påstanden om et honorarafslag som følge af mangelfulde ydelser leveret af R.”

Eksempler:

- Mangelfuld koordinering internt i R
- Ikke behandlet BH som værende stor og professionel (grænseflader)
- Manglende opmanding, så leverancer hurtigere

Kendelse 8. jan. 2016 – Hørsholm – honorarnedslag?

Voldgiftsretten finder det hverken godtgjort, at projektet samlet set i det væsentlige ikke levede op til de krav, der følger af aftalen og god projekteringsskik, eller at de aftalte ydelser slet ikke er præsteret.

Voldgiftsretten finder ikke grundlag for at nedsætte honoraret under henvisning til fejl og mangler i de forhold, hvor fejl og mangler har udløst erstatning.

Der er herefter kun spørgsmål om at fastsætte nedslag i honoraret i det omfang, der ved de præsterede ydelser er godtgjort fejl og mangler, som ikke har udløst erstatning, samt i det omfang konkrete delydelser ikke er præsteret.

Som nævnt ovenfor under punkt 6.a om false og punkt 6.b om tilretning af betonelementer, finder voldgiftsretten, at projektet på disse punkter er usædvanligt og utilstrækkeligt og projektledelsen mangelfuld i et sådant omfang, at der er grundlag for honorarnedsættelse.

Også vedrørende andre forhold (andre konkrete punkter) var ydelsen mangelfuld, uden at der har kunnet godtgøres et tab, og vedrørende disse forhold finder voldgiftsretten grundlag for at fastsætte et honorarnedslag efter et skøn over de mangelfulde forhold.

For så vidt angår ændring af kloak ... foreligger fejl ved projektet, der kan begrunde et skønsmæssigt nedslag i honoraret.

For så vidt angår manglende udarbejdelse af fremdriftsrapporter efter rapport nr. 9 finder voldgiftsretten, at der er tale om manglende præstation af en konkret delydelse, idet R ikke har godtgjort, at det var efter aftale med klagerne, at man ophørte med udarbejdelse af rapporterne. Klagerne er derfor berettiget til et skønsmæssigt nedslag i honoraret herfor.

Efter en samlet vurdering, herunder også af den på nogle områder dårligt fungerende koordinering mellem ARK og ING, finder voldgiftsretten, at nedslaget kan fastsættes til 500.000 kr.

Honorarnedslagskravet var ca. 16 mio. kr. ud af 35 mio. kr.

Nyeste praksis og erfaringer III: To ord om offentlige udbud

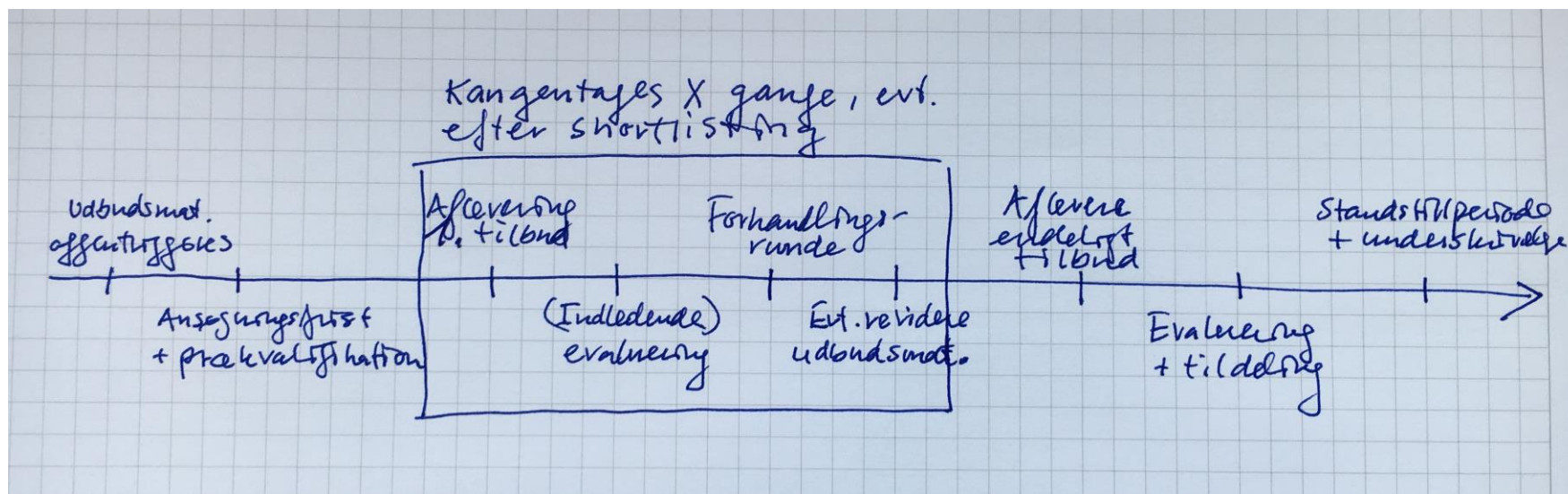


TO ORD OM OFFENTLIGE UDBUD

- Er der værdiskabende tiltag i **den nye udbudslov**?
- For mange bygge- og anlægsopgaver og rådgiveropgaver **over tærskelværdierne** (hhv. 39,0 mio. kr. og 1,0/1,6 mio. kr.):
 - Mulighed for fleksible udbudsformer som f.eks. **udbud med forhandling** og konkurrencepræget dialog
- Er det udelukkende en god ting?

TO ORD OM OFFENTLIGE UDBUD

- Et typisk **forhandlingsforløb** ser sådan ud:



TO ORD OM OFFENTLIGE UDBUD

- For **rådgiveropgaver under tærskelværdierne** (1,0/1,6 mio. kr.):
 - Mulighed for **indkøb af rådgiverydelsen uden forudgående udbudsproces**
 - Forudsætter blot **(1) indkøb på markedsmæssige vilkår** og **(2) ingen klar grænseoverskridende interesse**



Nyeste praksis og erfaringer IV: Når projektet er ufuldstændigt



Vedrørende påståede projektfejl og behovet for projektændringer udtalte voldgiftsretten fire generelle synspunkter:

- At entreprenøren stiller spørgsmål til projektet er ikke udtryk for, at projektet er mangelfuldt
- At der har været mange spørgsmål er ikke bevis for, at projektet er mangelfuldt. "Antallet af spørgsmål behøver jo ikke alene at skyldes projektet, det kan også skyldes spørgeren".
- At uforudsete forhold dukker op under et større og komplekst byggeri er ikke nødvendigvis et udtryk for, at projektet er mangelfuldt
- Bedømmelsen af, om der foreligger egentlige fejl må ske alene på grundlag af beviset for og vurderingen af de enkelte forhold

Entreprenør E skulle for ca. 38 mio. kr. udføre anlægs- og råhusentreprisen i et større projekt udbudt i fagentreprise.

E krævede under sagen bl.a. betaling for forlænget byggepladsdrift, og BH adciterede rådgiver R med krav om friholdelse. E fik medhold i et krav på forlænget byggepladsdrift, der af voldgiftsretten blev fastsat til knap 750.000 kr., men BH fik ikke medhold i sit krav om, at R skulle friholde BH for udgiften til forlænget byggepladsdrift.

Nogle forhold havde medført tilpasning af udbudstidsplan, hvis de havde været indarbejdet, og dermed havde BH ikke lidt et tab.

Fsva 7 (ud af 99) dage henviste VGR til, at "*R's projektilretninger og – tilpasninger samt opfølgning som kvalitativt og kvantitativt ikke gik ud over det, som en bygherre må tåle ved et byggeprojekt af den karakter, størrelse og kompleksitet, som der var tale om.*"

Nyeste praksis og erfaringer V: Kreative omprojekteringsklausuler



EKSEMPEL - "NORMAL"

"Såfremt det styrende budget overskrides i løbet af projekteringsfasen, kan klienten forlange projektet tilrettet vederlagsfrit straks og senest i den efterfølgende fase, så det svarer til det styrende budget. Omprojektering skal ske efter anvisning fra klienten, idet rådgiveren er forpligtet til at fremlægge løsningsforslag for klienten. Klienten har en ubetinget (diskretionær) ret til at bestemme, anvise og/eller forkaste det reviderede, omprojekterede projekt.

Indebærer omprojekteringen, at der skal ske fornyet udbud, skal rådgiverens honorar ... aftales særskilt, og rådgiveren vil i givet fald ikke være berettiget til at indregne dækningsbidrag.

Rådgiverens pligt til at foretage vederlagsfri omprojektering omfatter tillige det forhold, at klienten i udførelsesfasen for at undgå budgetoverskridelser vælger at foretage besparelser i projektet, når budgetoverskridelsen kan henføres til rådgiverens fejl eller forsømmelser.

Rådgiveren er ikke berettiget til tidsfristforlængelse som følge af omprojektering efter nærværende aftale. Rådgiveren har pligt til uden yderligere vederlag ved forsinkelse og/eller omprojektering at opmande og forcere, således at et eventuelt tidstab indhentes.

Rådgiveren er, uanset omprojektering foretages, stadig ansvarlig efter dansk rets almindelige erstatningsregler for klientens tab som følge af ændringer af projektet, der skyldes overskridelse af det styrende budget. Klientens tab kan udgøre (men er ikke begrænset til) udgifter til forgæves projektering, udgifter til forgæves undersøgelser/rapporter, forgæves afholdte udførelsesudgifter eller andre tab som følge af overskridelsen af det styrende budget."

"Såfremt den økonomiske ramme for hvert delprojekt, jf. pkt. 9.1, Herunder den økonomiske ramme for de enkelte entrepriser (totalentrepriser, stor- eller fagentrepriser) under det enkelte delprojekt overskrides ved tilbuds-indhentningen, er Totalrådgiveren forpligtet til straks og uden særskilt honorering i samarbejde med Bygherren at foretage de projektændringer, som er nødvendige for at bringe projektet i overensstemmelse med den for projektet, henholdsvis den enkelte fagentreprise fastlagte økonomiske ramme.

Overskrides den økonomiske ramme efter tilbudsindhentningen som følge af ekstraindele og uforudsete forhold, er Totalrådgiveren i samarbejde med Bygherren forpligtet til at finde besparelser, som modsvarer overskridelsen af den økonomiske ramme inkl. eventuelle omkostninger som følge af en forsinkelse forårsaget af omprojektering. Totalrådgiverens udgifter til en sådan omprojektering afholdes som ekstraindele og skal være indeholdt i den fundne besparelse.

Såfremt overskridelsen af den økonomiske ramme efter tilbudsindhentningen kan henføres til Totalrådgiverens ansvarspådragende forhold, er omprojekteringen vederlagsfri for Bygherren. Medfører omprojektering i den forbindelse, at Bygherren skal afholde godtgørelse eller erstatning til én eller flere entreprenører, jf. AB 92, § 27, er Totalrådgiveren forpligtet til at erstatte Bygherren en sådan godtgørelse og/eller erstatning."

Spørgsmål?



Kontaktoplysninger mv.



KONTAKTOPLYSNINGER**Advokat Steen Hellmann**

E: sh@viltsoft.dk

M: 24 48 11 92

LinkedIn: dk.linkedin.com/pub/steen-hellmann/5/98a/833

Advokat Peter Fauerholdt Thommesen

E: pft@viltsoft.dk

M: 20 99 57 97

LinkedIn: dk.linkedin.com/in/peterfauerholdtthommesen

VILTOFT

Gothersgade 109

1123 København K

T: 33 14 93 00

W: www.viltsoft.dk

LinkedIn: www.linkedin.com/company/viltsoft

NYHEDSBREV

- Tilmeld dig **VILTOFT's nyhedsbrev** her:

<http://www.viltoft.dk/nyhedsbrev/>

