



Specialeafhandling: Entreprenørprojektering efter AB 18 § 17

Fagområde: Entrepriseret
Problemformulering: I dette speciale undersøges det, hvornår en entreprenør med udgangspunkt i AB 18 skal projektere, og hvornår han er ansvarlig herfor. Der fokuseres på, hvornår projektering er aftalt, herunder hvornår der er tale om udbud på funktionskrav, entreprenørens projekteringsansvar som følge af selvstændigt at have fremsat projektforslag, samt entreprenørens forpligtelse til at gøre indsigelse ved projektmangler.

Navn	KU-brugernavn
Mads Kastrup-Larsen	ZGK724
Mads Welcher	DZQ210

Vejleder: Ole Hansen	Antal tegn: 187.032
-----------------------------	----------------------------

Må benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek med karakter (sæt kryds).	X
Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek (sæt kryds).	

Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	X

Afleveringsdato: 29. maj 2023	Karakter:
--------------------------------------	------------------

Abstract

This thesis examines the rules on contractor design in AB 18 section 17(1). It will be examined when the client and the contractor have entered into an agreement on contractor design, including when the contract describes the works to be performed by the contractor in the form of functional requirements. The thesis will also examine the legal position when the contractor presents project proposals on his own initiative and in this regard describe the difficult distinction between the contractor's liability for project proposals and the contractor's strict liability for free choice of materials. Finally, the thesis will describe the extent of contractors' obligation to object to project defects.

The starting point is that it is not a part of the contractor's service to carry out design work, cf. AB 18 § 17(1). Nevertheless, it is frequently seen that the client and its adviser claim that the contractor has been obliged to do so. Such a view may be based on the fact that the contractor and the client have entered into an agreement which states that the contractor is to carry out part of the design, or that the contract describes the works to be performed by the contractor in the form of functional requirements.

Furthermore, it is frequently seen that disagreements about the contractor's liability arise when the contractor presents project proposals. The starting point is that proposals presented by the contractor do not imply that the contractor assumes liability in connection with such proposals, cf. AB 18, clause 17(1). Nevertheless, it has so far been recognized that in certain circumstances a contractor must incur liability for project proposals. It is also seen that project proposals are dealt with under the rules on free choice of materials.

The thesis concludes that a number of criteria can be derived for when the contractor has assumed an obligation to carry out design work and when the contract describes the works to be performed by the contractor in the form of functional requirements. In addition, the thesis concludes that some criteria can be derived from case law under AB 92 for when the contractor bears the liability for its project proposals. However, these are criteria that cannot all be reconciled with the regulation of the contractor's project proposals in AB 18. It also concludes that the contractor's liability in connection with the presentation of project proposals can sometimes be difficult to distinguish from the contractor's strict liability for free choice of materials. Finally, the thesis concludes that the extent of the contractor's duty to object to project defects is closely linked to any obligation to carry out design work for the contractor or the contractor's presentation of project proposals.

Indholdsfortegnelse

1	Indledning	6
1.1	Indledning	6
1.2	Problemformulering	7
1.3	Emneafgrænsning	7
1.4	Metode	9
1.4.1	Den anvendte metode	9
1.4.2	Retskilder	10
1.4.2.1	Love	10
1.4.2.2	AB-systemet	11
1.4.2.3	AB-betænkningen	12
1.4.2.4	Rets- og voldgiftspraksis	12
1.4.2.4.1	Særligt om voldgiftspraksis som retskilde	14
1.4.2.5	Juridisk litteratur	14
1.5	Disposition	15
2	Byggeriets organisations- og aftaleformer	16
2.1	Traditionel udførelsesentreprise	16
2.2	Totalentreprise	18
2.3	Brydningen med de klassiske organisations- og aftaleformer	19
3	Ydelse, ansvarsnormer og retsfølger	21
3.1	Entreprenørens ydelse	21
3.1.1	Udførelse	23
3.1.2	Materialer	24
3.1.3	Projektering	26
3.2	Retsfølger	28
3.2.1	Misligholdelsesbeføjelser	28
3.2.2	Ekstrakrav og tidsfristforlængelse	30
3.2.3	Hæftelse for underentreprenører/-leverandører	31
3.3	Sammenfatning	31
4	Entreprenørens projekteringsforpligtelse	32
4.1	Indledning til entreprenørens projekteringsforpligtelse	32
4.2	Hvornår er projektering aftalt?	34
4.2.1	Udtrykkelig aftale	35
4.2.2	Skærpede vedtagelseskrav	41
4.2.3	Lempede vedtagelseskrav	43
4.2.3.1	Entreprenørprojektering er sædvanligt	44
4.2.3.2	Parternes fælles forståelse	48
4.2.3.3	Faktisk udført projektering	50
4.2.3.4	Spinkelt projekt	52
4.2.4	Sammenfatning	54

4.3 Udbud på funktionskrav.....	56
4.3.1 Generelt om udbud på funktionskrav	56
4.3.2 Hvornår er der tale om udbud på funktionskrav?.....	59
4.3.2.1 Grænsen mellem detailprojektering og funktionsudbud. Referenceprodukter	61
4.3.2.2 Den nedre grænse for udbud på funktionskrav	66
4.3.2.4 Sammenfatning	68
4.3.3 Retsvirkningen af at der er tale om udbud på funktionskrav.....	70
4.4 Entreprenørens projekteringsansvar for projektforslag.....	72
4.4.1 Udgangspunktet i relation til projektforslag og hensynene bag	72
4.4.2 Hvornår er entreprenøren ansvarlig for sit projektforslag?.....	74
4.4.2.1 Tidspunktet for forslagens fremsættelse.....	75
4.4.2.2 Rådgiverens undersøgelser af forslaget.....	79
4.4.2.3 Sammenfatning	82
4.4.3 Sondringen mellem entreprenørens ansvar for materialer og ansvar for projektforslag.....	83
4.4.3.1 Kategoriseringen under entreprenørens frie materialevalg eller projektforslag	83
4.4.3.1.1 Ikke på forhånd projekteret med et specifikt materiale.....	84
4.4.3.1.2 Entreprenørens forslag til et alternativt materiale end angivet i projektet.....	85
4.4.3.1.3 Sammenfatning.....	89
4.4.3.2 Betydningen af sondringen	90
4.5 Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler.....	91
4.5.1 Udgangspunktet for entreprenørens indsigelsespligt	91
4.5.2 Skærpelse af entreprenørens indsigelsespligt.....	93
4.5.2.1 Særlig sagkundskab.....	93
4.5.2.2 Projektgennemgang	93
4.5.2.3 Entreprenørens projektering og projektforslag	95
4.5.2.4 Sammenfatning	97
5 Sammenfatning og perspektivering.....	97
6 Kildeliste.....	102
6.1 Love, agreed documents, betænkninger mv.	102
6.2 Afgørelser.....	103
6.3 Litteratur	104

1 Introduktion

1.1 Indledning

Nutidens byggeri er kendetegnet ved stadig større og mere komplekse entreprisopgaver og høj grad af specialisering. Dette har medført, at projekteringen langt fra altid er afsluttet ved arbejdets påbegyndelse. I den moderne byggeproces er det derfor almindeligt, at entreprenøren også uden for totalentrepriser involverer sig i projekteringen; det være sig ved at det mellem bygherren og entreprenøren aftales, at entreprenøren skal detailprojektere en del af projektet, eller ved at projektet udbydes på funktionskrav. Det ses undertiden også, at entreprenøren af egen drift fremsætter forslag til projektet, som efterfølgende implementeres af bygherren.¹

Ovenstående tendenser i byggebranchen betød, at AB-udvalget under revisionen af AB-systemet fandt “[...] det påkrævet, at AB 18 indeholder bestemmelser om entreprenørprojektering, fordi det er almindelig forekommende og undertiden aftales efterfølgende, fordi der opstår et behov for det.”² Det fandtes nødvendigt, idet AB 92 ikke indeholdt bestemmelser, som håndterede de spørgsmål, der opstod i relation til entreprenørers projektering. Reglerne om entreprenørprojektering i AB 18 er indarbejdet for at integrere entreprenørens projekteringsforpligtelse som en almindeligt forekommende del af entreprenørens ydelse, navnlig § 4, stk. 2 og 3, samt § 17, og bestemmelserne tilsigter at bidrage til, at parterne i deres aftale tager stilling til entreprenørens forpligtelse til at projektere.³ Bestemmelserne afføder imidlertid nye problematikker, idet de fordrer, at parterne i højere grad end tidligere selv fastlægger omfanget af entreprenørens ydelse, navnlig om den udover udførelse tillige omfatter projektering. Hvis parternes aftalegrundlag ikke er tilstrækkelig præcist, eller hvis entrepriseretten generelt ikke skaber tilstrækkelig klarhed over retsstillingen, vil det allokere tvister, som vil medføre omkostninger for parterne. Tvister mellem byggeriets parter vil derfor fortsat opstå, men nu vil AB’s regler om entreprenørprojektering kunne anvendes som kilde til fortolkning af disse uenigheder.

Dette speciale har til hensigt at beskrive reglerne i AB 18 og undersøge nogle af de retlige spørgsmål, der er forbundet med entreprenørers projektering i lyset af AB 18, navnlig § 17, stk.

¹ AB-betænkningen (2018), s. 14

² AB-betænkningen (2018), s. 14

³ Ole Hansen i TBB 2018.344: *Reglerne om entreprenørens projektering i udkastet til AB 18*

1. Det vil blive undersøgt, hvornår bygherren og entreprenøren har indgået en aftale om projektering, herunder hvornår der er tale om udbud på funktionskrav. Specialet vil ligeledes undersøge retsstillingen, når entreprenøren af egen drift fremsætter projektforslag, herunder søge at beskrive den vanskelige sondring mellem entreprenørers strenge ansvar i tilfælde af frit materialevalg og entreprenørers projekteringsansvar for fremsættelse af projektforslag. Specialet vil ligeledes berøre entreprenørers almindelige forpligtelse til at gøre indsigelse mod projektmangler og sætte denne forpligtelse i perspektiv til entreprenørens projekteringsforpligtelse eller mangel på samme.

1.2 Problemformulering

I dette speciale undersøges det, hvornår en entreprenør med udgangspunkt i AB 18 skal projektere, og hvornår han er ansvarlig herfor. Der fokuseres på, hvornår projektering er aftalt, herunder hvornår der er tale om udbud på funktionskrav, entreprenørens projekteringsansvar som følge af selvstændigt at have fremsat projektforslag, samt entreprenørens forpligtelse til at gøre indsigelse ved projektmangler.

1.3 Emneafgrænsning

Henset til specialets anslagsmæssige begrænsninger vil fremstillingen ikke indeholde en fuldstændig beskrivelse af området for entreprenørprojektering, herunder de øvrige dele af AB 18 § 17. Fremstillingens primære fokus er de problemstillinger, som AB 18 § 17, stk. 1 frembyder. Specialets afsnit 3 vil dog indeholde en summarisk beskrivelse af de forskellige elementer af entreprenørens ydelse og ansvaret forbundet med disse, ligesom de forskellige retsfølger vil blive beskrevet. Udtrykket "projekteringsansvar" vil i den forbindelse og undervejs i specialet blive anvendt som en samlebetegnelse for de situationer, dels hvor der ikke er leveret projektering, selvom entreprenøren har forpligtet sig hertil, dels hvor der er leveret projektering, men projekteringen er mangelfuld, dels de tilfælde hvor entreprenøren hæfter for sine underentreprenørers/-leverandørers manglende eller mangelfulde projektering. Sidstnævnte tilfælde knytter sig til et spørgsmål om hæftelse, men både entreprenørens ansvar og hæftelse vil i dette speciale blive anvendt under den nævnte samlebetegnelse "projekteringsansvar". Under samme betegnelse inddrages tilfælde, hvor entreprenøren udfører en projektering, som giver anledning

til tvister om ekstrakrav og/eller tidsfristforlængelse. Projekteringsansvaret i nærværende speciale relaterer sig ikke til entreprenørens eventuelle ansvar for følgeskader og indirekte tab.

Fokus i nærværende speciale er på aftalerelationen mellem bygherren og entreprenøren. Dog vil specialet også inddrage afgørelser, hvor der er tvist om, hvorvidt der er aftalt en projekteringsforpligtelse mellem en entreprenør og dennes underentreprenør, idet “bygherren” i underentrepriserforhold da forstås som entreprenøren og “entreprenøren” som underentreprenøren, jf. § 2, stk. 1, 2. pkt. Bygherrens muligheder for at rette et direkte krav mod entreprenørens underentreprenør/-leverandør vil ikke blive behandlet, ligesom specialet ikke vil beskæftige sig med eventuelle køberetlige eller produktansvarsretlige problemstillinger i relation til materialer.

Bygherrens aftalerelation med rådgiveren, herunder omfanget af rådgiverens projekteringsforpligtelse og ansvar, vil ikke blive behandlet. Det vil derfor ikke blive undersøgt eller beskrevet, hvilken påvirkning entreprenørens projekteringsforpligtelse eller dennes projekteringsansvar har på rådgiverens forpligtelse eller ansvar. Rådgiverens mulighed for at overlade en del af projekteringen til entreprenøren efter ABR 18 § 14 vil af samme grund ikke blive behandlet.

Som et nyere fænomen inden for entrepriseretten er samprojektering. Disse situationer er dog ikke et fokuspunkt i dette speciale og vil derfor ikke blive behandlet. Samprojektering er i øvrigt ikke reguleret i AB-systemet, idet det er forudsat, at sådanne ordninger reguleres ved individuelle aftaler.⁴

Der findes en omfattende mængde rets- og voldgiftspraksis, der relaterer sig til spørgsmålet om entreprenørprojektering. Det er selvsagt ikke muligt at gennemgå samtlige afgørelser, der kunne være relevante. Der er derfor udvalgt den praksis, der vurderes at være af størst betydning og mest sigende i forhold til den gældende retsstilling. Af samme årsag er der primært fokuseret på nyere afgørelser, idet entreprenørprojektering er et område, der har undergået en stor udvikling, og det vurderes derfor, at begrundelserne i nyere afgørelser er mest retvisende for domstolens og voldgiftsretternes aktuelle opfattelse på området.

⁴ AB-betænkningen (2018), s. 15

Da AB indgår som en bestanddel af næsten alle entreprisaftaler⁵, er det oplagt at lade specialet tage udgangspunkt i den situation. Spørgsmålet om entreprenørprojektering vil derfor gennem specialet alene fokusere på retsstillingen, når AB 18 er vedtaget mellem parterne. Der bortses derfor fra individuelle aftaler mellem parterne, hvor AB 18 ikke er vedtaget eller er fraveget.

Hvis det havde været kvantitativt muligt, ville det have været interessant at foretage en komparativ analyse af udenlandsk ret, herunder navnlig norsk ret. Dette skyldes, at AB 18 § 17 helt tydeligt er inspireret af den norske NS 8405 artikel 13.1. Hensigten med specialet er dog at finde ud af, hvordan den danske bestemmelse om entreprenørprojektering i AB 18 fremover vil blive udlagt, og dansk rets- og voldgiftspraksis vurderes derfor at være mest sigende i forhold til dette, idet det bl.a. ikke kan udelukkes, at udenlandske domstole og voldgiftsretter vil lægge vægt på andre forhold end danske.

Tilsvarende havde det været interessant at foretage en analyse af ansvarsfordelingen mellem entreprenøren og rådgiveren for så vidt angår de dele af projektet, der er genstand for entreprenørprojektering. Selvom det altovervejende udgangspunkt er, at projekteringsansvaret overvælttes på entreprenøren, hvad angår de dele af projektet, der er genstand for entreprenørprojektering, ses det, at udgangspunktet modificeres efter en konkret vurdering.⁶ Som nævnt ovenfor vil specialet dog kun indeholde en summarisk gennemgang af entreprenørens projekteringsansvar, idet fokus er på selve projekteringsforpligtelsen, dog med undtagelse af afsnit 4.4 om projektforslag.

1.4 Metode

1.4.1 Den anvendte metode

Nærværende speciale er udarbejdet på grundlag af den retsdogmatiske metode.⁷ Specialet har således til hensigt at beskrive, fortolke og systematisere gældende ret på området for entreprenørprojektering. På baggrund af de foreliggende entrepriseretlige retskilder udleder specialet,

⁵ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 58

⁶ Se bl.a. Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 564ff, som rubricerer rådgiverens ansvar i 6 typetilfælde

⁷ Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode*, s. 32f. Se også Mads Bryde Andersen: *Ret og Metode*, s. 96f og Peter Blume: *Juridisk Metodelære*, s. 63ff

hvornår en entreprenør har påtaget sig en projekteringsforpligtelse, samt hvornår en entreprenørs fremsættelse af projektforslag, indebærer, at entreprenøren påtager sig projekteringsansvaret for forslaget.

Grundlaget for beskrivelsen af retstilstanden er de traditionelle retskilder i entrepriseretten, jf. nedenfor under afsnit 1.4.2. På baggrund af en gennemgang og analyse af de relevante retskilder forsøges det så vidt muligt at drage konklusioner om retstilstanden, og der afgives udsagn *de lege lata*.⁸ Specialets konklusioner vil dog på nogle punkter være præget af en vis usikkerhed, bl.a. fordi den foreliggende retspraksis alene relaterer sig til AB 92, jf. nærmere nedenfor i afsnit 1.4.2.4.

Specialet har ikke til hensigt at fremkomme med udsagn *de lege ferenda*, dvs. udsagn om hvorledes retstilstanden bør være.⁹ Specialet har derimod til trods for den eksisterende usikkerhed til hensigt at klarlægge, hvordan retstilstanden bør udlægges på baggrund af de argumenter, der foreligger. Dette er udsagn, der kan karakteriseres som *de sententia ferenda*.¹⁰ Der vil i den henseende blive fremhævet forskellige paradokser og modsætninger i den bestående retlige regulering og andre retskilder.

1.4.2 Retskilder

1.4.2.1 Love

Entrepriseretten, herved forstået aftalerelationen mellem byggeriets parter, er ikke lovreguleret i Danmark.¹¹ Det betyder dog ikke, at der ikke findes lovregulering inden for entrepriseretten. Der findes en række offentligretlige love, som har betydning for bygge- og anlægsvirksomhed, herunder udbudsloven, tilbudsloven og byggeloven.¹² Ligeledes har lovgivningen på andre områder også relevans for entrepriseretten. Dette gør sig f.eks. gældende med aftaleloven, idet denne har en vis indflydelse på, hvordan aftaler i entrepriseretten indgås, fortolkes og forstås,

⁸ Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *Juraens Verden*, s. 326

⁹ Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller: *Juraens Verden*, s. 326

¹⁰ Christian Johansen: *Bygherrens ændringsret*, s. 25

¹¹ Ole Hansen: *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, s. 16

¹² Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 53f

ligesom dele af købelovgivningen har betydning for forståelsen af parternes aftale i entrepriseretten.¹³

1.4.2.2 AB-systemet

Eftersom der ikke findes nogen lov, der regulerer forholdet mellem byggeriets parter, er entrepriseretten principielt karakteriseret ved aftalefrihed. Retsområdet er derfor i mangel på aftale reguleret af de almindelige, deklatoriske formueretlige regler, hvor disse findes egnede på entrepriseforhold.

Spørgsmålet om, hvad der er deklatorisk dansk entrepriseret, forbliver dog af begrænset praktisk interesse, idet Almindelige betingelser for bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18) stort set altid er vedtaget ved entrepriser af en vis størrelse, dvs. aftalt mellem bygherren og entreprenøren.¹⁴¹⁵ AB 18 udgør et sæt standardvilkår for entrepriseaftaler, som er udarbejdet på baggrund af forhandlinger mellem byggeriets og anlægssektorens parter. Dette, samt den udbredte anvendelse af AB 18 (og AB 92) i entrepriseaftaler, har medført, at vilkårene har en dominerende retskildemæssig betydning i entrepriseretten.¹⁶

AB 18 finder kun anvendelse, hvis det er aftalt mellem parterne. Vilkårene er dog i vidt omfang udtryk for dansk rets almindelige regler på området, dvs. de *udfyldende regler* på entrepriserettens område. Vedtagelsestærsklen for hvornår AB 18 anses for vedtaget ligger derfor særdeles lavt.¹⁷ AB 18 er imidlertid ikke udtømmende, og på en række områder, herunder i relation til entreprenørprojektering, er det forudsat, at parterne i deres individuelle kontraktvilkår tager stilling til entreprenørens forpligtelser under hensyn til det konkrete byggeri.¹⁸ En forståelse af parternes aftale forudsætter således, at man sammenholder de vedtagne AB-vilkår med parternes selvstændige vilkår, samt også arbejdstegninger, tekniske beskrivelser mv.

¹³ Ole Hansen: *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, s. 16f

¹⁴ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 54f

¹⁵ ABR 18 vedtages i forholdet mellem rådgivere og bygherre, og ABT 18 vedtages i forholdet mellem bygherre og totalentreprenør

¹⁶ Ole Hansen: *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, s. 17 og Torsten Iversen i TBB 2018.398: *Om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler*

¹⁷ Torsten Iversen i TBB 2003.480: *Udfyldende entrepriseret. Hvad gælder, når AB 92 ikke er vedtaget?*

¹⁸ Ole Hansen i TBB 2018.351: *Reglerne om parternes kommunikation i udkastet til AB 18*

1.4.2.3 AB-betænkningen

AB 18 hviler på et omfattende arbejde og på forhandlinger mellem bygge- og anlægsbranchens parter i det såkaldte revisionsudvalg, som blev nedsat af ressortministeren. Udvalgets betænkning forelå i juni 2018 som betænkningen nr. 1570.¹⁹ I forbindelse med AB-betænkningens udarbejdelse indkaldte udvalget eksperter inden for det entrepriseretlige område som en slags præhøring forud for den offentlige høring. Udvalget sendte herefter udkastet til AB i offentlig høring.²⁰

Betænkningen indeholder udvalgets både overordnede overvejelser, men også mere konkrete overvejelser i relation til de enkelte bestemmelser, og den kan således bruges som fortolkningsbidrag til forståelsen af AB 18 og dermed parternes aftale, idet udvalgets overvejelser ses at have en betydelig værdi i dag.²¹ Som det vil fremgå undervejs i specialet, giver betænkningen imidlertid ikke et entydigt svar på, hvordan retsstillingen fremover skal være i relation til spørgsmålene, der knytter sig til entreprenørprojektering. Betænkningen kan således ikke selvstændigt bruges til at fastslå retsstillingen, men den kan bruges som fortolkningsbidrag.

1.4.2.4 Rets- og voldgiftspraksis

For at klarlægge retsstillingen inddrages en stor mængde af rets- og voldgiftspraksis, idet det er afgørelser, der endeligt fastlægger, hvordan retsstillingen er. Indtil retten bliver anvendt i praksis, udgør den alene et postulat.²² Rets- og voldgiftspraksis har derfor en afgørende betydning for udviklingen og forståelsen af dansk entrepriseret.

Rets- og voldgiftsavgørelser er i sagens natur meget konkrete, og mange trykte afgørelser gengiver kun i begrænset omfang sagens konkrete omstændigheder samt aftalegrundlaget mellem parterne, hvilket vanskeliggør forståelsen. En stor del af specialet tager udgangspunkt i en analyse af parternes aftaler, og der må derfor tages forbehold for, at der i de enkelte afgørelser kan have været momenter af betydning, som ikke fremgår af afgørelserne. Dette skal holdes for

¹⁹ AB-betænkningen (2018), s. 5

²⁰ AB-betænkningen (2018), s. 10

²¹ Torsten Iversen i TBB 2018.326: *Struktur og sprog i AB-udkastet*

²² Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode*, s. 251

øje, og man bør derfor være påpasselig med at tillægge de enkelte afgørelser for stor en præjudikatsværdi.²³ Der er imidlertid ingen tvivl om, at rets- og voldgiftsavgørelser er af betydelig retskildemæssig værdi, og mange af de valgte afgørelser indeholder da også en gengivelse af forskellige projekteringsklausuler og generelle bemærkninger udtalt af domstolene og voldgiftsretterne, som kan bruges til at udlede generelle tendenser på trods af, at de udspringer af et konkret faktum.

Den anvendte rets- og voldgiftspraksis er baseret på AB 92, hvor der ikke fandtes en bestemmelse svarende til AB 18 § 17. Dette skyldes, at der fortsat ikke er offentliggjort praksis på baggrund af AB 18 § 17. Der er således en iboende usikkerhed forbundet med analysen af retsstillingen, som den må forventes at blive fremover, men ikke desto mindre må de inddragne afgørelser kunne bidrage til at give et vejledende billede af, hvordan retsstilling må antages at blive under AB 18. Dette kan bl.a. understøttes af, at hvis det havde været revisionsudvalgets hensigt, at AB 18 § 17 skulle ændre retsstillingen væsentligt i forhold til AB 92, ville det have fremgået af bemærkningerne. Til § 19 om projektgennemgang er det således bl.a. anført i betænkningen, at denne udbygger retsstillingen væsentligt i forhold til AB 92. Tilsvarende følger det af bemærkningerne til § 8, stk. 5, at bestemmelsen ændrer de i retspraksis tidligere opstillede betingelser for direkte mangelskrav. Endelig kan nævnes bemærkningerne til den nye bestemmelse i § 54, stk. 2, om entreprenørens ansvar for indirekte tab i produktansvarstilfælde, hvor det tilsvarende fremgår af bemærkningerne, at bestemmelsen ændrer hidtidig praksis.²⁴ Sådanne bemærkninger er ikke indført i relation til AB 18 § 17. Det er i øvrigt af enkelte forfattere anført, at AB 18 § 17 generelt anses for at være et forsøg på at sammenfatte essensen af den praksis, der er opstået under AB 92.²⁵

Omvendt fremgår det direkte af bemærkningerne til bl.a. §§ 22, stk. 1, om bygherrens anvisninger om arbejdets udførelse, § 40, stk. 4 om dagbod for mellemfrister samt § 47, stk. 3, litra a og b om byggetidens viden og formålsuegnet ved materialer, at bestemmelserne er nye,

²³ Ole Hansen: *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, s. 19, Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 61 og Kristian Skovsgaard: *Entreprenørens ekstraarbejder*, s. 23ff

²⁴ AB-betænkningen (2018), s. 111, s. 181f og 166

²⁵ Michael Gjedde-Nielsen m.fl.: *ABR 18 med kommentarer*, s. 303, Erik Hørlyck i TBB 2018.299: *En reform med respekt for fortiden* og til dels Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 544

men at de kodificerer retspraksis, dvs. den regulering der gjaldt under AB 92.²⁶ En sådan bemærkning om, at bestemmelsen er i overensstemmelse med hidtidig praksis, fremgår ikke af § 17, hvorfor det ikke kan afvises, at bestemmelsen vil medføre enkelte ændringer i retsstillingen.

1.4.2.4.1 Særligt om voldgiftspraksis som retskilde

Praksis har inden for entrepriseretten i vid udstrækning karakter af voldgiftspraksis. Det skyldes, at vedtagelsen af AB - uden for forbrugerforhold - indebærer, at tvister mellem parterne skal afgøres ved Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg, jf. AB 18 § 69.²⁷ Voldgift iht. AB er beskrevet som en "processuel hybrid" mellem en domstol og en voldgiftsret, idet parterne ikke har indflydelse på valget af voldgiftsdommere - udover at dommerne kommer i høring hos parterne - ligesom processen afvikles på stort set samme måde som en almindelig dansk retssag, dog uden offentlighed, vidnepligt mv.²⁸ Voldgiftsretten består normalt af én juridisk dommer, som har haft en hovedstilling ved de ordinære domstole, og to sagkyndige dommere (f.eks. arkitekter og ingeniører). jf. AB 18 § 69, stk. 5. Disse forhold betyder, at der ikke er tvivl om, at de afgørelser, der træffes af voldgiftsretten, der er nedsat af Voldgiftsnævnet, har meget betydelig retskildeværdi - også selvom der kun medvirker én juridisk dommer.²⁹ Hvor domme afsagt af en højere retsinstans er normerende for senere domme afsagt af lavere retsinstanser, er voldgiftskendelser dog ikke på samme måde normerende for senere voldgiftskendelser. Præjudikatsværdien af en voldgiftskendelse afhænger i vidt omfang af vægten af kendelsens argumentation og voldgiftsrettens sammensætning.³⁰

1.4.2.5 Juridisk litteratur

Der findes i dansk retslitteratur en række afhandlinger og værker med entrepriseretligt indhold. For så vidt angår AB 18 § 17 kan den foreliggende litteratur siges at udgøre et brugbart fortolkningsbidrag, idet der ikke foreligger rets- og voldgiftsavgørelser på området. Omvendt betyder den manglende praksis, at de udsagn, der kan læses i den juridiske litteratur, er afgivet på

²⁶ AB-betænkningen (2018), s. 119, 151f og 161f

²⁷ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 61

²⁸ Ole Hansen og Torsten Iversen m.fl.: *AB og nye aftaleformer i byggeriet*, s. 265ff og Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 60.

²⁹ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 60f, Kristian Skovsgaard: *Entreprenørens ekstraarbejder*, s. 24ff og Ole Hansen og Torsten Iversen m.fl.: *AB og nye aftaleformer i byggeriet*, s. 274f

³⁰ Kristian Skovsgaard: *Entreprenørens ekstraarbejder*, s. 26 og Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 19f

et spinkelt grundlag, idet det anførte ikke kan støttes på praksis. Der ses således også en tendens til, at der i den juridiske litteratur i forhold til AB 18 § 17 mangler understøttelse for de enkelte forfatteres postulater, herunder henvisning til praksis.

Ydermere er den juridiske litteraturs retskildemæssige værdi generelt omdiskuteret, og det er undertiden anført, at juridiske forfattere savner den fornødne legitimitet til at kunne påvirke retsforholdene.³¹ For at afhjælpe denne grundlæggende usikkerhed, har det været nødvendigt at anskue de enkelte forfatteres synspunkter med en vis skepsis, samt at inddrage et bredt udsnit af den entrepriseretlige litteratur i et forsøg på at afdække så mange synspunkter som muligt.

1.5 Disposition

Specialet beskriver indledningsvist i afsnit 2 byggeriets forskellige organisations- og aftaleformer. Afsnittet vil give et summarisk overblik over, hvad der kendetegner traditionel udførelse-sentreprise og totalentreprise, inden afsnittet afslutningsvis vil beskrive den brydning, der er sket med de klassiske entrepriseformer i nyere tid.

På baggrund af beskrivelsen i afsnit 2 fokuseres der i afsnit 3 på entreprenørens ydelse samt entreprenørens ansvar i relation til de forskellige delelementer af entreprenørens ydelse. I forlængelse heraf vil de enkelte retsfølger blive summarisk beskrevet.

I afsnit 4 vil entreprenørens projekteringsforpligtelse være genstand for en dybdegående analyse. Der vil indledningsvist blive foretaget en nærmere analyse af, hvornår en entreprenør har påtaget sig en forpligtelse til at projektere uden for tilfælde af udbud på funktionskrav. Efterfølgende fokuseres der på det nærmere indhold af begrebet udbud på funktionskrav, herunder hvornår der er tale om udbud på funktionskrav samt retsvirkningen heraf. Der vil herefter blive fokuseret på entreprenørers fremsættelse af projektforslag. I den forbindelse vil specialet beskrive og analysere den vanskelige sontring mellem entreprenørers strenge ansvar ved frit materialevalg og entreprenørers projekteringsansvar ved fremsættelse af projektforslag. Afslut-

³¹ Peter Blume: *Retssystemet og juridisk metode*, s. 192f

ningsvist i afsnit 4 vil der blive foretaget en nærmere beskrivelse af entreprenørers indsigelsespligt, herunder hvilken betydning entreprenørens involvering i projektet har for indsigelsespligtens omfang.

På baggrund af analysen vil der i afsnit 5 blive konkluderet på specialets problemformulering.

2 Byggeriets organisations- og aftaleformer

2.1 Traditionel udførelsesentreprise

Entrepriseaftaler defineres normalt som aftaler om arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, jf. AB 18 § 1, stk. 1. Definitionen af en entrepriseaftale afhænger ikke af størrelsen på det, som skal bygges eller laves. En entrepriseaftale kan således være en aftale mellem to parter om at opføre en større bygning eller anlæg, men den kan også angå renovering af et badeværelse i en ét-værelses lejlighed.³²

Den typiske entreprisekontrakt er en gensidigt bebyrdende aftale, der er indgået mellem en bygherre på den ene side og en entreprenør på den anden side. Entreprenøren forpligter sig ved aftalen til at præstere en realdydelse i form af et arbejdsresultat, mens bygherren ved aftalen forpligter sig til at præstere en pengeydelse, dog med visse biforpligtelser.³³ De traditionelle entrepriseformer udgør fag-, stor- og hovedentreprise.

I aftaleforholdet mellem bygherren og entreprenøren anvendes normalt AB 18, som indeholder en lang række regler om bygherrens og entreprenørens rettigheder og forpligtelser.³⁴ En entreprenør kan efter omstændighederne vælge at indgå en kontrakt med underentreprenører/underleverandører, hvis det er sædvanligt eller naturligt, at arbejdet udføres i underentreprise, jf. AB 18 § 8, stk. 1. Ved underentrepriseforhold forstås “bygherren” som entreprenøren og “entreprenøren” som underentreprenøren, jf. § 2, stk. 1, 2. pkt. i forholdet mellem entreprenøren og underentreprenøren.

³² AB 18 er udarbejdet med henblik på entrepriseaftaler, hvor bygherren ikke er forbruger, jf. AB 18, § 1, stk. 1. I tilfælde hvor bygherre er forbruger, er det mere nærliggende at vedtage AB-Forbruger.

³³ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 25

³⁴ Ved mindre eller enklere entrepriser findes dog AB forenklet, som er tænkt anvendt på disse aftaleforhold.

Når der er tale om bygge- og anlægsarbejder af en vis størrelse, har bygherren ofte brug for rådgivning med henblik på at klarlægge sine behov og systematisere sine overvejelser. Behovet for teknisk rådgivning i forbindelse med gennemførelsen af et konkret projekt er mangeartede og består helt fra indledende tekniske beskrivelser og tegninger til udarbejdelse af projekt, der kan danne grundlag for myndighedsgodkendelse, udbud og udførelse, samt evt. behov for byggestyring, projektopfølgning og tilsyn.³⁵ ABR 18 finder udbredt anvendelse som aftalegrundlag for aftaler om teknisk rådgivning og bistand inden for bygge- og anlægsvirksomhed mellem bygherre og dennes rådgiver, evt. flere rådgivere, jf. ABR 18 § 1, stk. 1. De traditionelle rådgivere er typisk arkitekter, ingeniører og landskabsarkitekter, men vilkårene kan også anvendes på rådgivningsopgaver inden for andre områder.³⁶

De traditionelle organisations- og aftaleformer er udtryk for en organisering, der er baseret på en skarp fase- og opgavefordeling, hvor opgaven defineres af bygherren, der ofte vil blive bistået af en eller flere rådgivere. Det indebærer, at entreprenøren skal udføre opgaven og typisk levere materialer i henhold til et på forhånd tilvejebragt, færdigt projekt, der er udarbejdet af bygherren i samarbejde med dennes rådgivere.³⁷ Den traditionelle faseopdeling er udtryk for en opdeling af byggeprocessen og indebærer, at der er en klar tidsmæssig adskillelse mellem projektering og udførelse, idet udførelseskontrakten med entreprenøren først indgås efter bygherren har analyseret og beskrevet sine behov udførligt og endeligt i et udførelsesprojekt. Dette betyder også, at entreprenøren hverken yder rådgivning eller forestår nogen del af projekteringen.³⁸

Den traditionelle entrepriseret - som udspringer af den praksis for aftaleindgåelse, der primært fandt anvendelse i det 20. århundrede - er udtryk for en forholdsvis lavteknologisk byggeproces i et industri- og håndværkssamfund karakteriseret ved skarpe faggrænser og lav specialisering. Dette skyldtes et generelt lavt uddannelsesniveau i samfundet, og at entreprenører sjældent besad teknologisk indsigt, som var forbeholdt de særligt uddannede teknikere, ligesom der var

³⁵ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 97f

³⁶ AB-betænkningen (2018), s. 11

³⁷ Ole Hansen og Torsten Iversen m.fl.: *AB og nye aftaleformer i byggeriet*, s. 46f

³⁸ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 20f

meget få store entreprenørvirksomheder med bredere kompetencer, specialviden og store økonomiske ressourcer.³⁹

2.2 Totalentreprise

Totalentrepriseaftaler defineres som entrepriseaftaler, hvor entreprenøren - ud over udførelse og levering af materialer - tillige skal forestå den væsentligste del af projekteringen, jf. ABT § 2, stk. 1. Totalentreprise udgør dermed en modpol til den traditionelle udførelsesentreprise. Kontraktretligt står totalentreprise i en særstilling, idet man herved kombinerer to fundamentalt forskellige kontraktforhold, nemlig rådgivningskontrakten og entreprisekontrakten.⁴⁰

Allerede i 1970'erne sås eksempler på totalentrepriseaftaler.⁴¹ Det var da også anerkendt i bl.a. boligministeriets cirkulære om støtte til alment nybyggeri mv. fra 1975, hvor det bl.a. fremgik, at bygherre kunne udbyde projektet i "totalleverance" på grundlag af et byggeprogram. I dag er totalentrepriser reguleret i ABT 18, som finder udbredt anvendelse som aftalegrundlag i forholdet mellem bygherren og totalentreprenøren. Kendetegnende for totalentreprisekontrakter er, at udbuddet i større eller mindre omfang er baseret på funktionskrav, der er formuleret af bygherren, eventuelt i samarbejde med en teknisk rådgiver, uden at bestemte metoder mv. er krævet anvendt.⁴² ABT 18 anvendes normalt på opgaver af en vis størrelse og kompleksitet, hvor bygherre ønsker præsteret en betydelig entreprenørprojekteringsindsats.⁴³

En fordel ved at anvende totalentreprisemodellen er, at bygherren på et tidligt tidspunkt opnår klarhed over, hvad det vil koste at realisere projektet. Derudover har bygherren kun én medkontrahent, hvilket dels forenkler ansvarsforholdene, dels udelukker de koordineringsproblemer for bygherren, der kan opstå i traditionel udførelsesentreprise, særligt fagentrepriser. Den samlede projekterings- og byggeproces kan også gøres kortere end ved udførelsesentreprise, idet projektering og udførelse i vidt omfang kan foretages sideløbende, ligesom man på et tidligt stadie kan inddrage entreprenørens relevante kompetencer. Den primære ulempe ved total-

³⁹ Kristian Skovsgaard: *Entreprenørens ekstraarbejder*, s. 46f og Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 22

⁴⁰ Erik Hørlyck: *Totalentreprise*, s. 50

⁴¹ Jørgen Hansen m.fl.: *Ansvar og moderniseret byggeproces*, s. 37ff

⁴² Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 842

⁴³ Eric Boesgaard m.fl.: *ABT 18 for praktikere*, s. 26

entreprise kan være, at bygherren på et tidligt tidspunkt i et betydeligt omfang mister indflydelsen på projekteringen, og at totalentreprenøren vil vælge de billigste løsninger, der er tilladelige i henhold til kontrakten.⁴⁴

Anvendelsen af totalentreprise indebærer ikke, at ethvert behov for teknisk rådgivning bortfalder, idet bygherren kan have behov for såkaldt bygherrerådgivning med henblik på formulering af overordnede krav og ønsker til projektet, som totalentreprenøren gennem sin projektering og udførelse skal opfylde. Rådgiverens opgaver begrænser sig typisk til udarbejdelse af et byggeprogram, således at totalentreprenøren forestår både forslagsfasen og projekteringsfasen. Undertiden ses det dog, at projektet udbydes på grundlag af et projektforslag, dvs. at forslagsfasen er afsluttet, men projekteringsfasen ikke er påbegyndt. I disse situationer er der tale om såkaldt "sen totalentreprise". ABT er dog ikke udformet med henblik på udbud, hvor projektets udarbejdelse er kommet så langt, at der er tale om et fuldstændigt myndighedsprojekt eller endog et fuldstændigt udbudsprojekt. I sådanne situationer bør projektet i stedet udbydes på AB-vilkår med en aftalt projekteringsforpligtelse for entreprenøren.⁴⁵

I totalentrepriser vil det ligeledes være almindeligt, at totalentreprenøren selv kontraherer med tekniske rådgivere med henblik på færdiggørelse af projektet.⁴⁶ I aftaleforholdet mellem bygherren og rådgiveren eller mellem totalentreprenøren og rådgiveren, vil ABR 18 normalt være vedtaget.

2.3 Brydningen med de klassiske organisations- og aftaleformer

Nutidens byggeri med mere komplekse entrepriseopgaver og høj grad af specialisering, har i nogen grad forskubbet den faglige ekspertise i retning fra rådgiverne mod entreprenørerne.⁴⁷ Dette har udmøntet sig i anvendelsen af nye organisations- og aftaleformer med henblik på at imødekomme de krav, der stilles til nutidens byggeri og byggeprocesser. De nye aftaleformer i byggeriet er mangeartede, men fælles for dem alle er, at de indebærer et opgør med den fase- og opgavedeling, som traditionel entreprise er udtryk for. Der er ofte tale om en tidsmæssig

⁴⁴ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 842f

⁴⁵ AB-betænkningen (2018), s. 371f

⁴⁶ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 843

⁴⁷ Ole Hansen i Juristen (2011): *Perspektiver for entrepriseretten - om udfordringer for forskningen i entreprise- ret og kontraktret*, s. 202

forskydning af byggeprocessen, hvor projekteringen i mindre eller større omfang foretages løbende med udførelsen.⁴⁸

Christian Johansen beskrev allerede denne brydning med den traditionelle fase- og opgavefordeling i 1999, hvor entreprenøren involveredes tidligere i forbindelse med projekteringen, som den *industrielle byggeproces*.⁴⁹ De nye aftaleformer blev gennemgående behandlet af Ole Hansen under navnet *entrepriseretlige mellemformer* i bogen af samme navn fra 2013. Bogen var skrevet på baggrund af standardvilkårene i AB 92 (og ABT 93), som ikke håndterede entrepriseretlige aftaler, der hverken kunne kvalificeres som traditionelle udførelsesentrepriser eller totalentrepriser. Anvendelsen af begrebet “mellemformer” forekommer dog - i lyset af nutidens organisering og aftaleindgåelse i byggeriet - at være utidssvarende, idet der nu er tale om helt gængse aftalevarianter, som er bredt anerkendt og har fundet vej til både AB 18 og ABR 18.

De nye aftaleformer kan ikke karakteriseres som hverken traditionel udførelsesentreprise eller totalentreprise, idet entreprenøren normalt vil udføre dele af projekteringen, men uden at der er tale om, at *den væsentligste del* af projekteringen overlades til entreprenøren. Entreprenørens ydelse vil i disse situationer omfatte udførelse og levering af materialer, men vil derudover også omfatte noget projektering. Omfanget af entreprenørens projektering afhænger af, om der er tale om udbud på funktionskrav, eller om der er tale om, at entreprenøren skal forestå den endelige detailprojektering. Muligheden for at overlade projekteringen til entreprenøren efter AB-18 systemet kan alt andet lige siges at gøre afgrænsningen til totalentreprise mere tåget, end det tidligere har været tilfældet.⁵⁰

Den primære fordel ved de nye kontraktsformer er, at projekteringen af de enkelte dele af projektet kan udføres på det tidspunkt, hvor det i byggeprocessen er mest hensigtsmæssigt, således at byggeprocessen forkortes, ligesom projekteringen overlades til den part, som er bedst kvalificeret til opgaven, så man kan drage nytte af entreprenørens eller dennes underentreprenørers relevante kompetencer i projekteringen. Normalt vil dette være særligt aktuelt ved mere komplekse bygningsdele og tekniske installationer, herunder VVS, ventilation og el. Simple håndværksarbejder vil som oftest fortsat projekteres i detaljen, før aftalen med entreprenøren indgås,

⁴⁸ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 30f

⁴⁹ Christian Johansen: *Bygherrens ændringsret*, s. 52 ff.

⁵⁰ Eric Boesgaard m.fl.: *ABT 18 for praktikere*, s. 24

og arbejderne igangsættes, idet der ikke er samme behov for en fravigelse af den traditionelle arbejdsgang.⁵¹

Som nævnt er de nye aftalekonstruktioner mangeartede, og mange af dem er fortsat ikke håndteret i AB 18, herunder fx. aftaler om samprojektering.⁵² Dette speciale fokuserer på dem, som er kommet til udtryk i AB 18 § 17, stk. 1. Dette gælder først og fremmest aftaler om f.eks. detailprojektering, dvs. hvor entreprenøren skal færdiggøre rådgiverens projektering, jf. § 17, stk. 1, 1. pkt.⁵³ Dernæst regulerer bestemmelsen de situationer, hvor entreprenørens arbejde i aftalen er beskrevet ved angivelsen af udbud på funktionskrav, jf. § 17, stk. 1, 2. pkt., samt de tilfælde, hvor entreprenøren fremsætter projektforslag, som bygherren efterfølgende implementerer, jf. § 17, stk. 1, 3. pkt.

3 Ydelse, ansvarsnormer og retsfølger

3.1 Entreprenørens ydelse

Når entreprenørens ydelse skal fastlægges, skal fokus først og fremmest henledes på AB 18 § 12, stk. 1, som regulerer entreprenørens klassiske ydelse, dvs. udførelse og levering af materialer:

“Arbejdet skal udføres i overensstemmelse med aftalen, fagmæssigt korrekt og i overensstemmelse med bygherrens anvisninger. Materialer skal - for så vidt disses beskaffenhed ikke er anført - være af sædvanlig god kvalitet. Entreprenøren skal kvalitetssikre sine ydelser.” (Vores understregninger)

Det fremgår af AB 18 § 17, stk. 1 og af § 12, stk. 1 forudsætningsvis, at projektering som udgangspunkt ikke er en del af entreprenørens ydelse. Dette kan dog aftales mellem bygherren og entreprenøren, hvilket som følge af den i afsnit 2.3 beskrevne udvikling sker stadig hyppigere. I det omfang entreprenøren har påtaget sig en projekteringsydelse, følger det af AB 18 § 17, stk. 3, 1. pkt., at:

⁵¹ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 30f

⁵² AB-betænkningen (2018), s. 15

⁵³ AB-betænkningen (2018), s. 103f

“Entreprenøren skal projektere i overensstemmelse med aftalen, god projekteringskik og bygherrens anvisninger.” (vores understregning)

Fælles for bestemmelserne er, at hvad der kræves til rigtig opfyldelse i første række beror på aftalegrundlaget. Trods sit ofte betydelige omfang giver aftalen alligevel som oftest kun en ramme for vurderingen af, hvad der er omfattet af entreprenørens ydelse og dermed rigtige opfyldelse. Aftalen må derfor som regel udfyldes på flere punkter ved hjælp af de faglige standarder.

Om ydelsen er i overensstemmelse med aftalen beror på konkret aftalefortolkning, mens begreberne “fagmæssigt korrekt”, “sædvanlig god kvalitet” og “god projekteringskik” må fastlægges i overensstemmelse med standarden på det relevante fagområde på tidspunktet for entreprenørens ydelse, herunder gældende normer og forskrifter. Førstnævnte er en juridisk vurdering, mens sidstnævnte overvejende er en teknisk vurdering, der oftest vil blive fastlagt ved syn og skøn efter AB 18 § 66.

Aftalen har som nævnt forrang i vurderingen af, om der er sket korrekt opfyldelse. Dette betyder, at det som udgangspunkt er bygherrens risiko, såfremt det senere viser sig, at der er modstrid mellem aftalens forskrifter og den relevante standard på området.⁵⁴ Entreprenøren er derfor ikke ansvarlig, hvis denne har opfyldt bygherrens specificerede ydelseskrav, selvom disse krav er lavere end den sædvanlige standard på området. Entreprenørens adgang til at aftale sig til en lavere standard, end hvad der gælder på området, gælder formentlig kun, når der foreligger en udtrykkelig aftale herom.⁵⁵ Entreprenøren vil i disse situationer ofte have pligt til at gøre bygherren opmærksom på, at det i aftalen foreskrevne afviger fra de gældende faglige normer, jf. nærmere herom under afsnit 4.5.⁵⁶ Der kan også aftales skærpede krav til entreprenørens ydelse i forhold til de udfyldende krav. I disse tilfælde må aftalens skærpedelser fortolkes indskrænkende.⁵⁷

⁵⁴ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 98

⁵⁵ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 170

⁵⁶ AB-betænkningen (2018), s. 95

⁵⁷ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 210

Entreprenørens ydelse kan opdeles i tre hovedgrupper; (i) udførelse, (ii) levering af materialer og (iii) projektering. Til hver af de tre nævnte delydelser knytter sig forskellige ansvarsnormer. For overblikkets skyld deles disse op i de følgende afsnit 3.1.1-3.1.3.

Det skal bemærkes, at det også er en del af entreprenørens ydelse over for bygherren at præstere alle fornødne biydelse til færdiggørelse af arbejdet, jf. AB 18 § 12, stk. 2. Hvilke biydelse der er fornødne, afhænger grundlæggende af aftalens og entreprisens karakter.⁵⁸

3.1.1 Udførelse

Entreprenørens hovedydelse består i udførelsen af entrepriseopgaven. Entreprenørens udførelse kan beskrives som den arbejdsindsats, entreprenøren yder på selve entreprisens genstand, f.eks. fundering, fugning, opmuring mv.⁵⁹

Hvis aftalen ikke regulerer kravene til entreprenørens udførelse, skal entreprenøren som nævnt udføre arbejdet fagmæssigt korrekt, jf. AB 18 § 12, stk. 1, 1. pkt. Ved fagmæssigt korrekt forstås, at entreprenørens arbejde skal leve op til kravene i lovgivningen, herunder byggeloven og bygningsreglementet, og være i overensstemmelse med god skik blandt fagfolk. Arbejdet skal ligeledes leve op til generelt anvendte standarder og vejledninger.⁶⁰ Det kan dog kun forventes, at entreprenørens indsats er sædvanlig og gennemsnitlig. Heri ligger, at en førsteklasses indsats ikke kan forventes.⁶¹

Den faktiske mangelsvurdering hænger tæt sammen med den ydelse, som entreprenøren skal præstere. Dette ses også direkte i AB 18 § 47, stk. 1, hvoraf det fremgår, at der foreligger en mangel ved entreprenørens ydelse, hvis arbejdet ikke er udført i overensstemmelse med § 12, stk. 1 og 2, dvs. hvis udførelsen ikke er som aftalt, og hvis udførelsen ikke er fagmæssigt korrekt. Mangelsvurderingen foretages på afleveringstidspunktet, jf. AB 18 § 47, stk. 6, og det er bygherren har bevisbyrden for, at entreprenørens ydelse lider af en mangel.⁶² Dette bevis vil bygherren i reglen søge at føre gennem syn og skøn efter AB 18 § 66.

⁵⁸ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 159

⁵⁹ Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 35

⁶⁰ Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 202 ff.

⁶¹ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 168

⁶² Erik Hørlyck: *Bevisbyrden i civile sager*, s. 79

Hvis entreprenørens ydelse efter omstændighederne kan siges at være mangelfuld, er spørgsmålet herefter, hvorvidt entreprenøren kan siges at være ansvarlig. Der sondres efter AB 18 mellem ansvar for substansskaden, dvs. de direkte afhjælpningsomkostninger, følgeskader og indirekte tab. Entreprenørens ansvar for følgeskader og indirekte tab vil ikke blive beskrevet.⁶³

AB 18 § 48, stk. 1, og § 49, stk. 1, sammenholdt med § 50, stk. 2 er udtryk for, at substansskaden som udgangspunkt kan kræves afhjulpet/erstattet på objektivet grundlag, idet bygherren efter forgæves afhjælpningskrav kan lade manglen udbedre for entreprenørens regning (udbedringsgodtgørelse) eller kræve afslag i entreprisesummen. Der er dog ikke tale om et objektivet ansvar, idet entreprenøren efter omstændighederne kan gå fri for ansvar for mangler ved udførelsen. Såfremt bygherren har godtgjort, at der foreligger et mangelsansvar, vil der derfor samtidig være etableret et ansvarsgrundlag. Det er herefter op til entreprenøren at bevise, at der ikke er grundlag for at pålægge vedkommende et ansvar, idet entreprenøren har levet op til aftalen og god håndværksmæssig skik.⁶⁴ Ansvarsnormen er en professionsmålestok, idet arbejdet skal leve op til en gennemsnitlig entreprenørs arbejde inden for det pågældende område.⁶⁵

3.1.2 Materialer

En anden del af entreprenørens klassiske ydelse er levering af materialer i forbindelse med den udførelsesopgave, han har påtaget sig. Det kan f.eks. være levering af mursten, mørtel, tømmer mv.⁶⁶

Hvis aftalen ikke regulerer kravene til materialerne, skal entreprenøren som nævnt levere materialer af sædvanlig god kvalitet, jf. AB 18 § 12, stk. 1, 2. pkt. Ved sædvanlig god kvalitet forstås, at materialerne skal leve op til kravene i lovgivningen og opfylde kravene i generelt anvendte standarder og vejledninger.⁶⁷ Det kan dog kun forventes, at materialet er af *sædvanlig* god kvalitet. Entreprenøren skal således ikke levere de bedste materialer, der findes.⁶⁸

⁶³ For en gennemgang af entreprenørens ansvar for følgeskader og indirekte tab henvises til AB 18 § 53, stk. 1 og 2, samt bl.a. Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 171f og Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 627ff

⁶⁴ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 171f og Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 577

⁶⁵ AB 92-betænkningen, s. 123.

⁶⁶ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 157

⁶⁷ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 206ff

⁶⁸ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 168

Ligesom det gør sig gældende ved udførelsen, hænger den faktiske mangelsvurdering også i relation til materialer tæt sammen med den ydelse, som entreprenøren skal præstere, jf. AB 18 § 47, stk. 1, hvoraf det fremgår, at der foreligger en mangel ved entreprenørens levering af materialer, hvis de ikke er i overensstemmelse med § 12, stk. 2.

Hvis entreprenørens materialeydelse efter omstændighederne er mangelfuld, er spørgsmålet, hvorvidt entreprenøren kan siges at være ansvarlig herfor. Entreprenørens ansvar for materialer er generelt strengere end ved udførelsen.

AB 18 § 48, stk. 1, og § 49, stk. 1, sammenholdt med § 50, stk. 2 er udtryk for, at entreprenøren som udgangspunkt er ansvarlig på objektivt grundlag. Der er dog ikke tale om et egentligt objektivt ansvar, idet entreprenøren efter § 47, stk. 2, litra a og b under særlige omstændigheder er ansvarsfri. Undtagelserne er bygget op omkring en sondring mellem, om entreprenøren har “frit materialevalg” eller om “bygherren har krævet anvendelse af et bestemt eller tilsvarende materiale”.

Hvis entreprenøren har frit materialevalg, er materialer, der ikke er som aftalt eller af sædvanlig god kvalitet, alligevel mangelfri, hvis entreprenøren godtgør, at kontraktmæssigt materiale enten ikke findes eller ikke kan skaffes på grund af krig, indførselsforbud eller lignende. Denne situation vil yderst sjældent kunne opstå i praksis.⁶⁹

Hvis bygherren har krævet anvendelse af et bestemt eller tilsvarende materiale, er entreprenørens ydelse mangelfri i videre udstrækning, nemlig hvis han godtgør, at muligheden for at fremskaffe materialerne i kontraktmæssig stand må anses for udelukket ved forhold, som entreprenøren ikke burde have taget i betragtning ved aftalens indgåelse.

Materialefejl kan grundlæggende optræde på to måder, herunder ved at materialerne er *formålsuegnede* eller *fejlbehæftede*. Materialer er formålsuegnede, hvis de er uegnede til det formål, de er blevet anvendt. Materialer er fejlbehæftede, hvis de i princippet er egnede, men hvor det konkrete eksemplar er fejlbehæftet, f.eks. som følge af fabrikationsfejl.

⁶⁹ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 583

I begge situationer afhænger entreprenørens mulighed for at undgå mangelsansvar af, om entreprenøren har haft frit materialevalg, dvs. mulighed for at vælge mellem de anvendte materialer eller andre, mangelfri materialer.⁷⁰ Hvis entreprenøren har haft frit materialevalg, er det sjældent, at entreprenøren kan påberåbe sig umulighed (force majeure) som en ansvarsfrihedsgrund. Bevisbyrden er i praksis tæt på umulig at løfte, og ansvaret minder om det objektive sælgeransvar efter købelovens § 43. Det er dog mere lempeligt, idet entreprenøren ikke er ansvarlig for udviklingskader ved formålsuegnethed, jf. § 47, stk. 3, litra a.⁷¹ En tilsvarende undtagelse findes ikke for fabrikationsfejl. Hvis entreprenøren har frit materialevalg, er der således tale om et særdeles strengt mangelsansvar.⁷²⁷³

3.1.3 Projektering

Som nævnt ovenfor er det ikke en del af entreprenørens klassiske ydelse, at han skal bidrage med projektering, idet det som udgangspunkt er bygherren eller dennes rådgiver, der varetager projekteringen. Dette udgangspunkt er også forudsat i AB 18 § 17, stk. 1, 1 pkt., hvorefter det følger, at entreprenøren kun skal projektere, hvis det er aftalt. Med entreprenørprojektering forstås reel projektudformning, svarende til en rådgivers sædvanlige projekteringsydelser efter ABR 18, jf. nærmere herom under afsnit 4.1.

Hvis aftalen ikke regulerer kravene til entreprenørens projektering, skal entreprenøren projektere i overensstemmelse med god projekteringskik, jf. AB 18 § 17, stk. 3. Ved god projekteringskik forstås, at entreprenørens projektmateriale skal udarbejdes i overensstemmelse med standarden på det relevante fagområde og overholde gældende normer og forskrifter, herunder byggeloven, bygningsreglementet og andre offentlige forskrifter.⁷⁴

Derudover afhænger kravene til detaljeringsgraden af entreprenørens projekt af projekteringsopgaven. Der er bl.a. forskel på udarbejdelse af projektmateriale, der skal anvendes af andre og på projektmateriale, der alene skal anvendes af den projekterende entreprenør selv. Detaljeringsgraden skal derfor fastlægges konkret og afhænger ikke alene af, hvad den udførende

⁷⁰ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 584f

⁷¹ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 354 og Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 551

⁷² David Kjær Hermansen: *Mangler og produktansvar ved byggematerialer*, s. 16ff

⁷³ Terminologisk er der reelt tale om en mangelshæftelse og ikke et mangelsansvar, idet der ikke nødvendigvis er ansvarsgrundlag. Se nærmere herom under afsnit 3.2.1.

⁷⁴ AB-betænkningen (2018), s. 106 og 253

entreprenør selv har behov for, men tillige af om bl.a. entreprenørprojektet skal danne grundlag for kvalitetskontrol fra bygherren eller dennes rådgiver.⁷⁵

AB 18 § 18 udskiller det til en særskilt bedømmelse, hvorvidt der er mangler ved entreprenørens projektering. AB 18 forholder sig således til AB 18 § 17, stk. 1 og 3 om kravene til entreprenørens projektering på samme måde som AB 18 § 47 om mangler forholder sig til AB 18 § 12, stk. 1 om kravene til entreprenørens udførelse og materialer.⁷⁶ Hvis entreprenørens projektering ikke lever op til kravene i § 17, stk. 3, foreligger der en mangel ved projekteringen.

Hvis entreprenørens projekteringsydelse efter omstændighederne er mangelfuld, er spørgsmålet, hvorvidt entreprenøren kan siges at være ansvarlig herfor. Det var tidligere omdiskuteret, om entreprenøren bar ansvaret for den projektering, som entreprenøren i henhold til aftalen havde påtaget sig at præstere.⁷⁷ Efter vedtagelsen af AB 18 ligger det dog helt fast, at entreprenøren er ansvarlig for den projektering, som entreprenøren har påtaget sig at udføre, men ikke for projektet i øvrigt. Dette er ikke udtryk for en praksisændring.

AB 18 § 18, stk. 1 sammenholdt med stk. 4 er udtryk for, at mangler ved entreprenørens projektering som udgangspunkt kan kræves afhjulpnet/erstattet på objektivet grundlag. Der er dog ikke tale om et objektivet ansvar, idet entreprenøren efter omstændighederne kan gå fri for ansvar på samme måde som en teknisk rådgiver kan, eksempelvis hvis der er projekteret i overensstemmelse med byggetidens viden. Hvis bygherren godtgør, at der foreligger en fejl ved projekteringen, og at denne henhører til entreprenørens arbejde, vil der samtidig være etableret et ansvarsgrundlag. Det er herefter op til entreprenøren at bevise, at der ikke er grundlag for at pålægge vedkommende et ansvar, idet han har han har projekteret i henhold til aftalen og god projekteringssskik.⁷⁸

Entreprenøren bedømmes i den forbindelse ud fra en professionsmålestok.⁷⁹ Det indebærer, at når entreprenøren påtager sig en projekteringsforpligtelse, skal entreprenøren leve op til den

⁷⁵ Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 248 og AB-betænkningen (2018), s. 106

⁷⁶ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 283

⁷⁷ Se bl.a. Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 135ff, som dog kommer frem til, at det bør være tilfældet.

⁷⁸ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 156

⁷⁹ AB-betænkningen (2018), s. 106, samt Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 564, Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 245 og Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 283

faglige standard, der kræves på området, dvs. at entreprenøren skal leve op til de krav, der kan forventes af en professionel projekteringsindsats.⁸⁰ Påtager entreprenøren sig således en opgave, der normalt udføres af en ingeniør, vurderes entreprenørens opgave på baggrund af denne standard. Dette flugter i øvrigt med, hvad der antages at gælde i den erstatningsretlige teori om professionsansvaret, hvorefter professionsansvaret er funktionsbestemt snarere end statusbestemt.⁸¹ Heri ligger samtidig, at entreprenørens ydelse ikke skal svare til den ypperste indsats inden for området, men derimod til den almindelige, gode projektering. Ansvarsbedømmelsen kompliceres imidlertid af den stigende specialisering, idet målestokken differentieres ikke blot efter faggrænserne, men ligeledes inden for den enkelte disciplin. Der stilles således forskellige krav til projekteringen alt efter om der er tale om, ventilation, VVS, el eller andet.⁸²

3.2 Retsfølger

3.2.1 Misligholdelsesbeføjelser

Hvis en entreprenør har leveret en mangelfuld ydelse, herunder slet ikke har leveret en aftalt ydelse, kan bygherren gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for entreprenøren. Bygherrens misligholdelsesbeføjelser i anledning af mangler udgør afhjælpning, udbedringsgodtgørelse, afslag, erstatning og ophævelse.

Bygherrens primære misligholdelsesbeføjelse er afhjælpning, idet udgangspunktet er, at entreprenøren har pligt og ret til at afhjælpe mangler ved ydelsen fra aflevering og indtil fem år efter afleveringen, jf. AB 18 §§ 48 og 49. Afhjælpning går ud på, at den mangel, der er påvist, udbedres af entreprenørens selv, det være sig ved en omgørelse, en opretning eller en supplerende af det oprindelig udførte arbejde. Som udgangspunkt skal afhjælpning alene ske ved entreprenørens mangelfulde arbejde, men hvis udbedringen fordrer destruktive indgreb i og efterfølgende rekonstruktion af mangelfri dele, hører hele det samlede arbejde under afhjælpningen. Disse destruktive indgreb kan også vedrøre andre entreprenørers arbejder, hvis dette er

⁸⁰ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 142

⁸¹ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, s. 29 og Michael Gjedde-Nielsen m.fl.: *ABR 18 med kommentarer*, s. 334

⁸² Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 463ff

nødvendigt for at afhjælpe entreprenørens eget arbejde. På tilsvarende vis bliver udbedringsgodtgørelse og afslag til bygherren udmålt således, at der tages hensyn til de samlede udgifter til udbedring af manglen.⁸³

Hvis entreprenøren ikke foretager behørig afhjælpning, kan bygherren kræve udbedringsgodtgørelse, jf. § 50, stk. 2. Udgangspunktet er herefter, at entreprenøren er forpligtet til at betale bygherren dennes faktisk afholdte udbedringsomkostninger.⁸⁴ Som alternativ til udbedringsgodtgørelse kan bygherren vælge at kræve afslag i entreprisesummen, jf. § 52, stk. 1. Afslag er en økonomisk kompensation og beregnes som udgangspunkt som det beløb, det ville have kostet at udbedre manglerne, jf. stk. 2.⁸⁵

Bygherrens mulighed for at kræve erstatning - herved forstået selve erstatningsbeføjelsen - for selve manglen er i reglen uden interesse, idet erstatningskrav fordrer et ansvarsgrundlag, hvorimod udbedringsgodtgørelse kan kræves på objektivt grundlag, hvis arbejdet er mangelfuldt, og entreprenøren ikke opfylder sin afhjælpningspligt, jf. ovenfor. Undertiden bruges “udbedringsgodtgørelse” og “erstatning” synonymt, hvilket hænger sammen med, at i det omfang der foreligger udførelses- eller projekteringsmangler, vil der samtidig foreligge et ansvarsgrundlag. Det er således i relation til substansskaden uden betydning, om der rettes et krav efter reglerne om udbedringsgodtgørelse eller erstatning.⁸⁶ Når der ovenfor under afsnit 3.1.1-3.1.3 er brugt erstatningsterminologien, menes der disse situationer, dvs. både situationer der vedrører udbedringsgodtgørelse og erstatning for substansskaden, idet der er tale om to sider af samme sag. I forhold til materialer knytter sig dog visse terminologiske vanskeligheder til brugen af de to begreber, idet der her sondres mellem mangelshæftelse og mangelsansvar. Entreprenøren *hæfter* for, at de anvendte materialer er mangelfri, men er ikke nødvendigvis *ansvarlig* herfor. Bygherren kan kræve afhjælpning/udbedringsgodtgørelse, men han kan ikke kræve erstatning, medmindre der foreligger et ansvarsgrundlag.⁸⁷

⁸³ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 612

⁸⁴ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 379, Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 592f, Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 779ff samt Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 618

⁸⁵ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 795ff, Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 622f, Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 606ff samt Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 384ff

⁸⁶ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 626.

⁸⁷ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 569 (petitafsnit)

Som en sidste misligholdelsesbeføjelse har bygherren i særlige tilfælde mulighed for at ophæve aftalen med entreprenøren, jf. AB 18 § 59. Hæveretten spiller imidlertid ingen væsentlig rolle i entreprisforhold, da ophævelse sædvanligvis vil være en for indgribende beføjelse af anvende, ligesom bygherrens interesser ofte vil kunne tilgodeses i tilstrækkeligt omfang ved anvendelse af andre misligholdelsesbeføjelser.⁸⁸

3.2.2 Ekstrakrav og tidsfristforlængelse

I praksis ses det, at spørgsmål om omfanget af entreprenørens ydelse giver anledning til tvister om ekstrakrav efter AB 92 § 14, stk. 2 (nu AB 18 § 25), idet entreprenøren fremsætter krav om ekstrabetaling for sit arbejde, fordi denne mener, at projekteringsydelsen - eller en anden ydelse - ikke var omfattet af den oprindeligt aftalte ydelse.

Bygherren kan efter AB 18 § 23 forlange ændringer i arbejdet, når ændringen har en naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser. En ændring kan bl.a. gå ud på, at entreprenøren skal yde noget i tillæg til det oprindeligt aftalte. Det ligger imidlertid fast, at bygherren ikke ensidigt gennem sin ændringsret efter § 23 kan pålægge entreprenøren at udføre projektering, hvis der ikke har været aftalt entreprenørprojektering, idet kravet om "naturlig sammenhæng" ikke kan anses for at være opfyldt. Bygherren kan derudover ikke gennem sin ændringsret pålægge entreprenøren at projektere ændringer, medmindre det arbejde, der påvirkes af ændringen, efter parternes oprindelige aftale skulle have været projekteret af entreprenøren.⁸⁹ Det betyder også, at bygherren ikke uden videre kan forpligte entreprenøren til at forestå projekteringen af en ændring, blot fordi ændringen vedrører ydelser, der sædvanligvis projekteres af entreprenører.⁹⁰

De afgørelser, der er genstand for tvister om entreprenørens ekstrakrav, opstår derfor fordi, entreprenøren efterfølgende har indvilliget i at udføre projekteringen, men dog ud fra den forudsætning, at der er tale om en efterfølgende aftalt projekteringsydelse i tillæg til den oprindeligt aftalte ydelse.

⁸⁸ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 407, Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 640 samt Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 635ff

⁸⁹ AB-betænkningen (2018), s. 104

⁹⁰ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 139

Når der opstår tvister om ekstrakrav som følge af ændringer i arbejdets omfang, vil der også ofte opstå spørgsmål om tidsfristforlængelse for entreprenøren, jf. AB 18 § 39, stk. a, hvilket har den betydning, at entreprenøren ikke kan pålægges et dagbods- eller erstatningsansvar for den forsinkelse, som ændringen har medført, jf. § 40, stk. 1 modsætningsvis.

3.2.3 Hæftelse for underentreprenører/-leverandører

Det ses endvidere i praksis, at entreprenøren bliver mødt med krav som følge af mangelfuld eller manglende projektering, som entreprenørens underentreprenør eller -leverandør har udført. Generelt kan en entreprenør vælge at indgå en kontrakt med en underentreprenør/underleverandør, hvis det er sædvanligt eller naturligt, at arbejdet udføres i underentreprise, jf. AB 18 § 8, stk. 1.

Underentreprise er et eksempel på, at en entreprenør antager en selvstændigt virkende tredje- mand, som skal bistå med at opføre det aftalte. Hovedentreprenøren hæfter for underentreprenørens handlinger og undladelser i henseende til kontraktsopfyldelsen over for bygherren, og der er intet kontraktsforhold mellem underentreprenøren og bygherren. Det betyder, at hovedentreprenøren over for bygherren er ansvarlig for mangler ved underentreprenørens ydelse, herunder projekteringsydelse, og det har i så henseende ingen betydning for entreprenørens ansvar, om projekteringen udføres af en teknisk rådgiver, en underentreprenør eller en leverandør på entreprenørens vegne.⁹¹ Efter omstændighederne kan underentreprenøren dog være forpligtet til at friholde hovedentreprenøren fra bygherrens krav, men dette er i givet fald et anliggende mellem entreprenøren og underentreprenøren.⁹²

3.3 Sammenfatning

Som det fremgår af afsnit 3.1 består entreprenørens ydelse af flere forskellige delydelser, som hver især har tilknyttet forskellige ansvarsnormer. Der er dermed tale om et sammensat ansvarsgrundlag, når det skal vurderes, om entreprenørens ydelse er mangelfuld.

⁹¹ Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 247

⁹² Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 70f

Tvister, der relaterer sig til entreprenørens projektering, kan både omhandle situationer, hvor der er leveret mangelfuld projektering, men det kan også omhandle tilfælde, hvor der er uenighed om, hvorvidt der var aftalt en projekteringsforpligtelse mellem bygherren og entreprenøren. Som det ses af afsnit 3.2, kan tvisterne give anledning til spørgsmål om forskellige retsfølger, herunder bygherrens forskellige misligholdelsesbeføjelser, entreprenørens krav på penge og tid samt entreprenørens hæftelse for dennes underentreprenører/-leverandører.

Der vil i afsnit 4 blive inddraget afgørelser, hvor der er opstået tvister vedrørende projektering. I relation til disse afgørelser, vil betegnelsen “projekteringsansvar” blive brugt som en samlebetegnelse over de tilfælde, der er beskrevet i afsnit 3.2.1-3.2.3, idet en nærmere behandling af retsfølgerne ikke er specialets fokuspunkt.

4 Entreprenørens projekteringsforpligtelse

4.1 Introduktion til entreprenørens projekteringsforpligtelse

Som nævnt under afsnit 3.1 er projektering ikke en del af entreprenørens klassiske ydelse, idet det som udgangspunkt er bygherren eller dennes rådgiver, der varetager projekteringen. Dette udgangspunkt er også forudsat i AB 18 § 17, stk. 1, 1 pkt., hvoraf det følger, at entreprenøren kun skal projektere, hvis det er aftalt.

Selvom entreprenøren således ikke skal bidrage til projekteringen, medmindre det er aftalt, skal entreprenøren præstere alle fornødne bydelser til færdiggørelse af arbejdet, jf. AB 18 § 12, stk. 2. Hvilke bydelser, der er fornødne, afhænger grundlæggende af aftalens og entreprisens karakter. Entreprenørens udarbejdelse af arbejdstegninger anses normalt for at være et led i arbejdets udførelse, og det forudsætter dermed som udgangspunkt ikke en aftale om entreprenørprojektering.⁹³ Derudover vil det som beskrevet ofte være overladt til entreprenøren at foretage materiale- og udførelsesvalg af løsninger og metoder, uden at det har karakter af egentlig projektering.

⁹³ AB-betænkningen (2018), s. 68 og 104

Det skal endvidere bemærkes, at en entreprenør efter de nye paradigmer i AB om APP Projektudvikling kan inddrages tidligt i projektfasen, uden at entreprenøren derved bliver pålagt en projekteringsforpligtelse eller et ansvar herfor, idet der alene er tale om et bidrag fra entreprenøren til brug for rådgiverens egen projektering. Entreprenørens deltagelse i projektudviklingen indebærer derfor ikke i sig selv en aftale om entreprenørprojektering.⁹⁴ Det skyldes, at APP projektudvikling i tillægsbetingelserne til AB 18 er defineret som “*entreprenørens medvirken ved udviklingen af et bygge- og anlægsprojekt eller dele heraf ved inddragelse af entreprenørens udførelses- og planlægningsmæssige kompetencer i forbindelse med rådgiverens projektering inden udførelse af myndighedsprojekt [...]*”. Dette er således et udtryk for, at entreprenøren inddrages med henblik på at bistå rådgiveren i forbindelse med *rådgiverens projektering*.

Med entreprenørprojektering efter AB 18 § 17 forstås reel projektudformning, svarende til en rådgivers sædvanlige projekteringsydelser efter ABR 18. Efter betænkningen forstås entreprenørprojektering som “[...] *en entreprenørs projektering i form af bidrag til delt projektering, normalt vedrørende arbejde, som den pågældende entreprenør skal udføre [...]*.”⁹⁵ Dette omfatter bl.a. detailprojektering i form af udarbejdelse af beregninger, beskrivelser og lignende, men også efter omstændighederne opgavespecifikke arbejdstegninger. Grænsedragningen mellem entreprenørydelser, der ikke skal anses for projektering, og de ydelser som skal anses som projektering, er ikke altid skarp.⁹⁶ Begrebet entreprenørprojektering vil dog normalt ikke omfatte entreprenørens simple arbejdstegninger og tilsvarende entreprenørmæssige biydelser eller “knowhow” i relation til materiale- og udførelsesvalg.⁹⁷

At det nu entydigt fremgår af AB 18 § 17, stk. 1, at entreprenøren kun skal projektere, hvis dette er aftalt, er ikke nyskabende inden for entrepriseretten. Det ses således fra praksis før den seneste revision af AB, at samme udgangspunkt gjorde sig gældende under AB 92, jf. bl.a. U 2022.3538 V og TBB 2017.909 TBA hvor landsretten henholdsvis voldgiftsretten udtalte, at projektering ikke er en del af entreprenørens sædvanlige ydelse uden for totalentreprise.

⁹⁴ Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 196f

⁹⁵ AB-betænkningen (2018), s. 103

⁹⁶ Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 217f

⁹⁷ Eric Boesgaard m.fl.: *ABT 18 for praktikere*, s. 14

I U 2022.3538 V havde en entreprenør opført et rådhus, som var behæftet med mangler, idet bl.a. husets stålkonstruktion ikke havde den krævede stabilitet. Der var ikke udført ingeniørberegninger på hele byggeriet, og parterne var uenige om, hvem der havde ansvaret herfor. Landsretten udtalte i den forbindelse:

“Landsretten lægger efter bevisførelsen til grund, at N [entreprenøren] ikke var totalentreprenør på byggeriet og dermed som udgangspunkt ikke havde ansvaret for projekteringen og dermed for, at der blev udført ingeniørberegninger.”

På samme måde kom man i TBB 2017.909 VBA frem til, at entreprenøren ikke havde et projekteringsansvar, da dette ikke var aftalt, og fordi der ikke var tale om totalentreprise. Voldgiftsretten udtalte herefter:

“Voldgiftsretten anser herefter E som hovedentreprenør uden projekteringsansvar [...].”

Se tilsvarende i U 2010.213 H, TBB 2013.160 V og TBB 2022.433 VBA, hvor retten/voldgiftsretten kom frem til, at entreprenørerne ikke var forpligtede til at projektere, idet det ikke var aftalt.

Der påhviler således ikke entreprenøren en projekteringsforpligtelse uden for totalentreprise, hvis ikke det er aftalt mellem entreprenøren og bygherren. Et naturligt spørgsmål er derfor, hvornår der kan siges at foreligge en aftale om entreprenørprojektering mellem bygherren og entreprenøren.

4.2 Hvornår er projektering aftalt?

AB 18 § 17, stk. 1, 1. pkt. indeholder ikke nærmere vejledning til vurderingen af, hvornår en projekteringsforpligtelse er aftalt mellem entreprenøren og bygherren, idet det alene fremgår, at projektering skal være aftalt. Der er generelt forskellige opfattelser af, hvor strenge krav der stilles til aftaler om entreprenørprojektering. Med ordlyden af § 17, stk. 1, 1. pkt., kan det overvejes, om der kun kan siges at foreligge en aftale om entreprenørprojektering, hvis aftalen mellem bygherren og entreprenøren indeholder en udtrykkelig klausul herom, eller om det fortsat

er muligt for entreprenøren at forpligte sig hertil ved stiltiende at have påtaget sig en projekteringsforpligtelse. Det kan desuden overvejes, om der i nogle henseender gælder et skærpet vedtagelseskrav.

Der vil ved denne undersøgelse blive inddraget praksis, hvor AB 92 er aftalt mellem entreprenøren og bygherren, idet der fortsat ikke er offentliggjort praksis, hvor AB 18 § 17 er blevet (direkte) anvendt. Praksis fra AB 92 kan dog, jf. afsnit 1.4.2.4, være vejledende, idet udgangspunktet som nævnt ovenfor er det samme, nemlig at en projekteringsforpligtelse for entreprenøren forudsætter en aftale.

4.2.1 Udtrykkelig aftale

Meningen bag ordlyden af AB 18 § 17, stk. 1, 1. pkt., er forsøgt uddybet i AB-betænkningen. Af denne fremgår det, at en aftale om entreprenørprojektering som udgangspunkt forudsætter “*en klar aftale*” mellem parterne herom. En sådan aftale kan indgås oprindeligt og efterfølgende. Ved en oprindelig aftale om entreprenørprojektering forstås, at en aftale om projektering er fastsat i entrepriseforfølgelsen fra aftaleforholdets begyndelse. Ved en efterfølgende aftale forstås, at en aftale om projektering indgås undervejs, og dermed efter den oprindelige kontrakt mellem bygherren og entreprenøren er indgået. Et eksempel på en efterfølgende aftale kan være ved entreprenørens fremsættelse af forslag til alternative løsninger, som bygherren accepterer, hvorefter de indgår en aftale om, at entreprenøren skal projektere og udføre den foreslåede løsning.⁹⁸ Det bemærkes, at entreprenørens blotte fremsættelse af projektforslag, som bygherren vælger at implementere i projektet, ikke i sig selv indebærer en aftale om entreprenørprojektering, jf. nærmere herom i afsnit 4.4.

Reglen i AB 18 § 17, stk. 1, 1. pkt., skal ses i sammenhæng med bestemmelsen i AB 18 § 4, stk. 3, hvoraf det fremgår, at udbudsmaterialet skal indeholde oplysninger om, hvorvidt entreprenøren skal udføre projektering, og i givet fald i hvilket omfang. Dette må forstås sådan, at den optimale og ønskede fremgangsmåde er, at parterne tager stilling til entreprenørprojektering tidligt i forløbet og dermed indgår en oprindelig aftale om dette. Dette udelukker dog ikke, at en aftale herom også kan indgås efterfølgende, hvilket gør aftaleforholdet mere fleksibelt.

⁹⁸ AB-betænkningen (2018), s. 103f

Også i den juridiske litteratur er det forsøgt beskrevet, hvad der skal forstås ved en aftale om projektering. Christian Molt Wengel m.fl. er af den opfattelse, at det som udgangspunkt har en formodning imod sig, at entreprenøren er underlagt reglerne i AB 18 § 17, hvis det ikke *udtrykkeligt* fremgår af aftalen. Til støtte for denne påstand henvises der netop til AB 18 § 4, stk. 3, samt den omhu som reglerne om entreprenørprojektering i AB 18, ABR 18 samt YBL 18 og YBA 19 er udformet med henblik på at skabe klarhed over entreprenørens projekteringsforpligtelse. Det er således forfatterens opfattelse, at tvivl om, hvorvidt entreprenøren skal udføre projektering, kommer bygherren bevismæssigt til skade.⁹⁹ På tilsvarende måde mener Eric Boesgaard m.fl. øjensynligt, at det skal fremgå entydigt og klart, hvis entreprenøren skal projektere. Dette kan dog skyldes, at formuleringen i AB-betænkningen blot er gengivet i værket uden en selvstændig stillingtagen til, hvad en sådan aftale kræver.¹⁰⁰

Det har i hvert fald støtte i praksis, at hvis parterne udtrykkeligt aftaler, at entreprenøren skal detailprojektere en nærmere bestemt bygningsdel og tillige specificerer i arbejdsbeskrivelsen, hvad projekteringen nærmere består af, medfører det utvivlsomt en projekteringsforpligtelse for entreprenøren, jf. TBB 2023.223 VBA.

I kendelsen havde en entreprenør over for bygherre påtaget sig lukningsentreprisen ved et større byggeri, der bl.a. omfattede montage af vinduespartier. Bygherrens totalrådgiver havde udarbejdet arbejdsbeskrivelser og tegninger for byggeriet, men det fremgik af arbejdsbeskrivelsen for lukningsentreprisen, at montagen af vinduespartier/-systemer skulle udføres som en systemleverance, der skulle detailprojekteres og monteres af entreprenøren i henhold til tegningsmateriale fra bygherrens arkitekt.

Der skete omfattende skade på ejendommen som følge af, at to større vinduespartier blev suget ud af bygningen. Voldgiftsretten antog, at en nærmere projektering af anvendelsen af skudsøm til fastgørelse af vinduerne, herunder gennem udarbejdelse af montagetegninger og statiske beregninger, ville have klarlagt, at skudsøm ikke burde have været anvendt i det foreliggende tilfælde. Tvisten mellem bygherren og entreprenøren angik, hvem der bar projekteringsansvaret.

⁹⁹ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 268ff

¹⁰⁰ Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 137

Det fremgik af arbejdsbeskrivelsen, at der før udførelsen af arbejdet skulle udarbejdes de fornødne arbejdsdokumenter i form af arbejdstegninger, arbejdsinstruktioner, beskrivelser, beregninger mv. For døre og vinduer fremgik det specifikt, at der skulle udarbejdes arbejds- og produktionstegninger samt en projektspecifik beskrivelse og beregning af dokumenter. Af arbejdsbeskrivelsen fremgik det endvidere, at entreprenøren skulle udføre projekteringsmateriale, herunder udarbejde montagetegninger og profilsamlingsdetaljer for montagen med skudsøm og endelig dimensionering af beslag, bolte og fastgørelser.

Voldgiftsretten fandt, at bygherrens projekt var i overensstemmelse med god projekteringskik, selvom det ikke angav størrelser på bolte/skruer og andre fastgørelser, idet det af kontraktgrundlaget udtrykkeligt fremgik, at det var overladt til entreprenøren at fastlægge størrelsen på bolte/skruer og andre fastgørelser ved det *endelige design*.

Uanset oplysningerne i arbejdsbeskrivelsen, havde entreprenøren ikke udarbejdet hverken montagetegninger og/eller profilsamlingsdetaljer for montagen med skudsøm. Entreprenøren ifaldt derfor et projekteringsansvar som følge af den manglende projektering og dermed også mangelfulde montering.

En klar og tydelig aftale om entreprenørprojektering mellem en bygherre og dennes entreprenør medfører således en projekteringsforpligtelse for entreprenøren. En sådan nærmere specificering af entreprenørens projekteringsforpligtelse er dog ofte kun mulig, når bygherren er bistået af en rådgiver - i denne situation en totalrådgiver - der kan forestå udarbejdelsen af de detaljerede arbejdsbeskrivelser.

Det skal i øvrigt bemærkes, at selvom der var tale om en systemleverance, var der ikke tale om et udbud på funktionskrav, hvilket der i øvrigt heller ikke var procederet på, men derimod alene tale om, at entreprenøren skulle fastlægge "det endelige design". Afgørelsen er derfor også illustrativ for, at begrebet "systemleverance" ikke nødvendigvis er synonymt med udbud på funktionskrav, som det ellers af flere forfattere er hævdet, jf. nærmere herom under afsnit 4.3.1.

På samme måde som i TBB 2023.223 VBA blev begge entreprenører i TBB 2018.257 VBA anset for at have påtaget sig en projekteringsforpligtelse, idet projekteringen var konkretiseret i aftalerne med entreprenørerne. Det fremgik bl.a. af disse, at ansvaret for projektering, dimensionering og konstruktiv udførelse af projektet var entreprenørens. Det var i den forbindelse

specificeret, at entreprenørerne skulle aflevere VVS-projekt/el- og ventilationsprojekt, herunder myndighedsprojekt, KS-materiale, beregninger og tegninger.

Det ses dog i praksis, at der ikke nødvendigvis stilles krav om, at entreprenørens projektering er nærmere specificeret i arbejdstegningerne-/beskrivelserne, førend projekteringsforpligtelsen påhviler entreprenøren. Derimod er det tilstrækkeligt, at bygherren angiver, at entreprenøren skal detailprojektere, jf. TBB 2022.848 VBA.

Kendelsen drejede sig om, hvorvidt der var mangler ved et på en ejendom udført grønt tag med sedumbelægning. Bygherren havde indgået en kontrakt med en fagentreprenør om at udføre tagentreprisen. Det udbudte arbejde omfattede bl.a. levering og montering af sedumbelægning på underliggende tagpap og isolering i henhold til tagplaner. Der var blevet afholdt et projektmøde mellem bygherren og fagentreprenøren, hvor det blev besluttet, at en underentreprenørs "grønttagsprodukter" skulle anvendes. Fagentreprenøren indgik herefter aftale med underentreprenøren om, at underentreprenøren skulle udføre sedumbelægningen. AB 92 var aftalt både i forholdet mellem bygherren og fagentreprenøren og mellem fagentreprenøren og underentreprenøren.

Ved afleveringen blev der konstateret mangler ved sedumtaget. Voldgiftsretten fandt, at den valgte løsning ikke opfyldte kravene i udbudsmaterialet, samt at tagarbejdet ikke levede op til kravet om god håndværksmæssig skik.¹⁰¹ Voldgiftsretten fandt derfor entreprenøren projekteringsansvarlig.

Af udbudsbetingelserne fremgik det, at arbejdet var udbudt som en systemleverance, som skulle "*detailprojekteres, dimensioneres og monteres af entreprenøren*". Ud fra denne beskrivelse var den endelige detailprojektering overladt til entreprenøren, og det påhvilede derfor entreprenøren at udarbejde supplerende arbejdstegninger og beregninger. Om projekteringsydelsens omfang udtalte voldgiftsretten følgende:

¹⁰¹ Henvielsen til "god håndværksmæssig skik" må ses i lyset af, at afgørelsen er afsagt på baggrund af AB 92. Var afgørelsen afsagt på baggrund af AB 18, må det antages, at man havde brugt målestokken "god projekteringskik", idet der er tale om projekteringsfejl og ikke udførelsesfejl.

“Entreprisen er som anført udbudt som en systemleverance med krav til antal sedumarter. E [fagentreprenøren] har inden for rammerne i udbudsmaterialerne frihed til at vælge en løsning, der opfylder funktionskravene [...]”

Det kan således tyde på, at voldgiftsretten anså projektet som udbudt på funktionskrav, omend dette ikke var helt klart ud fra ordlyden af kontraktsgrundlaget. Det var i udbudsmaterialet beskrevet, at taget skulle opbygges med prægroede planter og et bestemt antal sedumarter, men der var også stillet specifikke krav til, hvordan taget skulle konstrueres, herunder at det skulle opbygges med bl.a. drænsystem og vækstmedie. Den detaljering taler for, at der ikke var tale om et “rent” udbud på funktionskrav. Derimod var der formentlig heller ikke tale om, at entreprenøren blot skulle detaljere projektet. Afgørelsen viser derfor også, at det i praksis kan være vanskeligt at skelne mellem situationer, hvor det alene er overladt til entreprenøren at projektere detaljer, og situationer, hvor entreprenøren alene på grundlag af et af bygherren formuleret funktionskrav skal foretage den fulde - eller i hvert fald den “nødvendige” - projektering af en nærmere afgrænset bygningsdel. Det ses også jævnligt i praksis, at disse forskellige kontrakts- og udbudsformer og begreberne “detailprojektering” og “funktionsudbud” anvendes i flæng og overlappende.¹⁰²

Under alle omstændigheder fremgik det tydeligt af udbudsmaterialet, at der påhvilede entreprenøren en projekteringsforpligtelse. Kendelsen er derfor et eksempel på, at entreprenøren påføres en projekteringsforpligtelse, når det fremgår af udbudsmaterialet, at entreprenøren skal detailprojektere, uden at det er nærmere specificeret, hvad detailprojekteringen indebærer. Det skal dog bemærkes, at der i denne sag var tale om en systemleverance, og at det derfor ikke entydigt kan siges, hvorvidt det var en isoleret aftale om detailprojektering, eller om det var tale om et udbud på funktionskrav.

Det vil ofte ikke være muligt for bygherren at foretage en nærmere detaljering af entreprenørens projekteringsforpligtelse i arbejdsbeskrivelsen, hvis bygherren ikke besidder særlig byggeteknisk viden og er uden eller med begrænset bistand fra en teknisk rådgiver. I disse tilfælde ses det også at være tilstrækkeligt, at det er angivet, at entreprenøren skal udføre den “nødvendige” projektering eller lignende, uden at det er konkretiseret, hvad projekteringsforpligtelsen

¹⁰² Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 136

nærmere dækker over, jf. TBB 2021.785 VBA. Det skal dog bemærkes, at der i afgørelsen er tale om en forbruger, og at der i disse tilfælde gælder særlige hensyn.

I sagen havde et ægtepar (bygherre) indgået aftale med en entreprenør om opførelse af et hus på bygherrens grund. Af aftalen mellem bygherren og entreprenøren fremgik det, at AB 92 skulle være gældende, og at entreprenøren skulle udføre arbejdet i hovedentreprisen. Alligevel var betegnelserne "totalentreprisen" og "totalentreprisen" også lejlighedsvist anvendt i aftalen. Voldgiftsretten tog ikke eksplicit stilling til, om der forelå total- eller hovedentreprisen, men på baggrund af aftalegrundlaget (AB 92), sagsfremstillingen og voldgiftsrettens udtalelser og begrundelse, må det lægges til grund, at der var tale om en hovedentreprisen, hvilket vil sige, at entreprenøren ikke som udgangspunkt havde en projekteringsforpligtelse.

Efter byggeriets færdiggørelse blev der konstateret flere mangler, herunder ved bygningens statik. Der var mellem parterne uenighed om, hvem der bar projekteringsansvaret for, at der ikke forelå de fornødne statiske beregninger. Af aftalegrundlaget fremgik det bl.a., at entreprenøren skulle udføre de(t) tegningsmateriale/projektering og ingeniørberegninger, som var "nødvendige" for hver enkelt reprisen. Voldgiftsretten kom frem til, at projekteringsansvaret som følge heraf påhvilede hovedentreprisen.

Selvom aftalens ordlyd ikke er gengivet i afgørelsen, tyder det på, at entreprenørens projekteringsforpligtelser var angivet meget overfladisk, idet det ikke var nærmere specificeret, hvilket tegningsmateriale og hvilke ingeniørberegninger, der skulle udføres, men alene at det var de "nødvendige", der skulle udføres for hver enkelt reprisen. Vedtagelseskravet kan på denne baggrund muligvis afgrænses til den blotte benævnelse af, at entreprenøren har en forpligtelse til at forestå den nødvendige projektering, uden at det er konkretiseret, hvad den nærmere indebærer.

Afgørelsens resultat skal dog ses i lyset af, at bygherren var forbruger uden særlig byggeteknisk viden og bistand. Entreprisen var dermed den stærke/kloge part i aftalerelationen, hvilket ikke kan udelukkes at have haft betydning for sagens udfald. Den generelle afvejning af parternes indbyrdes styrkeforhold kommer til udtryk i flere forbrugerbeskyttelsesregler, men må i

øvrigt siges at gælde generelt i al retsvirkningsfastlæggelse, dvs. også i relation til fastlæggelsen af entreprenørens projekteringsforpligtelse.¹⁰³ Ikke desto mindre synes den at stemme overens med TBB 2022.848 VBA, hvor der ikke er nogen indikation på, at bygherren var forbruger. Voldgiftsrettens resultat kan derfor i vid udstrækning anses for at være alment gældende og ikke alene begrundet i, at der var tale om en forbruger som bygherre.

Sammenholdt med TBA 2023.223 VBA og TBB 2018.257 VBA var omfanget af entreprenørens projekteringsforpligtelse ikke lige så klart defineret i aftalegrundlaget i hverken TBB 2022.848 VBA eller TBB 2021.785 VBA. Ikke desto mindre ansås det for at være tilstrækkeligt, at det i aftalen mellem bygherren og entreprenøren blot var angivet, at entreprenøren skulle projektere. Det må dog under alle omstændigheder anbefales, at entreprenørens ydelse, herunder projekteringsforpligtelser, konkretiseres så meget, som det kan lade sig gøre.

4.2.2 Skærpede vedtagelseskrav

Ovenstående viser, at hvis det i kontrakten mellem bygherren og entreprenøren er fastsat, at entreprenøren skal projektere, er det tilstrækkeligt til, at der påhviler entreprenøren en projekteringsforpligtelse. Det kan dog overvejes, om anvendelsen af formuleringen i AB 18 § 17, stk. 1, 1. pkt. om, at entreprenøren “kun” skal projektere, hvis det er aftalt, indebærer en generel skærpelse af vedtagelseskravet.

I en juridisk artikel om udkastet til AB 18 skrev Ole Hansen, at der i lyset af AB 18 § 4, stk. 3, tilsyneladende ikke stilles skærpede hjemmelskrav, herunder særlige krav om klarhed til aftalen, før entreprenøren må anses for at have påtaget sig at projektere en del af projektet. Det blev dog i samme artikel nævnt, at formuleringen “entreprenøren skal kun projektere, hvis det er aftalt” kan forstås som en skærpelse af vedtagelseskravet. Der blev derfor argumenteret for, at “kun” burde udelades for at bringe reglen i harmoni med AB 18 § 4.¹⁰⁴ Torsten Iversen udgav ligeledes kommentarer til AB-udkastet, hvor han - på linje med Ole Hansen - argumenterede for, at han frarådede at fastholde anvendelsen af “kun” i AB 18 § 17, stk. 1, 1. pkt., idet det ville blokere for en smidig udvikling i praksis. Argumentet bag var, at entreprenørprojektering

¹⁰³ Lennard Lyngge Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*, s. 412f og Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard: *Almindelig Kontraktret*, s. 94f. Modsat Mads Bryde Andersen, der argumenterer for, at der ikke er grundlag for en regel om, at domstolene i en afvejning skal vælge den løsning, der taler til fordel for forbrugeren, jf. *Grundlæggende aftaleret*, s. 537f

¹⁰⁴ Ole Hansen i TBB 2018.344: *Reglerne om entreprenørens projektering i udkastet til AB 18*

inden for visse områder er så sædvanligt, at der ikke kan stilles store krav til vedtagelsen af entreprenørprojektering i aftalen.¹⁰⁵ Endvidere ville et skærpet hjemmelskrav i bestemmelsens første punktum harmonere dårligt med bestemmelsens andet punktum, hvorefter entreprenøren uden særskilt aftale herom skal foretage den nødvendige projektering for projektets færdiggørelse, såfremt der er tale om et udbud på funktionskrav.¹⁰⁶

Revisionsudvalget endte dog som bekendt med at fastholde formuleringen, således at entreprenøren ifølge bestemmelsens ordlyd “kun” skal projektere, hvis det er aftalt. Det vurderes imidlertid, at det ikke hermed var revisionsudvalgets hensigt, at bestemmelsen skulle medføre en generel skærpelse, men at bestemmelsen derimod er indarbejdet med den valgte formulering for at tilskynde til, at parterne i deres aftale tager stilling til entreprenørens forpligtelse til at projektere. Henset til aftalepraksis i byggeriet i dag, hvor entreprenørens projektering inden for nogle fag og for nogle ydelsers vedkommende er helt sædvanlig eller en hovedregel, synes synspunktet om, at bestemmelsen ikke indebærer en skærpelse ligeledes at være velbegrundet. På den anden side kan der argumenteres for, at hvis der er tale et område, hvor entreprenørprojektering er ligefrem usædvanligt, forekommer det mere velbegrundet, at der stilles skærpede krav til projekteringsklauslen. Dette harmonerer med almindelig aftaleretlig fortolkning, idet der gælder en generel regel om, at jo mere usædvanlig en afvigelse er fra udfyldende deklaratisk ret eller fra, hvad der i almindelighed forekommer i lignende kontrakter, desto større krav stilles der til den sproglige klarhed af klausuler.¹⁰⁷ Ud fra disse betragtninger vil vedtagelseskravene i relation til klausuler om entreprenørprojektering bero på, hvor usædvanligt entreprenørprojektering er på det pågældende område. I så fald vil vedtagelseskravet skærpes i takt med, hvor usædvanligt entreprenørprojektering er på det pågældende område.¹⁰⁸

Det kan ligeledes overvejes, om den manglende henvisning i AB 18 § 17, stk. 1, 1. pkt. til, at en aftale kan siges at være indgået alene på baggrund af “*handelsbrug eller anden sædvane*”, som det bl.a. er tilfældet i aftalelovens § 1 og købelovens § 1, skal ses som udtryk for, at aftaler om entreprenørprojektering kræver et klarere grundlag, end det er tilfældet ved andre typer af aftaler. Både aftalelovens § 1 og købelovens § 1 er udtryk for, at noget ikke nødvendigvis behøver at være udtrykkeligt aftalt, hvis det må antages at være indeholdt i aftalen eller følge

¹⁰⁵ Torsten Iversen i TBB 2018.310: *Strejftog i AB-udkastet - forbedringer eller forringelser? - forenklinger eller forviklinger*

¹⁰⁶ Ole Hansen i TBB 2018.344: *Reglerne om entreprenørens projektering i udkastet til AB 18*

¹⁰⁷ Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard: *Almindelig Kontraktret*, s. 238ff

¹⁰⁸ Michael Gjedde-Nielsen m.fl.: *ABR 18 med kommentarer*, s. 307

af handelsbrug eller anden sædvane. Sædvaner og kutymen kan således i tilknytning til en given aftaletype være med til bl.a. at fastlægge parternes kontraktsmæssige ydelse. Det skal i den forbindelse bemærkes, at de sædvaner, der lægges til grund ved den udfyldende fortolkning, ikke behøver at være retssædvaner. Relevant kan således være enhver skik og brug, der er blevet så almindelig, at den kan beskrives som en regel.¹⁰⁹ Inden for visse områder, er det netop blevet så sædvanligt, at entreprenøren bidrager med projektering, at det nærmest er blevet den almindelige regel.¹¹⁰

Det kunne overvejes, om udeladelsen af formuleringen i AB 18 er udtryk for et bevidst valg om, at det samme ikke skal være gældende vedrørende aftaler om entreprenørprojektering. Betænkningen indeholder da heller ikke nogen angivelse af, om en aftale om entreprenørprojektering kan blive etableret gennem handelsbrug eller anden sædvane. Angivelsen af, at en aftale om projektering skal være klar og tydelig, kan tale i retning af, at der er tale om et bevidst valg. Ikke desto mindre tegner praksis og enigheden i litteraturen et klart billede af, at der er visse områder, hvor entreprenørprojektering er så sædvanligt, at der skal mindre til, før en aftale herom må anses for at være indgået, jf. herom i afsnit 4.2.3. En konklusion, hvorved det konstateres, at sædvaner ikke kan tillægges betydning, alene fordi det ikke er nævnt i bestemmelsen eller betænkningen, synes derfor at være for stringent og ikke i overensstemmelse med den generelle opfattelse på området. Dertil skal det bemærkes, at betænkningen alene er et fortolkningsbidrag til bestemmelsen og ikke nødvendigvis udtømmende for, hvad der gælder på området, jf. afsnit 1.4.2.3.

4.2.3 Lempede vedtagelseskrav

Det klare udgangspunkt efter AB-betænkningen er som bekendt, at der skal foreligge en klar aftale om entreprenørprojektering, førend entreprenøren skal projektere. I betænkningen anerkendes det dog også, at der kan forekomme situationer, hvor parternes adfærd må anses som udtryk for en stiltiende aftale om entreprenørprojektering.¹¹¹ Dette er i overensstemmelse med almindelig aftaleret, hvorefter en part kan forpligte sig stiltiende, herunder ved sin adfærd.¹¹²

¹⁰⁹ Lennard Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*, s. 438

¹¹⁰ Ole Hansen i TBB 2018.344: *Reglerne om entreprenørens projektering i udkastet til AB 18*

¹¹¹ AB-betænkningen (2018), s. 104

¹¹² Ole Hansen og Vibe Ulfbeck: *Lærebog i aftaleret*, s. 62ff, Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard: *Almindelig Kontraktret*, s. 60ff, Lennard Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*, s. 93ff

Betænkningen synes derfor på ene side at stille strenge vedtagelseskrav til aftaler om entreprenørprojektering mellem parterne, men på den anden side også at åbne for, at en aftale kan indgås på et mere spinkelt grundlag. Af litteraturen og praksis kan udledes forskellige kriterier, som efter omstændighederne kan have betydning for, om en aftale om entreprenørprojektering anses for at være indgået - også selvom der ikke nødvendigvis er indgået en *udtrykkelig* aftale herom mellem bygherren og entreprenøren.

4.2.3.1 Entreprenørprojektering er sædvanligt

Såfremt det inden for et område er sædvanligt, at entreprenøren udfører projektering, skal der mindre til, førend en aftale herom anses for indgået mellem bygherren og entreprenøren, jf. TBB 2019.741 VBA.

I sagen havde en bygherre og en entreprenør indgået en entreprisefortale, der bl.a. omfattede et køleanlæg. Efter udførelsen viste der sig mangler ved køleanlægget, idet det ikke opfyldte flere af de krav, der var stillet i udbudsmaterialets beskrivelser. Bygherrens rådgiver havde i første omgang projekteret med et ammoniak-køleanlæg, men dog med mulighed for, at bygherren kunne vælge et freon-køleanlæg. Bygherren valgte, at det skulle være et freon-køleanlæg, og entreprenøren tilbød at udføre dette mod et yderligere vederlag. Entreprenøren var af den opfattelse, at udbudsmaterialets beskrivelser af kravene til køleanlægget var udformet ud fra den forudsætning, at der var tale om et ammoniak-køleanlæg, og at rådgiveren som følge af ændringen til freon-køleanlægget var forpligtet til at opdatere beskrivelserne. Voldgiftsretten fandt i modsætning hertil, at de krav og beskrivelser, der fremgik af udbudsmaterialet, gjorde det muligt for entreprenøren at detailprojektere såvel det ammoniakbaserede som det freonbaserede køleanlæg.

Resultat begrundede voldgiftsretten bl.a. med, at en ansat hos entreprenøren selv havde udarbejdet styringen til anlægget uden at anmode om yderligere beskrivelser, og at entreprenøren anså det som en *normal opgave* at forestå den endelige detailprojektering, hvor noget er skitseret i beskrivelserne. Dette må ses i lyset af, at der er tale om en entreprise, der omfattede køleanlæg, som er et af de områder, hvor det er sædvanligt, at entreprenører forestår en del af projekteringsarbejdet, jf. nedenfor.

Tilsvarende blev underentreprenørens projekteringsforpligtelse i forhold til hovedentreprenøren i TBB 2017.601 VBA alene begrundet med, at det *“ikke [er] sædvanligt, at hovedentreprenøren helt eller delvist projekterer de enkelte underentrepriser”* i entreprisesager, hvor hovedentreprenøren antager forskellige underentreprenører, idet projekteringsansvaret påhviler den enkelte underentreprenør. Voldgiftsrettens begrundelse for at pålægge underentreprenøren en projekteringsforpligtelse i forhold til VVS-entreprisen var således, at dette var sædvanligt i det konkrete tilfælde, uden henvisning til parternes aftalegrundlag i øvrigt.

Voldgiftsretten udtalte videre, at fordi det ikke var *“godtgjort, at HE [hovedentreprenøren] i den konkrete sag helt eller delvis havde påtaget sig at projektere VVS-entreprisen eller gjort det”*, påhvilede projekteringsansvaret underentreprenøren. Dette er udtryk for, at voldgiftsretten vendte bevisbyrden om, således at det var underentreprenøren, der skulle godtgøre, at projekteringsansvaret ikke påhvilede ham. Dette strider mod det ellers klare udgangspunkt om, at entreprenøren alene skal projektere, hvis det er aftalt, og at tvivl om, hvorvidt entreprenøren skal udføre projekteringen, kommer bygherren bevismæssigt til skade under AB 18 § 17.¹¹³ Det skal i den henseende erindres, at “bygherren” i underentrepriseforhold forstås som entreprenør og “entreprenøren” som underentreprenør, jf. § 2, stk. 1, 2. pkt. På trods af at det er almindeligt anerkendt, at der skal mindre til for at anse projektering for aftalt i tilfælde, hvor det er sædvanligt, synes det for vidtgående at vende bevisbyrden om i almindelighed. Afgørelsen kan derfor ikke ses som en generel regel om, at bevisbyrden vendes om under AB 18 i tilfælde, hvor entreprenørprojektering er sædvanligt, hvis der ikke er holdepunkter i aftalen eller i øvrigt for, at entreprenøren/underentreprenøren har påtaget sig en projekteringsforpligtelse.

I litteraturen er der også generelt enighed om, at der skal mindre til, førend projektering anses for aftalt mellem bygherren og entreprenøren, hvis der er tale om et område, hvor dette er sædvanligt. Som nævnt ovenfor i afsnit 4.2.2 er både Ole Hansen og Torsten Iversen af den opfattelse, at der ikke kan stilles store krav til vedtagelsen af aftaler om entreprenørprojektering, hvis der er tale om et område, hvor entreprenørprojektering er sædvanligt. Tilsvarende mener Michael Gjedde-Nielsen m.fl., at vedtagelseskravet i relation til spørgsmålet om entreprenør-

¹¹³ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 268ff

projektering beror på, hvor sædvanligt entreprenørprojektering er på det pågældende område.¹¹⁴ Christian Molt Wengel m.fl. deler opfattelsen af, at det inden for visse områder er så sædvanligt, at en entreprenør projekterer, at der ikke skal meget til, førend entreprenørprojektering må anses for aftalt mellem parterne.¹¹⁵

AB-revisionsudvalget havde oprindeligt den ambition at fastlægge autoritativt inden for hvilke fag, det er sædvanligt at overlade projekteringen til en entreprenør. Det var hensigten at udarbejde en liste, som løbende kunne revideres, når projekteringspraksis ændrede sig. Dette opgav man imidlertid, idet der ikke kunne opnås enighed om, hvilke dele af projekteringen det er sædvanligt at overlade til entreprenøren at projektere. Tilsvarende kunne man ikke blive enige under udarbejdelsen YBL 18.¹¹⁶ Det er således vanskeligt at fastlægge, hvad der kan anses som værende sædvanligt, idet der er tale om en dynamisk retsstandard, der tilpasses efter udviklingen i byggeriet, herunder den hyppigere anvendelse af systemleverancer.¹¹⁷ Der er derfor tale om et kriterium, der er forbundet med en vis usikkerhed, og det kan derfor være betænkeligt at tillægge det for stor betydning, idet der i byggebranchen ikke er enighed om, hvornår det er i det hele taget er sædvanligt, at projekteringen overlades til entreprenøren. Entreprenørprojektering forekommer dog i rigt omfang især inden for konstruktioner, flere af de tekniske fag, herunder f.eks. VVS, ventilation, og facadelukningssystemer, og det forekommer ubetænkeligt at tillægge kriteriet betydning inden for disse helt klare tilfælde.¹¹⁸ Dette er i øvrigt også et synspunkt, der flugter med almindelig aftalefortolkningspraksis, hvorefter der stilles lempeligere krav til vedtagelsen af sædvanlige aftalevilkår.¹¹⁹ Det er ligeledes anerkendt i entreprisretlig teori, at hvad der må anses som normalt eller sædvanligt i en konkret situation, efter omstændighederne kan opfattes som det centrale legitimerende grundlag for fortolkningsresultatet af parternes ydelser i entreprisforhold.¹²⁰

Beslægtet med spørgsmålet om, hvorvidt det kan have betydning, at projektering er sædvanligt på et område, er spørgsmålet, om der skal mindre til, førend projektering anses for aftalt mellem bygherren og entreprenøren, hvis disse tidligere har indgået mange entrepriscontrakter, hvor

¹¹⁴ Michael Gjedde-Nielsen m.fl.: *ABR 18 med kommentarer*, s. 307

¹¹⁵ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 268ff

¹¹⁶ Michael Gjedde-Nielsen m.fl.: *ABR 18 med kommentarer*, s. 89f

¹¹⁷ Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 218

¹¹⁸ Michael Gjedde-Nielsen m.fl.: *ABR 18 med kommentarer*, s. 90

¹¹⁹ Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 173

¹²⁰ Ole Hansen: *Det entreprisretlige hjemmelsproblem*, s. 116ff

det har været almindeligt forekommende, at entreprenøren har projekteret. I køberetten er det almindeligt antaget, at der i faste kommercielle samhandelsforhold kan være opstået en sædvane for, at handler sker på den ene parts udarbejdelse af salgs- og leveringsbetingelser, hvorefter det må lægges til grund, at al handel sker på de vilkår, medmindre andet aftales.¹²¹ I det omfang der har været tidligere forretningsforbindelse mellem parterne, og særligt hvis der stadig er en eksisterende forretningsforbindelse, kan parternes sædvanlige praksis være et væsentligt fortolkningskriterium og skabe en formodning for, at tingene “skal være, som de plejer”.¹²² Det følger bl.a. udtrykkeligt af CISG art. 8, stk. 1, jf. stk. 3, at “den praksis som parterne har skabt mellem sig”, skal inddrages ved fortolkning af parternes aftale. Tilsvarende følger det af CISG art. 9, stk. 1, at parterne er bundet af “praksis, som de har skabt mellem sig”.

Der er i disse situationer i virkeligheden tale om, at noget, der uden en aftale normalt ikke ville være gældende, nu alligevel bliver gældende, fordi det følger af tidligere indbyrdes aftaleforhold. Som et væsentligt modargument må det dog anføres, at der inden for entreprise er tale om særegne og individuelle projekter ved hvert byggeri. Et byggeprojekt kan derfor sjældent betragtes som “genus”, som det er tilfældet ved køb af løsøre. Behovene ved hvert byggeprojekt varierer, og det vil derfor som regel kræve en konkret stillingtagen til entreprenørens ydelser i relation til den pågældende entreprise uanset tidligere aftaleforhold. Dette er også forudsat i bl.a. AB 18 § 4, stk. 2, hvorefter der skal være klarhed over ydelser og vilkår, og at manglende klarhed kommer bygherren til skade. En sådan variation og individualitet er ikke nødvendigvis tilfældet for så vidt angår køb af løsøre, idet samme salgs- og leveringsbetingelser godt kan antages at være brugbare på forskellige produkttyper. Der er derfor ikke nødvendigvis brug for en konkret stillingtagen ved hver enkelt kontraktsindgåelse, som det er tilfældet ved entrepriser. Et synspunkt om at tidligere kontraktsforhold mellem parterne, hvor entreprenøren har været pålagt en projekteringsforpligtelse, i sig selv skal kunne begrunde en projekteringsforpligtelse i den aktuelle entreprise, forekommer derfor mindre velbegrundet end i andre samhandelsforhold. Det kan dog ikke udelukkes, at det kan være et moment, der kan indgå i vurderingen afhængig af den konkrete sags nærmere omstændigheder, særligt hvis der er tale om byggeprojekter, der er sammenlignelige.

¹²¹ Søren Theilgaard m.fl.: *Købeloven med kommentarer*, s. 34f

¹²² Lennard Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemmand*, s. 375ff og Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 516

4.2.3.2 Parternes fælles forståelse

Hvis der ikke i aftalen mellem bygherren og entreprenøren eksplicit er taget stilling til, om der påhviler entreprenøren en forpligtelse til at projektere, er udgangspunktet som nævnt ovenfor, at entreprenøren ikke skal udføre projektering. Dette udgangspunkt kan efter omstændighederne fraviges, hvis det må anses for at have været parternes fælles forståelse, at entreprenøren skulle udføre projektering i den konkrete sag. Det er således anerkendt i entrepriseretlig teori, at opfattelsen af fællesviljen står som et centralt legitimerende grundlag for bl.a. fastlæggelsen af parternes ydelser i entreprisforhold.¹²³ Kan parterne konstateres at have haft en fælles forståelse af, hvad der skulle leveres i medfør af kontrakten, bliver denne opfattelse - uden hensyn til kontraktens ordlyd i øvrigt - lagt til grund ved fastlæggelsen af parternes ydelser. Det gælder også, selvom parterne under en senere sag giver udtryk for uenighed.¹²⁴ Problemet er dog, at det i disse situationer normalt vil være vanskeligt at dokumentere en fælles forståelse uden støtte i enten aftaleteksten eller andre objektive forhold.¹²⁵ Dette gælder særligt, hvis tvisten opstår længe efter aftalens indgåelse, hvilket f.eks. er almindeligt forekommende i entrepris.¹²⁶ I U 2022.3538 V forelå der netop sådanne objektive forhold, som kunne skabe en klar indikation for, hvad der havde været parternes fælles forståelse af deres respektive forpligtelser.

Sagen handlede om opførelsen af et privat hus, hvor der var konstateret flere mangler, der bl.a. kunne henføres til projektfejl. Hovedentreprenørens entrepris omfattede bl.a. stålleverance og opstilling af råhus. Hovedentreprenøren indgik en aftale med en underentreprenør om stålkonstruktionen. Det var ubestridt, at husets stålkonstruktioner ikke havde den krævede stabilitet. Spørgsmålet under retssagen var herefter, om hovedentreprenøren var ansvarlig for manglerne, herunder for mangelfuld projektering, idet der ikke var udført ingeniørberegninger på hele byggeriet, men alene på stålkonstruktionerne, som i øvrigt også var mangelfulde.

Landsretten konstaterede indledningsvis, at hovedentreprenøren ikke var totalentreprenør og derfor som udgangspunkt ikke havde et projekteringsansvar. Spørgsmålet var herefter, om ho-

¹²³ Ole Hansen: *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, s. 93ff

¹²⁴ Lennard Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*, s. 366ff og Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard: *Almindelig Kontraktret*, s. 230f

¹²⁵ Ole Hansen beskriver det af samme grund som *uegentlig subjektivitet* forstået på den måde, at det afgørende ikke er, hvad parterne faktisk vidste eller forventede, men derimod, hvad parterne burde have indset eller forudset, jf. *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, s. 101

¹²⁶ Ole Hansen og Vibe Ulfbeck: *Lærebog i aftaleret*, s. 78

vedentreprenøren alligevel havde en projekteringsforpligtelse. Aftaleforholdet mellem bygherren og hovedentreprenøren indeholdt ingen nærmere angivelse af en projekteringsforpligtelse for entreprenøren.

Underentreprenørens tilbud til hovedentreprenøren indeholdt en post på 40.000 kr. for ingeniørberegninger samt produktionstegninger. Endvidere udtalte direktøren hos hovedentreprenøren, som tidligere havde været bestyrelsesmedlem hos underentreprenøren, at han forventede, at underentreprenøren havde til opgave at udføre alle ingeniørberegninger, der var nødvendige i forbindelse med opførelse af råhuset, og at han ikke forventede, at bygherren kom med nogle beregninger. Han forklarede dog videre, at det ikke var hans forventning, at underentreprenøren skulle udføre ingeniørberegninger på hele byggeriet, men derimod kun på sin egen leverance.

Der var dermed objektive indikationer i form af underentreprisaftalen samt vidneforklaringer for, at det var entreprenørens og bygherrens fælles forståelse, at entreprenøren (eller dennes underentreprenør) skulle udføre projektering. På denne baggrund lagde landsretten til grund, at hovedentreprenøren havde ansvaret for at tilvejebringe detailprojekteringen til byggeriet, idet hovedentreprenøren havde forudsat, at underentreprenørens ydelse også omfattede ingeniørberegninger på hele byggeriet og ikke kun stålkonstruktionen. Idet underentreprenøren alene havde leveret beregninger for stålkonstruktion, og at disse endvidere var mangelfulde, var der tale om projekteringsfejl, som hovedentreprenøren i forhold til bygherren bar ansvaret for. På den baggrund havde hovedentreprenøren *“[...] handlet i strid med god håndværksmæssig skik og god projekterings- og byggeskik ved at opføre bygningen uden den nødvendige detailprojektering og de nødvendige ingeniørberegninger.”*

Landsretten afgørelse strider således som udgangspunkt mod bemærkningerne i AB 18-betænkningen, hvoraf det fremgår, at entreprenørprojektering forudsætter en klar aftale *mellem bygherren og entreprenøren*. Afgørelsen er dog i overensstemmelse med almindelig aftalepraksis, og det er ligeledes anerkendt i entrepriseretlig litteratur, at parternes formodede subjektive forhold og fælles forståelse, kan indgå som kriterie for fortolkning og udfyldning af entreprisaftaler.¹²⁷

¹²⁷ Ole Hansen: *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, s. 148ff

Der var imidlertid også andre faktorer, der i afgørelsen blev tillagt betydning for sagens udfald. Af byrettens bemærkninger, som landsretten tiltrådte, fremgår det således:

“[...] Uklarheder i aftalegrundlaget efter koncipistreglen må fortolkes mod N A/S [hovedentreprenøren], som professionel aktør og koncipist, og til fordel for J [bygherren], der er en privat bygherre med byggeteknisk indsigt, men dog med hjælp fra D ApS [bygherrens rådgiver].”

Det var entreprenøren, der havde udfærdiget den endelige aftale mellem bygherren og entreprenøren, og dette indgik tilsyneladende som et element i vurderingen af, om entreprenøren havde påtaget sig en projekteringsforpligtelse. Koncipistreglen indebærer, at i tilfælde af tvivl om betydningen af aftalen fortolkes denne mod koncipisten.¹²⁸ Som en variant af koncipistreglen ses det endvidere, at uklarheder i en aftale fortolkes mod den sagkyndige i de tilfælde, hvor kun den ene part optræder som led i professionel erhvervsudøvelse. Dette hænger sammen med, at den professionelle parts overlegenhed i erfaring, sagkundskab og styrke generelt indebærer en særlig forpligtelse til at skabe klarhed i aftalen.¹²⁹ Afgørelsen skal derfor til dels også ses i lyset af, at bygherren var forbruger uden særlig byggeteknisk indsigt, og at entreprenøren derfor var den stærke/kloge part i aftalerelationen, samt de særlige hensyn der som tidligere nævnt gælder i relation til retsvirkningsfastlæggelsen i den henseende. Dette ændrer dog ikke på, at parternes fælles forståelse utvivlsomt er et kriterie, der kan blive tillagt betydning for vurderingen af, om entreprenøren har påtaget sig en projekteringsforpligtelse - også under AB 18. Denne forståelse vil dog være vanskelig at dokumentere i mangel på holdepunkter i enten aftaleteksten eller andre objektive forhold.

4.2.3.3 Faktisk udført projektering

Som nævnt ovenfor kan en aftale om entreprenørprojektering både være oprindelig, hvilket vil sige, at den er indeholdt i entrepriseaftalen, og den kan indgås efterfølgende, hvilket vil sige, at det ikke af den oprindelige aftale fremgår, at der skal projekteres. Den efterfølgende aftale om entreprenørprojektering kan bl.a. komme i stand ved, at parternes adfærd må anses som

¹²⁸ Ole Hansen og Vibe Ulfbeck: *Lærebog i aftaleret*, s. 83, Lennard Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*, s. 383f, Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret*, s. 373ff samt Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard: *Almindelig Kontraktret*, s. 237f

¹²⁹ Lennard Lyng Andersen og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*, s. 384

udtryk for en stiltiende aftale om entreprenørprojektering, herunder hvis entreprenøren faktisk udfører projektering, som bygherren lægger til grund for arbejdets udførelse.¹³⁰ Det ses i tråd hermed i praksis, at det tillægges afgørende betydning, hvem der *faktisk* har udført projekteringen, jf. TBB 2012.679 VBA.

I sagen havde bygherren indgået en kontrakt med en rådgiver om teknisk rådgivning og bistand i forbindelse med et nyt laboratorie- og administrationsbyggeri. Bygherren indgik herefter en hovedentreprisefortale med en entreprenør om udførelsen af råhusarbejderne. Hovedentreprisenens kontrakt omfattede bl.a. lukningsentreprisen, hvor det i arbejdsbeskrivelsen bl.a. var anført, at facadeelementerne og glaslukningsarbejdet var at betragte som en systemleverance. Hovedentreprisen havde engageret en underentreprisen til at forestå lukningsentreprisen. Der blev allerede forinden byggeriets aflevering konstateret vandindtrængning, og det blev vurderet, at utæthederne skyldtes bl.a. udformningen af systemet. Spørgsmålet var om det var hovedentreprisen eller rådgiveren, der bar projekteringsansvaret herfor. Voldgiftsretten udtalte:

“Det fremgår efter voldgiftsrettens opfattelse af disse kontraktlige projekteringsforpligtelser og af den udførte projektering, at det var HE [hovedentreprisen] og ikke R [rådgiveren], som havde ansvaret for vindueselementernes projektering og produktion og faktisk også præsterede disse ydelser.” (vores understregning).

Voldgiftsretten lagde således afgørende vægt på, at entreprenøren faktisk præsterede projekteringen. Det skal dog bemærkes, at der - som en del af systemleverancen - skulle detailprojekteres. Bygherren havde imidlertid indgået en parteraftale med entreprenøren og rådgiveren, hvorved der var lagt op til at tættere samarbejde end ved en almindelig entreprise. Dette var også en årsag til, at placeringen af forpligtelsen og ansvaret ikke var lige til. Derfor var det et afgørende moment i vurderingen, at entreprenøren var den part, der havde forestået detailprojekteringen af vindueselementerne og var således som udgangspunkt eneansvarlig for den del af projekteringen. Hovedentreprisen blev dog frifundet, idet kravet var forældet.

Tilsvarende blev det i TBB 2017.601 VBA, der er beskrevet i afsnit 4.2.3.1, af voldgiftsretten udtalt, at underentreprisen i forholdet til sin hovedentreprisen bar projekteringsansvaret, idet

¹³⁰ AB-betænkningen (2018), s. 104

“Det [...] ikke [var] godtgjort, at HE [hovedentreprenøren] i den konkrete sag helt eller delvis har påtaget sig at projektere VVS-entreprisen eller gjort det.” (Vores understregning).

På samme måde blev det i TBB 2019.741 VBA, der også er beskrevet i afsnit 4.2.3.1, tillagt betydning, at entreprenøren først rettede henvendelse til rådgiveren og bad om yderligere/tilrettede beskrivelser, da han konstaterede, at køleanlægget ikke fungerede som det skulle, dvs. efter at entreprenøren faktisk havde udført detailprojekteringen og udførelsen.

4.2.3.4 Spinkelt projekt

Erik Hørlyck sætter spørgsmålstegn ved, hvad der overhovedet er udgangspunktet i forhold til entreprenørens projekteringsforpligtelse, dvs. om det i det hele taget skal aftales, førend entreprenøren er forpligtet til at projektere. Hørlyck mener set i lyset af § 17, stk. 1, 2. pkt. - hvorefter entreprenøren skal forestå den nødvendige projektering, uden at der hertil kræves en særskilt projekteringsaftale, hvis arbejdet i aftalen er beskrevet med angivelsen af funktionskrav - at entreprenøren skal projektere, hvis der mangler projektmateriale. Erik Hørlyck sidestiller dermed manglende projektmateriale med udbud på funktionskrav. Helt så firkantet er det imidlertid ikke muligt at stille det op, og der mangler nuancer i hans udlægning af retstilstanden, jf. også nærmere herom i afsnit 4.3. Erik Hørlyck mener altså i tilfælde af manglende projektmateriale, at entreprenøren uden særskilt aftale herom med bygherre skal projektere, men at entreprenøren dog i disse situationer har krav på merbetaling, idet bygherren ikke har opfyldt entydighedskravet i AB § 4, stk. 2.¹³¹

Erik Hørlycks synspunkt kan ikke tiltrædes. Det ses i praksis, at en entreprenør ikke ifalder en pligt til at projektere alene af den grund, at bygherren ikke har udfærdiget et fuldkomment projekt - heller ikke selvom bygherren er uden særlig byggefaglig indsigt og der er tale om et område, hvor entreprenørprojektering ellers er sædvanligt, jf. TBB 2017.909 VBA

I sagen var spørgsmålet, om entreprenøren havde en projekteringsforpligtelse alene som følge af et åbent, ufuldkomment og ikke tilstrækkeligt detaljeret projektmateriale, hvor der hverken var holdepunkter i aftalen eller i øvrigt for, at entreprenøren skulle have påtaget sig en projek-

¹³¹ Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 245f

teringsforpligtelse. Bygherren og entreprenøren havde indgået aftale om opførelse af tre dobbelthuse for bygherren. I kontraktgrundlaget var der henvist til AB 92, og entreprenøren var omtalt som “entreprenør” eller “hovedentreprenør”. Der opstod først og fremmest tvist om, hvorvidt entreprenøren var hoved- eller totalentreprenør, men efter fortolkning af aftaledokumenterne fandt voldgiftsretten, at der var tale om hovedentreprise. Der blev konstateret flere mangler ved byggeriet, herunder forekomst af skimmelsvamp samt registreret uacceptable fugtniveauer i tagkonstruktionen, og det blev anset for sandsynligt, at årsagen hertil var mangelfuld ventilation primært på grund af underdimensionerede ventilationsåbninger samt en for lille højde i hulrummet over isoleringen.

Bygherrens rådgiver, som var en arkitekt, havde forklaret, at han alene havde udarbejdet tegninger, der havde karakter af et forprojekt, og at han havde regnet med, at der herefter skulle udarbejdes et hovedprojektet. Bygherren fravalgte imidlertid, at der blev gennemført en detailprojektering, således at tegningsmaterialet var langt fra at udgøre et udførelsesprojekt. Voldgiftsretten udtalte herefter:

“Under disse omstændigheder lægger voldgiftsretten til grund, at det sæt tegninger, som E [entreprenøren] fik stillet til rådighed ikke har udgjort et tilstrækkeligt grundlag for E’s gennemførelse af den del af byggeprojektet, der vedrører taget, og at BH [bygherre] som projektansvarlig bygherre har forsømt sin forpligtelse til at sikre et entydigt udbudsmateriale.”

Voldgiftsretten kom altså frem til, at bygherren havde stillet et utilstrækkeligt projektmateriale til rådighed for entreprenøren. Dette indebar imidlertid ikke i sig selv en forpligtelse for entreprenøren til at foretage den tilsyneladende nødvendige detailprojektering. Voldgiftsrettens udtalelse og resultat flugter således ikke med Erik Hørlycks synspunkt. Voldgiftsretten bemærkede endvidere, at den omstændighed, at der var tale om en bygherre uden byggefaglig indsigt, som kun valgte at benytte rådgivere i begrænset omfang, ikke kunne fritage bygherren for projekteringsansvaret.

En projekteringsforpligtelse for entreprenøren må således forudsætte, at parterne har indgået i en dialog omkring dette, eller at der på anden måde er objektive holdepunkter for, at det er parternes fælles forståelse, at entreprenøren skal færdigprojektere. Dette uanset, at manglerne ved byggeriet kunne henføres til mangelfuld ventilation, og at ventilation er et af de områder, hvor det er helt sædvanligt, at entreprenøren bistår med projekteringen i et eller andet omfang.

Det skal dog bemærkes, at voldgiftsretten fandt frem til, at entreprenøren bar en del af ansvaret, idet entreprenøren bl.a. havde undladt at søge at afklare de uklarheder, der var i projektmateriale hos bygherren. Entreprenøren kunne således ikke blot se bort fra manglerne i projektet, men dette må henføres til entreprenørens indsigelsespligt efter AB 92 § 15 og kan ikke betragtes som en forpligtelse til at færdigprojektere, jf. nærmere herom i afsnit 4.5.

Heller ikke ved brug af den ændringsret, der tilkommer bygherren efter AB 18 § 23, kunne bygherren have pålagt entreprenøren at færdigprojektere. Som nævnt under afsnit 3.2.2 kan bygherren ikke ensidigt gennem sin ændringsret pålægge entreprenøren at udføre projektering, hvis der ikke har været aftalt entreprenørprojektering.

TBB 2018.666 VBA er endnu et eksempel på, at en entreprenør/leverandør ikke er forpligtet til at projektere alene på baggrund af et ufuldkomment projektmateriale. I sagen havde en bygherre, der tillige var hovedentreprenør på byggeriet, indgået en aftale med en leverandør om at leverandøren skulle levere stål til et altanprojekt. Efter udførelsen kunne der konstateres mangler ved altanerne, bl.a. som følge af, at der ikke var udført de nødvendige beregninger. At bygherren på baggrund af bl.a. en telefonsamtale med leverandøren var af den overbevisning, at leverandøren ville udføre de nødvendige beregninger, kunne ikke ændre ved, at udarbejdelsen af statiske beregninger ikke var en del af leverandørens ydelse, idet det ikke var aftalt. Voldgiftsretten fandt derfor frem til, at leverandøren ikke havde påtaget sig en projekteringsforpligtelse til at udføre statiske beregninger og derfor ikke bar projekteringsansvaret herfor. Det skal dog bemærkes, at det af leverandørens salgs- og leveringsbetingelser, der var henvist til i både tilbuddet og ordrebekræftelsen, fremgik, at statiske beregninger ikke var indeholdt i tilbuddet, medmindre det blev udtrykkeligt nævnt, hvilket ikke kan udelukkes at have haft betydning.

4.2.4 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående kan det først og fremmest udledes, at beskrivelsen af entreprenørens ydelse i kontrakten samt eventuelle særlige vilkår tilknyttet beskrivelsen har væsentlig betydning for vurderingen af, om entreprenøren har påtaget sig en projekteringsforpligtelse. I det omfang parterne udtrykkeligt har taget stilling til entreprenørens projekteringsforpligtelse i aftalen, er entreprenør forpligtet til at projektere, jf. TBB 2023.223 VBA og TBB 2018.257

VBA. Det ses i praksis, at det i den forbindelse er tilstrækkeligt, at det i udbudsmaterialet er angivet, at entreprenøren skal detailprojektere en nærmere bestemt bygningsdel, jf. bl.a. TBB 2022.848 VBA. Efter omstændighederne kan det også være tilstrækkeligt, at bygherren angiver, at entreprenøren skal udføre den “nødvendige” projektering, jf. TBB 2021.785 VBA.

Undertiden ses det, at der ikke i entrepriseaftalen mellem bygherren og entreprenøren er taget eksplicit stilling til entreprenørens projekteringsforpligtelse. Selvom det fremgår af AB-betænkningen, at en projekteringsforpligtelse for entreprenøren som udgangspunkt forudsætter en klar aftale herom, kan det konstateres, at vedtagelseskravet lempes under visse omstændigheder.

I disse situationer støttes entreprenørens forpligtelse til at projektere på en bedømmelse af parternes kompetencer, herunder særligt hvem af parterne, der besidder den specialiserede viden, som projekteringen forudsætter, og hvem der har udfærdiget kontrakten. Det ses endvidere, at det i tvivlstilfælde indgår som moment, hvad der var parternes fælles forståelse af deres forpligtelser, jf. U 2022.3538 V. I tråd hermed har det også væsentlig betydning for projekteringsansvaret, hvem der faktisk har foretaget projekteringen, jf. TBB 2012.679 VBA, TBB 2017.601 VBA og TBB 2019.741 VBA.

Det fremstår ydermere som velbegrundet, at der stilles lempeligere vedtagelseskrav til aftalen om projektering mellem bygherren og entreprenøren i tilfælde, hvor projekteringsforpligtelsen relaterer sig til et område, hvor det er sædvanligt, at entreprenøren udfører projektering i større eller mindre omfang, jf. TBB 2019.741 VBA og TBB 2017.601 VBA. Dog synes TBB 2017.601 VBA at være for vidtgående, og der kan ikke opstilles en generel regel om, at bevisbyrden vendes om i disse tilfælde.

Der gælder imidlertid utvivlsomt en nedre grænse for, hvor spinkelt aftalegrundlaget kan være, før entreprenøren pålægges en projekteringsforpligtelse, jf. TBB 2017.909 VBA og TBB 2018.666 VBA.

Det kan endeligt konkluderes, at der ikke er holdepunkter for at antage, at der gælder et generelt skærpet vedtagelseskrav i relation til aftaler om entreprenørprojektering. Dog kan det ikke udelukkes, at vedtagelseskravet skærpes, hvis entreprenørprojektering er helt usædvanligt på det pågældende område. Det kan i relation hertil overvejes, om praksis under AB 18 generelt vil

stille strengere vedtagelseskrav til aftaler om entreprenørprojektering, end det var tilfældet under AB 92, idet man nu har både AB 18 og betænkningen som fortolkningsbidrag, hvor det er direkte fastsat, at entreprenøren kun skal projektere, hvis det er aftalt, og at en sådan aftale forudsætter en klar aftale. Det vurderes imidlertid, at det ikke har været revisionsudvalgets hensigt, at bestemmelsen skulle medføre en sådan skærpelse, men at reglerne derimod er indarbejdet med den valgte ordlyd for at tilskynde til, at parterne i deres aftale tager stilling til entreprenørens forpligtelse til at projektere.

4.3 Udbud på funktionskrav

4.3.1 Generelt om udbud på funktionskrav

Som nævnt er det klare udgangspunkt, at entreprenøren kun skal projektere, hvis dette er aftalt, jf. AB 18 § 17, stk. 1, 1. pkt. Af bestemmelsens 2. pkt., fremgår det imidlertid, at i det omfang entreprenørens arbejde i aftalen er beskrevet ved angivelse af funktionskrav, skal entreprenøren udføre den nødvendige projektering herfor. Der er dermed tale om en fravigelse af kravet om, at en projekteringsforpligtelse for entreprenøren forudsætter en egentlig aftale om projektering. Aftalen om projektering ligger i, at entreprenøren byder ind på et udbud, der indeholder funktionskrav, som forudsætter en nærmere projektering.

I tidligere praksis blev aftaleformen mødt med skepsis, herunder i KFE 1982.36. Udbudsmaterialet var spinkelt og projektudarbejdelsen var delvist overladt til entreprenøren i hovedentreprisen. Hertil udtalte voldgiftsretten:

“Den anvendte mellemform, hvor den udførende er ‘delvis’ hovedentreprenør, indeholder risici og misforståelser og uklarheder vedr. ansvarsforholdet. Den rene totalentreprisform må anvendes, hvis egentlig ansvar for projekt, udførelse og styring skal tillægges entreprenøren.”

Selvom tidligere praksis tilsyneladende ikke anerkendte udbud på funktionskrav som en aftaleform, der kunne overføre projekteringsansvaret til entreprenøren, er der nu ikke længere tvivl om, at der er tale om en helt gængs og anerkendt organisations- og aftaleform. Ikke desto mindre ses der at foreligge flere forskellige - omend på sin vis også ens - definitioner på, hvad der

forstås ved udbud på funktionskrav. At der endnu ikke foreligger en klar definition på aftaleformen ses også i AB-betænkningen, hvoraf det fremgår, at udtrykket “funktionskrav” ikke er fast defineret, og undertiden forveksles og bruges overlappende med udtrykket “udfaldskrav”, som ikke indebærer, at entreprenøren skal udføre projektering.¹³²

I 1972 definerede Jørgen Hansen udbud på funktionskrav som “[...] *et udbud, hvor alle væsentlige planlægningsmæssige beslutninger er taget af udbyderne forinden udbud sker*”. Forfatteren angiver til illustration et eksempel vedrørende en vinduesentreprise, der udbydes, således at der i udbuddet alene er stillet krav om vinduernes dimensioner, at de skal kunne lukkes, samt at de skal kunne indføjes i en betonelementfacade. I denne situation er den nærmere udformning af vinduerne, valg af materialer, af konstruktion, udseende mv. overladt til entreprenøren.¹³³

Jørgens Hansens syn på aftaleformen blev tilsyneladende accepteret og videreført, og Christian Johansen definerede i 1999 udbud på funktionskrav som tilfælde, hvor “[...] *bygherren ikke beskriver resultatet af entreprenørens produktion, men alene beskriver den funktion, d.v.s. rumstørrelse, bæreevne etc., som ydelsen skal have. Dette medfører, at entreprenøren, eventuelt i samarbejde med leverandøren, projekterer den funktionsbeskrevne ydelse.*”¹³⁴

I et forsøg på at klarlægge udbud på funktionskrav som en mellemform under det daværende AB 92-regime, definerede Ole Hansen udbud på funktionskrav som “*En funktionsbeskrivelse [som] angiver [...] den ønskede ydelses funktionelle egenskaber i bestemte henseender, mens et hovedprojekt principielt skal indeholde en beskrivelse af de arbejder, leverancer og til dels også processer, der skal ydes af entreprenøren. En mere præcis begrebsmæssig afgrænsning af funktionsbeskrivelser i forhold til det sædvanlige indhold af et hovedprojekt er næppe mulig.*”¹³⁵

Torsten Iversens opfattelse synes at være på linje med de ovenfor angivne, idet han beskriver udbud på funktionskrav som udbud, hvor “[...] *bygherren alene har fastlagt visse proces- eller*

¹³² AB-betænkningen (2018), s. 104f

¹³³ Jørgen Hansen i U 1972B.285: *Licitationsbegrebet i støbeskeen. Om behovet for regulering af ændrede udbudsformer i bygge- og anlægsvirksomhed*

¹³⁴ Christian Johansen: *Bygherrens ændringsret*, s. 68

¹³⁵ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 166

funktionskrav, hvorefter det er overladt til entreprenøren at projektere og udføre arbejder således, at disse krav bliver opfyldt.”¹³⁶

Ovenstående beskrivelser og definitioner af udbud på funktionskrav er i overensstemmelse med betænkningens definition, hvorefter *“Funktionskrav betegner krav, der beskriver et arbejde ved krav til det færdige arbejdets funktion, herunder de resultater og effekter der skal opnås. Udtrykket bruges ofte i tilfælde, hvor kravene er opstillet uden en beskrivelse af, hvordan arbejdet skal udføres, med hvilke metoder og hvilke materialer.”¹³⁷¹³⁸*

Sammenfattende er der således enighed om, at udbud på funktionskrav generelt kan beskrives som et udbud, hvori det er foreskrevet, at entreprenøren skal levere en ydelse, der lever op til de af bygherrens angivne funktionelle egenskaber og krav i bestemte henseender. Det er herefter op til entreprenøren at projektere og udføre arbejderne således, at disse krav bliver opfyldt. Mens totalentreprise som nævnt i afsnit 2.2 vedrører den væsentligste del af projekteringen ved byggeriet eller anlægget, vedrører udbud på funktionskrav alene en enkelt (del)entreprise. Udbud på funktionskrav benævnes af disse grunde undertiden som partiel eller sekventiel totalentreprise.¹³⁹

Hvilke bygningsdele, der normalt udbydes på funktionskrav, beror på en praksis, der må forventes at udvikle sig over tid.¹⁴⁰ Bygherreforeningen har i sit paradigme for rådgiveraftaler efter ABR 18 indsat en bestemmelse om, hvornår udbud på funktionskrav er sædvanligt. For en nærmere opstilling af, hvornår det aktuelt er sædvanligt at anvende udbud på funktionskrav, henvises til bilag 3 i paradigmet, men betonelementer, ventilation og systemprodukter kan dog nævnes som eksempler fra paradigmet.

¹³⁶ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 426

¹³⁷ AB-betænkningen (2018), s. 104f

¹³⁸ For andre beskrivelser og definitioner af udbud på funktionskrav se bl.a. Kristian Skovgaard: *Entreprenørens ekstraarbejder*, s. 50, Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 106, Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 562f, Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 268f, samt Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 246f

¹³⁹ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 427 og Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 163ff

¹⁴⁰ AB-betænkningen (2018), s. 104f

Det ses i litteraturen og til dels også i praksis, at begrebet systemleverance forveksles og bruges synonymt med udbud på funktionskrav.¹⁴¹ Det nærmere indhold af begrebet systemleverance er noget uklart, men det er i YBL 18 defineret som tilfælde, hvor en “[...] *systemleverandør projekterer, tilpasser og leverer et eller flere systemprodukter til et byggeri, eventuelt inkl. montage.*” Et systemprodukt er herefter defineret som “[...] *en teknologisk kompleks del af en bygning, udviklet som et færdigt, modulariseret og varierende produkt eller en katalogvare.*” Denne definition svarer til den generelle opfattelse og definition i litteraturen.

Det er imidlertid en anelse for simpel at anvende begreberne systemleverance og udbud på funktionskrav synonymt, idet systemleverancer ikke i alle tilfælde udbydes på funktionskrav. Der ses i praksis flere eksempler på, at en aftale om en systemleverance alene har indebåret en pligt for entreprenøren til at forestå den endelige detailprojektering og dermed ikke til at projektere i et omfang svarende til, hvis der havde været tale om et udbud på funktionskrav, jf. bl.a. TBB 2023.223 VBA og TBB 2022.848 VBA. Systemleverancer er således ikke automatisk lig med et udbud på funktionskrav. Systemleverancer *kan* dog blive udbudt på funktionskrav.¹⁴²

4.3.2 Hvornår er der tale om udbud på funktionskrav?

Det er ovenfor beskrevet, hvad der kendetegner udbud på funktionskrav. Spørgsmålet er herefter, hvilke krav der stilles til udbuddet, førend det kan siges at være udbudt på funktionskrav. Der vil i den forbindelse blive taget udgangspunkt i praksis fra AB 92, idet der endnu ikke foreligger praksis, hvor AB 18 § 17 er blevet (direkte) anvendt. Vurderingen af, hvornår der er tale om udbud på funktionskrav, må i det væsentlige antages at være den samme under AB 18 som under AB 92. Forskellen i retsstillingen under AB 18 og AB 92 relaterer sig primært til retsvirkningen af, at der er tale om funktionsudbud, jf. nærmere herom i afsnit 4.3.3.

Hvis det fremgår klart af udbudsmaterialet, at der er tale om et udbud på funktionskrav, og udbudsmaterialet indeholder mindstekrav, som entreprenøren skal overholde ved sin nærmere

¹⁴¹ Se bl.a. Christian Molt Wengel m.fl: *AB 18 med kommentarer*, s. 271f, Erik Hørlyck, *Entreprise - AB 18*, s. 544, Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 177f, samt Helena Bente i TBB 2012.343: *Systemleverancer*

¹⁴² Helena Bente i TBB 2012.343: *Systemleverancer*

projektering, vil der ofte ikke være tvivl om, at der er tale om et udbud på funktionskrav, jf. TBB 2017.286 VBA.

I sagen skulle der opføres et stort hotel, og byggeriet var opdelt i storentrepriser, herunder en facadeentreprise, som blev udført af entreprenøren. Facadeentreprisen indebar bl.a., at entreprenøren skulle projektere glasflader mv. Bygherren rejste senere et krav mod entreprenøren, idet entreprenørens entreprise ikke levede op til udbudsmaterialets krav til maksimalt varmetab.

Af den projektspecifikke beskrivelse, der var en del af aftalegrundlaget, fremgik det:

“Entreprisen skal af facadeleverandøren betragtes som en systemleverance ET FUNKTIONSDUBUD og færdigprojektering af facadeelementerne forudsættes at foregå i et tæt samarbejde med arkitekten, og det påhviler nærværende entreprenør i samarbejde med producenter/leverandører af de enkelte komponenter at udarbejde egentlig produktions- og montagetegninger, således at alle tekniske, produktionsmæssige og montagemæssige krav kan overholdes.”

Det fremgik endvidere, at *“Udbudsmaterialet angiver en principiel opbygning, som skal betragtes som kvalitative mindstefordringer.”*

Det fremgik således klart af udbudsmaterialet, at der var tale om et udbud på funktionskrav, og at udbudsmaterialet indeholdt mindstekrav, som entreprenøren skulle overholde i den nærmere projektering. Dette stillede voldgiftsretten heller ikke spørgsmålstejn ved.

Det var i udbudsmaterialet yderligere specificeret, at entreprenøren bl.a. skulle udføre “den endelige projektering”. En sådan nærmere specificering af, at entreprenøren skal projektere, vil ikke længere være nødvendig under AB 18, førend entreprenøren bliver pålagt en projekteringsforpligtelse, når der er tale om et udbud på funktionskrav, jf. nærmere herom i afsnit 4.3.3.

I udbudsmaterialet samt de senere reviderede arbejdsbeskrivelser var der angivet nogle værdier, som udgjorde egentlige krav (maksimale værdier) til glasfacaderne. De maksimale værdier, som var angivet, var overskredet, og voldgiftsretten fandt, at entreprenøren bar projekteringsansvaret herfor, idet der ikke var nogen tvivl om, at der var tale om et udbud på funktionskrav.

4.3.2.1 Grænsen mellem detailprojektering og funktionsudbud. Referenceprodukter

Det er ikke altid klart, om der er tale om et udbud på funktionskrav. Som det er nævnt under afsnit 4.2 med afsæt i bl.a. TBB 2022.848 VBA, kan det i praksis være vanskeligt at skelne mellem situationer, hvor det alene er overladt til entreprenøren at projektere detaljer, og situationer hvor entreprenøren på grundlag af et af bygherren formuleret funktionskrav skal foretage den fulde - eller i hvert fald den "nødvendige" - projektering af en nærmere afgrænset bygningsdel. Det ses også jævnligt i praksis, at disse forskellige aftaleformer og begreberne "detailprojektering" og "funktionsudbud" anvendes i flæng og overlappende, selvom det kan have væsentlig betydning for entreprenørens projekteringsforpligtelse, om der er tale om det ene eller det andet. Det skyldes navnlig, at hvis der er tale om udbud på funktionskrav, skal entreprenøren uden en eksplicit aftale herom udføre den nødvendige projektering herfor, jf. nærmere herom i afsnit 4.3.3. Er der derimod ikke tale om udbud på funktionskrav, har det bl.a. den konsekvens, at en projekteringsforpligtelse for entreprenøren som udgangspunkt forudsætter en eksplicit aftale herom, jf. afsnit 4.2. Ved udformningen af et udbud på funktionskrav er det derfor vigtigt, at bygherren - og dennes rådgiver - er opmærksomme på, at udbuddet ikke bliver så detaljeret, at der ikke er tale om et udbud på funktionskrav, men derimod tale om at entreprenøren kun skal fastlægge projektets endelige detaljer.

Hvis bygherren angiver specifikke (og vildledende) oplysninger, der har en indvirkning på entreprenørens - eller dennes underentreprenørs - projekteringsvalg og færdige resultat, kan bygherren risikere at bære projekteringsansvaret, idet aftalen mister sin karakter af udbud på funktionskrav, jf. TBB 2020.655 VBA.

I sagen havde en hovedentreprenør og en underentreprenør indgået en aftale, hvorefter underentreprenøren skulle projektere og dimensionere spær over en butik. Der var mellem parterne enighed om, at underentreprenøren var forpligtet til at projektere og dimensionere spærerne, men omfanget af denne projektering var sagens primære tvistepunkt. Det var underentreprenørens opfattelse, at forpligtelsen alene angik færdigprojektering og -dimensionering, mens hovedentreprenøren var af den opfattelse, at der var tale om et udbud på funktionskrav, hvor underentreprenøren havde påtaget sig den fulde projektering og dimensionering.

Af arbejdsbeskrivelsen fremgik det, at spærenes endelige dimensionering skulle foretages af underentreprenøren, og at *"det er lagt 100% over til leverandøren [underentreprenøren] at*

designe og dimensionere den endelige løsning for knudepunkter, hvor gitterspær ligger af på hinanden, og at de detaljer, der måtte være vist i projektet udelukkende er principdetaljer.”

Voldgiftsretten fandt, at der var tale om et udbud på funktionskrav og ikke blot en færdigprojektering/detailprojektering, selvom udbudsmaterialet indeholdt detaljer, bl.a. fordi det i udbudsmaterialet var understreget, at detaljerne alene var principdetaljer, som det var overladt til underentreprenøren at udføre den endelige projektering på baggrund af.

Selvom der således var lagt op til et udbud på funktionskrav, hvor hele projekteringen og dimensioneringen af spærene skulle foretages af entreprenøren, havde rådgiveren dog i en udbudstegning specifikt angivet “HE300M” og “HE300B XL” som en principdetalje for gitterspær. Uanset at tegningen indeholdt forbehold vedrørende bl.a. målfasthed, vurderede voldgiftsretten:

“Oplysningerne, som, når de var anført på tegningen, må opfattes som en indikation af, hvilken løsning der kunne anvendes, og som derfor var medvirkende til at lede UE [underentreprenøren] mod et fejlagtigt resultat, hvilket gælder, uanset at UE havde projekteringsforpligtelsen.”

Et af rådgiverens vidner forklarede også, at der aldrig burde have været nævnt specifikke profiler på tegningen.

Voldgiftsretten kom på den baggrund frem til, at den specifikke angivelse af profiler for gitterspær havde den betydning, at entreprenøren kunne forudsætte, at løsningen kunne anvendes, og der var således ikke tale om et udbud på funktionskrav for så vidt angik denne del, og entreprenøren var berettiget til et ekstrakrav.

Uanset afgørelsens resultat bør det dog undertiden stå entreprenøren klart, at visse detaljer i udbudsmaterialet alene kan anses for vejledende og tilmed alene angivet for at illustrere andre elementer i projektet, og at detaljerne derfor ikke kan tages for pålydende. Dette sås også i TBB 2017.286 VBA, som er beskrevet under afsnit 4.3.1. I sagen var der som nævnt utvivlsomt tale om et udbud på funktionskrav. Alligevel havde bygherren givet entreprenøren et referenceprodukt, hvilket medførte uenighed om, hvorvidt denne del kunne anses for værende udbudt på funktionskrav. Referenceproduktet refererede imidlertid efter arbejdsbeskrivelsens ordlyd alene til facadernes kvalitet og udseende, og ikke til den tekniske opbygning og dermed heller

ikke til de tekniske specifikationer. Det kunne derfor ikke føre til et andet resultat, at referenceproduktet muligt heller ikke ville have opfyldt udbudsmaterialets funktionskrav. Bygherrens angivelse af et referenceprodukt medførte således ikke, at entreprenøren ikke længere havde valgfrihed, og at der dermed ikke længere var tale om udbud på funktionskrav, idet der var tale om et forslag til illustration og ikke en diktering af et bestemt produkt, der skulle tages for pålydende. Angivelse af et referenceprodukt er således ikke tilstrækkeligt til, at udbudsmaterialet mister sin karakter af at være udbud på funktionskrav, hvis referenceproduktet ikke refererer til de tekniske specifikationer, men derimod alene kvalitet og udseende.

Angivelsen af de specifikke profiler for gitterspærerne i TBB 2020.655 VBA står således i modsætning til det angivne referenceprodukt i TBB 2017.286 VBA, som ikke medførte, at udbuddet mistede sin karakter af funktionsudbud. Afgørelserne er eksempler på, at sondringen mellem udbud på funktionskrav, og udbud hvor det alene er overladt til entreprenøren at detailprojektere, ikke er ligetil. Afgørende for vurderingen af de angivne oplysninger er, om de må opfattes som egentlige indikationer af, hvilken løsning der kan anvendes. Bygherren bør derfor være opmærksom på forskellen mellem angivelsen af overordnede funktionskrav og egentlige detailanvisninger, når de givne detaljer ikke er tiltænkt som egentlige løsninger, som entreprenøren kan forlade sig på. Bygherren kan i disse situationer med fordel udtrykkeligt angive, hvilke detaljer der skal/ikke skal tages for pålydende, idet grænsen kan forekomme noget usikker.

Det er ikke nok til, at et udbud mister sin karakter af udbud på funktionskrav, at et type produkt er omtalt flere steder i aftalegrundlaget, hvis det ikke kan anses for at være et decideret referenceprodukt, og det klart fremgår af parternes aftalegrundlag, at visse funktionskrav skal overholdes. Dette gælder, selvom den omtalte produkttype ikke er egnet til at overholde funktionskravene, jf. TBB 2023.431 VBA.

I sagen havde en bygherre og en hovedentreprenør indgået aftale om opførelse af en tilbygning til en skole, og AB 92 var vedtaget mellem parterne. Af arbejdsbeskrivelsen fremgik det under overskriften "Funktionskrav", at elementer og samlinger skulle "*overholde lyreduktionen på 65 dB*". Bygherren klagede efterfølgende over utilstrækkelig lydreduktion mellem lokalerne, og voldgiftsretten fandt, at kravet om lydreduktion på 65 dB ikke var overholdt, og at der sågar var tale om en væsentlig afvigelse.

I projekt materialet var de pågældende elementvægge flere steder omtalt som “sandwichelementer”, og hovedentreprenøren projekterede og udførte arbejdet med denne type elementvægge. Det viste sig dog efterfølgende, at et sådant sandwichelement ikke kunne overholde lydreduktionskravet. Voldgiftsretten fandt, at entreprenøren bar projekteringsansvaret for, at de den valgte produkttype ikke kunne overholde funktionskravene, og udtalte:

“Det kan ikke føre til et andet resultat, at de pågældende elementvægge flere steder er omtalt som sandwichelementer, idet det efter aftalegrundlaget er voldgiftsrettens opfattelse, at ansvaret for det endelig valg af opbygningen af de pågældende vægge, så de overholdt lydreduktionskravet, må hvile HE [hovedentreprenøren].”

Idet elementvæggene flere steder i projekt materialet var omtalt som “sandwichelementer”, og at denne type ikke kunne overholde funktionskravene, kan afgørelsen henset til bl.a. TBB 2020.655 VBA anses for at være noget overraskende. Afgørelsen må dog ses som udtryk for, at omtalen af produkttypen ikke kunne anses som egentlige indikationer af, hvilken løsning der kunne anvendes, som det var tilfældet i TBB 2020.655 VBA.

Beslægtet med spørgsmålet om betydningen af, at bygherren i udbudsmaterialet har angivet et referenceprodukt, er tilfælde, hvor bygherren i udbudsmaterialet angiver en bestemt løsning til arbejdets udførelse. Praksis viser, at der alene er tale om detailprojektering og ikke et udbud på funktionskrav, hvis bygherren i udbudsmaterialet direkte har angivet en bestemt løsning til arbejdets udførelse. I disse tilfælde har entreprenøren ikke valgfrihed og dermed mulighed for selv at projektere den korrekte løsning i det konkrete byggeri, jf. TBB 2022.1037 VBA.

Sagen handlede om en entreprise vedrørende opførelsen af en bygning på grundlag af et projekt, som var udfærdiget af bygherrens rådgivere. En hovedentreprenør fik tildelt opgaven, og AB 92 var gældende for entreprisen. For så vidt angik bygningens kælderkonstruktion mv. var det nødvendigt at udføre omfattende gravearbejde, som var forbundet med udfordringer, idet den nye bygning skulle opføres tæt på de bestående bygninger, og fordi jordbunden i området var hård. Det var oprindeligt projekteret af rådgiveren, at der skulle anvendes en nedvibreret Z-spuns, og hovedentreprenøren og underentreprenøren foretog detailprojekteringen af spuns-løsning. Det viste sig senere umuligt at gennemføre denne plan grundet den hårde jordbund og store sten. Parterne besluttede derfor, at arbejdet i stedet for spuns skulle udføres med en modificeret københavnervæg, der var forbundet med betydelige meromkostninger. Spørgsmålet

var herefter, hvem der bar projekteringsansvaret, og dermed hvem der skulle afholde de ekstra udgifter.

Bygherren mente, at der var tale om et udbud på funktionskrav, hvor det var overladt til entreprenøren at vælge og projektere en spunsløsning, og at det derfor var entreprenørens projekteringsansvar, at denne ved afgivelsen af sit tilbud havde kalkuleret med en billig løsningsmodel, som ikke var mulig at gennemføre. Entreprenøren og dennes underentreprenør mente omvendt, at der ikke var tale om et udbud på funktionskrav, idet det fremgik direkte af arbejdsbeskrivelsen i projekt materialet, at der skulle anvendes en vandtæt spuns, som skulle kunne trækkes op efter endt brug. De mente derfor ikke, at valget af spunsløsning var overladt til dem, men at dette var dikteret af bygherrens rådgivere i udbudsmaterialet.

Af udbudsmaterialets punkt "Projektering" fremgik det bl.a., at entreprenørens projekt skulle indeholde "dimensionering af spuns". Det fremgik videre, at "*Der tages udgangspunkt i en Z spuns med følgende mål (AZ 20-800).*" Der var endvidere med tegninger og angivelse af krav til styrke mv. foretaget yderligere specifikationer af spunsarbejdet.

Der blev i sagen truffet en hurtig afgørelse efter AB 18 § 68. I den hurtige afgørelse kom man frem til, at der var tale om et udbud på funktionskrav, da det fremgik af arbejdsbeskrivelsen, at hovedentreprenøren stod for udførelsen og havde ansvaret for dimensioneringen af spunsen. Hovedentreprenøren besluttede herefter at indbringe afgørelsen for voldgiftsretten.

Modsat den hurtige afgørelse kom voldgiftsretten frem til, at der ikke var tale om et udbud på funktionskrav, men derimod alene tale om, at entreprenøren skulle detailprojektere den af bygherrens rådgivere anviste spunsløsning. Voldgiftsretten udtalte:

"Voldgiftsretten finder, at det efter indholdet af arbejdsbeskrivelsen og konstruktionsdokumentationen om projektet i udbudsmaterialet er utvivlsomt, at valget af den type indfatningsvæg, som skal anvendes i det konkrete byggeprojekt, ikke er overladt til entreprenøren. Det fremgår således klart af projektbeskrivelsen, at der skal anvendes spuns - og ikke nogen anden type indfatningsvæg. Det kan ikke føre til et andet resultat, at selve detailprojekteringen af spunsløsningen er overladt til entreprenøren som en del af entrepriseopgaven."

Der var dermed ikke tale om et udbud på funktionskrav, idet bygherren i udbudsmaterialet direkte havde angivet en bestemt løsning til arbejdets udførelse. Det havde i sagen den konsekvens, at bygherren bar projekteringsansvaret for, at jordbundsforholdene gjorde det umuligt at gennemføre spunsløsningen, og at den manglende gennemførlighed medførte et krav om merbetaling.

4.3.2.2 Den nedre grænse for udbud på funktionskrav

Ligesom udbuddet ikke må være for detaljeret, må udbuddet heller ikke være så spinkelt, at entreprenøren ikke har mulighed for at projektere på baggrund af heraf. I så fald vil udbudsmaterialet være mangelfuldt, og projekteringsansvaret vil påhvile bygherren (eller dennes rådgiver(e)). Det sås også i TBB 2017.909 VBA, som er beskrevet under afsnit 4.2.3.4, at et af bygherren og dennes rådgiver udarbejdet ufuldkomment projekt ikke i sig selv indebar en projekteringsforpligtelse for entreprenøren alene fordi projektet var ufuldkomment - også selvom der var tale om en ventilationsentreprise, hvor entreprenørprojektering er sædvanligt forekommende.

På samme måde indebærer en generel passus om, at en entreprise skal udføres i henhold til gældende normkrav og øvrige myndighedskrav ikke i sig selv, at der er tale om et udbud på funktionskrav, og at entreprenøren derved påtager sig en projekteringsforpligtelse, jf. U 2010.213 H.

I sagen havde en bygherre indgået en aftale med et rådgivende ingeniørfirma med henblik på bistand til opførelse af et halanlæg med blandt andet en gokartbane. Bygherre indgik aftale med en entreprenør om levering og montering af et ventilationsanlæg. Der viste sig efterfølgende at være problemer med kulilte-koncentrationen, hvorfor det var nødvendigt at udvide ventilationsanlæggets kapacitet. Spørgsmålet var først og fremmest, om bl.a. entreprenøren var projekteringsansvarlig for manglerne ved ventilationsanlægget. Det var entreprenørens synspunkt, at der ikke var tale om udbud på funktionskrav, og at han derfor ikke bar projekteringsansvaret for manglerne, mens bygherren og rådgiveren gjorde gældende, at ventilationsentreprisen var udbudt på funktionskrav, og at entreprenøren derfor var ansvarlig for, at anlægget ikke havde den fornødne kapacitet til fjernelse af kulilte.

Af projektbeskrivelsen fremgik det under punktet “Ventilation”, at *“For installationsfagene fremstilles udbudsmaterialet som funktionsbeskrivelser, og detailprojekteringen overlades til den udførende entreprenør”*. Både landsretten og Højesteret fandt imidlertid, at projektbeskrivelsen ikke havde været forelagt entreprenøren, men derimod alene fremgik af kontraktsgrundlaget mellem bygherren og rådgiveren, og at projektbeskrivelsen derfor ikke var en del af kontraktsgrundlaget med entreprenøren, således at der *“ikke i traditionel betydning var tale om udbud på funktionskrav”*. Spørgsmålet var herefter, om der var ting i kontraktsgrundlaget med *entreprenøren*, der kunne danne grundlag for en konklusion om, at der var tale om et udbud på funktionskrav.

Af entreprenørens tilbud, som blev accepteret af rådgiveren og bygherren, fremgik det bl.a., at der i relation til udarbejdelse af projektet gjaldt, at *“Hallen skal ventileres med en luftmængde på min 7500 m³/h”* samt en række andre funktionskrav, som ventilationsanlægget skulle opfylde. Videre fremgik det, at *“anlægget skal udføres i henhold til gældende normkrav og øvrige myndighedskrav”*. Der var for landsretten og Højesteret ingen tvivl om, at entreprenøren var forpligtet til at levere et ventilationsanlæg med en luftmængde på 7500 m³/h samt opfylde de andre specificerede funktionskrav. Entreprisen var derfor for så vidt angik disse dele udbudt på funktionskrav, idet entreprenøren var forpligtet til at leve op til disse krav, men i øvrigt havde valgfrihed mht., hvordan kravene, herunder luftmængden, blev opnået. Det centrale spørgsmål var dog, om anlæggenes kapacitet i forhold til fjernelse af kulilte tillige lå inden for, hvad entreprenøren havde påtaget sig projekteringsforpligtelser med hensyn til. Afgørende for denne vurdering var, om kontraktsgrundlagets henvisning til, at *“anlægget skal udføres i henhold til gældende normkrav og øvrige myndighedskrav”* indebar, at entreprenøren tillige skulle sikre, at anlæggene havde den tilstrækkelige kapacitet i forhold til fjernelse af kulilte. Til dette spørgsmål udtalte Landsretten:

“De myndighedskrav, der omtales i acceptskrivelsen, forelå ikke nærmere belyst på tidspunktet for aftalens indgåelse, og den generelt formulerede henvisning til disse krav fra den rådgivende ingeniørs side burde ikke have givet Glenco [entreprenøren] anledning til at foretage en nærmere undersøgelse heraf [...].”

Tilsvarende udtalte Højesteret:

“[...] spørgsmålet om anlæggenes kapacitet i forhold til fjernelse af kulilte lå uden for, hvad Glenco [entreprenøren] havde påtaget sig forpligtelser med hensyn til.”

Både landsretten og Højesteret kom altså frem til, at sikring af anlæggets kapacitet i forhold til fjernelse af kulilte lå uden for entreprenørens projekteringsforpligtelser. Denne konklusion må formentlig ses i lyset af, at funktionskravene relaterede sig til bl.a. anlæggets luftudskiftnings- og opvarmningsevne, men derimod ikke til anlæggets evne til at fjerne kulilte, som efter det oplyste ikke havde været drøftet af parterne. Den generelle passus om, at entreprisen skulle udføres i henhold til gældende normkrav og øvrige myndighedskrav indebar endvidere ikke i sig selv, at der var tale om udbud på funktionskrav. Dette også selvom der er tale om en ventilationsentreprise, der som tidligere nævnt er et af de områder, hvor projekteringen ofte overlades til entreprenøren. Havde der været tale om, at ventilationsentreprisen i sin helhed havde været udbud på funktionskrav, er der næppe tvivl om, at entreprenøren havde været forpligtet til at overholde de gældende normkrav i forhold til anlæggets kapacitet til fjernelse af kulilte, idet anlægget i modsat fald havde været mangelfuldt.

Afgørelsen kan ses som udtryk for, at der stilles relativt strenge krav til kontraktgrundlagets afgrænsning af funktionsbestemte ydelser i forhold til de dele af projektet, som entreprenøren ikke skal projektere. Dette er på linje med den generelle uklarhedsregel i AB 18 § 4, stk. 2, hvorefter uklarheder i udbudsmaterialet fortolkes til skade for bygherren, hvis der ikke er klarhed over entreprenørens ydelser. Det er dermed bygherren, der skal bevise, at entreprenøren har påtaget sig et funktionskrav.¹⁴³

4.3.2.4 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående kan det først og fremmest udledes, at når funktionskrav er klart angivet, er man forpligtet til at leve op til disse, jf. TBB 2017.286 VBA. Det kan samtidig læses, at bygherrens angivelse af et referenceprodukt ikke medfører, at entreprenøren ikke længere har valgfrihed, og at der dermed ikke længere er tale om udbud på funktionskrav, hvis der er tale om et forslag til illustration og ikke en diktering af et bestemt produkt, der skal tages for

¹⁴³ Rasmus Holm Hansen og Nina Månsson Langerup i TBB 2018.364: *Kravet om entydighed og det (delvis) beslægtede spørgsmål om entreprenørens ekstraarbejder - hvordan håndteres disse spørgsmål i AB 18?* og Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 269

pålydende. Dette gælder i hvert fald, hvis referenceproduktet ikke refererer til de tekniske specifikationer, men derimod alene kvalitet og udseende. Tilsvarende mister en aftale ikke sin karakter af udbud på funktionskrav, blot fordi et type produkt er omtalt flere steder i aftalegrundlaget, uden at det kan anses for at være et decideret referenceprodukt, hvis det klart fremgår af parternes aftalegrundlag, at visse funktionskrav skal overholdes - også selvom den omtalte produkttype ikke er egnet til at overholde funktionskravene, jf. TBB 2023.431 VBA. På linje hermed mister et udbud ikke sin karakter af funktionsudbud, selvom udbudsmaterialet indeholder detaljer, hvis det i udbudsmaterialet er understreget, at detaljerne alene er principdetaljer, som det er overladt til underentreprenøren at udføre den endelige projektering på baggrund af, jf. TBB 2020.655 VBA. Det ses dog samtidig, at en bygherre kan risikere at bære projekteringsansvaret, hvis rådgiveren angiver specifikke (og vildledende) oplysninger, der har en indvirkning på entreprenørens - eller dennes underentreprenørers - projekteringsvalg og færdige resultat - også selvom der i øvrigt er tale om udbud på funktionskrav. Det er i den forbindelse afgørende, om oplysningerne kan opfattes som egentlige indikationer af, hvilken løsning der kan anvendes. Det betyder samtidig, at nogle dele af en entreprise kan være udbudt på funktionskrav, mens andre dele af projektet ikke er.

Et udbud mister sin karakter af at være et udbud på funktionskrav og overgår til alene at indebære en forpligtelse til at foretage den endelige detailprojektering, hvis bygherren i udbudsmaterialet direkte har angivet en bestemt løsning til arbejdets udførelse, jf. TBB 2022.1037 VBA. I disse tilfælde har entreprenøren ikke valgfrihed og dermed muligheden for selv at projektere den korrekte løsning i det konkrete byggeri. Dette illustrerer vigtigheden af, at bygherren og dennes rådgivere ved udformningen af et udbud på funktionskrav er opmærksomme på, at udbuddet ikke bliver så detaljeret, at der reelt ikke er tale om udbud på funktionskrav. Ligesom udbudsmaterialet ikke må være så detaljeret, at der ikke længere er tale om et udbud på funktionskrav, må udbuddet heller ikke være så spinkelt, at entreprenøren ikke har mulighed for at projektere på baggrund af heraf, jf. TBB 2017.909 VBA og U 2010.213 H. En generel passus om, at entreprisen skulle udføres i henhold til gældende normkrav og øvrige myndighedskrav indebærer dermed ikke i sig selv, at der er tale om et udbud på funktionskrav.

4.3.3 Retsvirkningen af at der er tale om udbud på funktionskrav

Under AB 92 var det uklart, hvorvidt et udbud på funktionskrav i sig selv indebar, at at entreprenøren skulle udføre den nødvendige projektering, hvis det ikke tillige udtrykkeligt fremgik, at entreprenøren skulle forestå projekteringen af den/de pågældende bygningsdel(e).¹⁴⁴ Dette sås også i en nyere afgørelse trykt i TBB 2022.537 VBA.

I sagen havde en underentreprenør indgået en aftale med en hovedentreprenør om, at underentreprenøren skulle udføre ventilationsentreprisen i forbindelse med ombygning og renovering af en erhvervsejendom. Der var enighed mellem parterne om, at der var tale om et funktionsudbud, og at udbudsprojektet indeholdt funktionskrav og beskrivelse af de enkelte fagentrepriser. Der opstod tvist om ekstrakrav, idet det efterfølgende på et granskningsmøde var blevet aftalt, at underentreprenøren skulle udføre den nødvendige detailprojektering. Voldgiftsretten udtalte:

“Vedrørende aftaleseddel 1 og 2 bemærkes, at UE [underentreprenøren] afgav tilbud i henhold til et funktionsudbud, som indeholdt angivelse af, hvor ventilationskanalerne skulle lægges. Det er ikke i udbudsmaterialet angivet, at UE skulle færdiggøre projekteringen [...]. (Vores understregninger)

Af voldgiftsrettens bemærkninger kan det læses, at fordi det ikke i udbudsmaterialet var angivet, at underentreprenøren skulle færdiggøre projekteringen, var underentreprenøren ikke forpligtet hertil allerede som følge af, at der var tale om et udbud på funktionskrav. Underentreprenøren havde derfor ret til ekstrabetaling for detailprojekteringen. Det må antages, at afgørelsen for så vidt angår denne del nok havde fået et andet resultat under AB 18, idet § 17, stk. 1, 2. pkt., der nu direkte fastsætter, at entreprenøren (her underentreprenøren) skal udføre den nødvendige projektering uden ret til ekstrabetaling, hvis aftalen er beskrevet ved angivelse af funktionskrav. Heri ligger samtidig, at det ikke kræver en eksplicit klausul om, at entreprenøren skal projektere.

¹⁴⁴ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 166ff, Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 106ff og Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 427

Den nuværende formulering af AB 18 § 17, stk. 1, 2. pkt., synes dog at kunne skabe nogen tvivl, idet det blot er angivet, at entreprenøren skal udføre den nødvendige projektering. Omfanget af forpligtelsen er i hvert fald ikke klar, navnlig hvad der ligger i “den nødvendige projektering”. Det er imidlertid klart, at det altid er en konkret vurdering for den enkelte entreprise, idet den nødvendige projektering ikke nødvendigvis er den samme for hver enkelt entreprise.

Christian Molt Wengel m.fl. er af den opfattelse, at et udbud på funktionskrav ikke er ensbetydende med, at der påhviler entreprenøren en projekteringsforpligtelse. Dette begrundes de med, at nogle funktionskrav blot relaterer sig til valg af materiale og metode, som entreprenøren skal træffe indenfor rammerne af bygherrens projekt. De mener derfor ikke, at der påhviler entreprenøren en projekteringsforpligtelse i alle situationer, hvor entrepriseaftalen beskriver kravene til entreprenørens ydelse som funktion, idet det ikke altid er “nødvendigt” at udføre projektering for at opfylde et funktionskrav. Til støtte for deres synspunkt henviser de til litteraturen under AB 92.¹⁴⁵ Det kan tiltrædes, at i det omfang bygherrens krav alene relaterer sig til valg af materiale og metode, er det ikke sikkert, at det er nødvendigt at udføre projektering. Det er dog tvivlsomt, om der i situationer, hvor udbudsmaterialets krav alene relaterer sig til valg af materiale og metode i det hele taget er tale om udbud på funktionskrav, eller om der i disse situationer blot vil være tale om entreprenørens opfyldelse af sine sædvanlige ydelser, idet valg af udførelsesmetoder og materialer hører under entreprenørens sædvanlige ydelse og har dermed ikke karakter af projektering, jf. afsnit 3.1. Med entreprenørprojektering efter AB 18 § 17 forstås som nævnt reel projektudformning, svarende til en rådgivers sædvanlige projekteringsydelser efter ABR 18. Dette omfatter bl.a. udarbejdelse af beregninger, beskrivelser og lignende. Begrebet entreprenørprojektering omfatter derimod ikke entreprenørens valg i relation til materiale- og udførelsesvalg.¹⁴⁶

Christian Molt Wengel m.fl. er generelt af den opfattelse, at “*det må have en formodning imod sig, at angivelsen af et funktionskrav i sig selv betyder, at entreprenøren er forpligtet til at udføre projektering*”. Dette kan ikke tiltrædes, hvis det altså forudsættes, at der med funktionskrav menes egentlige funktionskrav som beskrevet under afsnit 4.3.1 og 4.3.2 og ikke blot krav, der relaterer sig til valg af materiale og metode. En sådan formodning strider imod ordlyden af AB § 17, stk. 1, 2. pkt., og der synes også at mangle juridisk belæg for af en sådan formodning.

¹⁴⁵ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 269f

¹⁴⁶ Eric Boesgaard m.fl.: *ABT 18 for praktikere*, s. 14

Henset til den usikkerhed der knytter sig til, hvad der må forstås ved den nødvendige projektering, må det under alle omstændigheder anbefales, at bygherren og entreprenøren i videst muligt omfang regulerer omfanget af projekteringsforpligtelsen i aftalegrundlaget. Som angivet i afsnit 4.3.2.1 er det dog vigtigt, at bygherren - eller dennes rådgivere - er opmærksom på, at udbudsmaterialet ikke bliver så detaljeret, at der ikke længere er tale om et udbud på funktionskrav.

Relevansen af diskussionen om, hvorvidt et udbud på funktionskrav i sig selv medfører en projekteringsforpligtelse for entreprenøren, er dog i praksis af mindre betydning, idet entreprenøren under alle omstændigheder er forpligtet til at levere en ydelse, der lever op til bygherrens fastsatte funktionskrav - uanset om dette sker med udarbejdelse af projektmateriale eller blot udførelse. Dette hænger også sammen med, at bygherren i tilfælde af udbud på funktionskrav ikke skal bevise, at manglerne kan henføres til projekterings- eller udførelsesfejl, idet han kan nøjes med at godtgøre, at det færdige arbejde ikke har de i udbudsmaterialets forudsatte egenskaber.¹⁴⁷

4.4 Entreprenørens projekteringsansvar for projektforslag

4.4.1 Udgangspunktet i relation til projektforslag og hensynene bag

Det er almindeligt forekommende, at en entreprenør som følge af sin særlige fagkundskab fremkommer med forslag til ændringer af et projekt, som bygherren eller dennes rådgiver har udarbejdet, f.eks. alternative materiale- eller metodevalg. Dette sker også, hvor arbejderne er udbudt på grundlag af et udførelsesprojekt, og hvor det oprindeligt ikke er hensigten, at entreprenøren skal bidrage til projektet.¹⁴⁸

Entreprenørforslag til projektoptimering mv. kan bl.a. manifestere sig som led i den nu obligatoriske og udbyggede regulering af projektgennemgang i AB 18 § 19. Projektoptimering kan ligeledes komme til udtryk som led i en formaliseret aftale mellem bygherren og entreprenøren, hvor entreprenøren forpligter sig til at foretage projektoptimering, fx gennem vedtagelse af

¹⁴⁷ Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 107

¹⁴⁸ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 152

tillægsbetingelserne til AB 18 om APP Projektoptimering.¹⁴⁹ Efter APP Projektoptimering § 2 forstås der ved projektoptimering “[...] *entreprenørens gennemgang af det udbudte projekt med henblik på at fremkomme med forslag til optimering af projektet med hensyn til, pris og kvalitet, herunder forslag om alternative løsninger, materialer og byggeproces.*” Det fremgår udtrykkeligt af betænkningen, at tillægsbetingelserne ikke finder anvendelse på *faktisk projektoptimering*, hvor entreprenørens fremsætter optimeringsforslag, som bygherren implementerer, uden forudgående vedtagelse af appendikset.¹⁵⁰ Det er disse spontane projektforslag, der undersøges i nærværende speciale.

Mens AB 92 ikke gav støtte for bedømmelsen af, om entreprenørens fremsættelse af projektforslag indebar, at entreprenøren påtog sig projekteringsansvaret for forslaget, forholder det sig anderledes under AB 18. Det følger således direkte af AB 18 § 17, stk. 1, 3. pkt., at entreprenøren ikke påtager sig projekteringen eller bærer projekteringsansvaret for et fremsat projektforslag. Projekteringen forudsættes udført af den, der har udført projekteringen af den del af projektet, som forslaget vedrører. Det nu fastlagte udgangspunkt i AB 18 er udtryk for, at en entreprenørs projektforslag som udgangspunkt kun skal betragtes som et *forslag* - en god idé om man vil - ikke som en rådgivning om en bedre løsning end sine projektering. Det er dermed bygherren, der i forholdet mellem bygherren og entreprenøren påtager sig projekteringsansvaret for forslaget, hvis bygherrens beslutter at implementere det som en projektændring, ofte efter at have drøftet forslaget hos den projekterende rådgiver.¹⁵¹

Det skal bemærkes, at udgangspunktet efter AB 18 § 17, stk. 1, 3. pkt. ikke gælder, hvor entreprenøren har til opgave at projektere og som led heri fremsætter et forslag om f.eks. valg af materiale eller metode. Entreprenøren kan ikke i disse situationer kamuflere den projektering, som vedkommende har påtaget sig at udføre, som et projektforslag, idet entreprenøren allerede skal foretage projekteringen vedrørende det foreslåede. Entreprenøren kan ikke herved overvælte projekteringsansvaret på bygherren. Derudover ses det jævnligt, at entreprenøren involveres i undersøgelserne af, om entreprenørens forslag er egnet til at blive implementeret i projektet. Hvis entreprenøren påtager sig at indhente oplysninger om det materiale eller den me-

¹⁴⁹ Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 553

¹⁵⁰ AB-betænkningen (2018), s. 406f

¹⁵¹ AB-betænkningen (2018), s. 105f

tode, som entreprenøren har foreslået, f.eks. ved at indhente oplysninger fra en producent, bærer entreprenøren ansvaret for, at oplysningerne videregives fuldstændigt og rigtigt, men ikke projekteringsansvaret for selve forslaget.¹⁵²

Det væsentligste hensyn bag det udgangspunkt, der nu er fastlagt i AB 18, er at skabe et bedre og tættere samarbejde mellem bygherren, rådgiveren og entreprenøren. Udgangspunktet om, at entreprenøren ikke påtager sig et projekteringsansvar for sit fremsatte projektforslag, tilskynder - eller afskrækker i hvert fald ikke - entreprenøren til at foreslå forbedringer til projektet og fremkomme med andre alternative løsninger. Med bestemmelsen skabes der en større sikkerhed for entreprenøren, og dette skaber et større incitament for entreprenøren til at bidrage med dennes erfaring og udførelsesmæssige kompetencer undervejs i projektet. Som det vil fremgå af afsnit 4.4.2, var der tidligere en vis usikkerhed forbundet med entreprenørers projektforslag, og det må formodes, at en sådan usikkerhed - eller reel risiko for at ifalde et projekteringsansvar for sit projektforslag - kan have en afskrækkende effekt.

4.4.2 Hvornår er entreprenøren ansvarlig for sit projektforslag?

Som beskrevet ovenfor er udgangspunktet, at en entreprenør ikke påtager sig et projekteringsansvar for et fremsat projektforslag, som bygherren senere implementerer i projektet, jf. AB 18 § 17, stk. 1, 3. pkt. Dette udgangspunkt er endda i litteraturen beskrevet som et "helt klart udgangspunkt".¹⁵³ Som det også er nævnt, gav AB 92 ikke på samme måde støtte for bedømmelsen af entreprenørens projekteringsansvar. Derfor var der også i litteraturen uenighed om, hvornår entreprenøren var ansvarlig for sine projektforslag under AB 92, ligesom praksis heller ikke syntes at være entydig.

Under AB 92-regimet blev entreprenørens ansvar i forbindelse med fremsættelsen af projektforslag beskrevet af Ole Hansen på den måde, at der "*næppe [skulle] så meget til, førend entreprenøren må anses for stiltiende at have påtaget sig et ansvar for den foreslåede løsning.*"¹⁵⁴ Torsten Iversen delte samme opfattelse, idet han beskrev retsstillingen sådan, at "*flere afgørelser tyder endvidere på, at den entreprenør, der faktisk fremkommer med forslag til projektering, bærer et ansvar herfor, selv om der ikke efter kontrakten påhviler ham nogen pligt til at*

¹⁵² AB-betænkningen (2018), s. 105f

¹⁵³ Claus Berg: *Teknisk rådgivning - ABR 18*, s. 554

¹⁵⁴ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 158

projektere."¹⁵⁵ Opfattelsen af retsstillingen i litteraturen under AB 92-regimet peger altså utvivlsomt i retning af, at der gjaldt et mindre entreprenørvenligt udgangspunkt for entreprenørens projekteringsansvar for sine projektforslag, end det der nu er knæsat i AB 18. Det er således også anført i litteraturen, at bestemmelsen efter sin ordlyd indebærer en væsentlig ændring af retstilstanden.¹⁵⁶ Den praksis, der er på området vedrørende projektforslag, kan derfor ikke uden skepsis overføres til en analyse i forhold til retsstillingen under AB 18. Selvom det klare udgangspunkt efter AB 18 nu er, at entreprenøren ikke påtager sig et projekteringsansvar for sit projektforslag, ændrer bestemmelsen ikke på, at entreprenøren efter konkrete omstændigheder kan siges at have påtaget sig et projekteringsansvar i forbindelse med fremsættelsen af et projektforslag. AB 18 § 17 må imidlertid antages at indebære en skærpelse af kravene til bygherrens (og rådgiverens) bevis for, at entreprenøren har påtaget sig et sådant projekteringsansvar sammenholdt med praksis efter AB 92. De begrundelser, som kan læses af rets- og voldgiftspraksis under AB 92, skal derfor læses med dette in mente. Ikke desto mindre må analysen tage udgangspunkt i disse, idet der som nævnt fortsat ikke findes praksis under AB 18 § 17.

4.4.2.1 Tidspunktet for forslagens fremsættelse

Afgørelsespraksis viser, at hvis entreprenøren fremsætter et projektforslag undervejs i byggeriet, skal der være konkrete holdepunkter for at gøre entreprenøren ansvarlig for sit fremsatte projektforslag, jf. bl.a. TBB 2022.161 VBA og TBB 2017.66 VBA.

I TBB 2022.161 VBA havde bygherre og en storentreprenør indgået en storentrepriseraftale, hvorved storentreprenøren påtog sig at udføre en række arbejder, herunder ventilationsanlæg, på en ejendom under opførelse. AB 92 var vedtaget mellem parterne. Den samlede storentreprise blev udført af storentreprenøren samt en VVS-entreprenør og en ventilationsentreprenør.

Efter aftalens indgåelse og under byggeriet fremsatte ventilationsentreprenøren af egen drift et forslag om, at der vedrørende ventilationsanlægget blev installeret elvarmeblader i stedet for vandvarmeblader. Forslaget var begrundet i, at der efter ventilationsentreprenørens overbevisning kunne være styringsmæssige fordele forbundet med den foreslåede løsning. Bygherren godkendte forslaget med en forventning om, at der kunne opnås en vis besparelse på VVS-

¹⁵⁵ Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 433

¹⁵⁶ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 710f

arbejdet. Det fandtes dog ikke efter bevisførelsen godtgjort, at storentreprenøren skulle have givet tilsagn om en sådan besparelse forud for, at forslaget blev godkendt af bygherren.

Det viste sig efterfølgende, at den foreslåede løsning ikke kunne anvendes til byggeriet, idet bygningens elinstallationer ikke havde den fornødne kapacitet, hvilket medførte ekstraomkostninger. Spørgsmålet var herefter, om storentreprenøren kunne rejse krav om betaling for disse ekstraomkostninger. Til dette udtalte voldgiftsretten:

“[...] da hverken SE [storentreprenøren] i forbindelse med indgåelsen af entreprisekontrakten eller ved fremsendelsen af den tekniske forespørgsel kan anses for at have påtaget sig et projekteringsansvar, findes SE ikke at være afskåret fra at rejse krav om betaling for ekstraomkostninger [...].

Storentreprenøren bar dermed i forhold til bygherren ikke projekteringsansvaret for, at underentreprenørens projektforslag var uegnet i det konkrete byggeri. Dette skyldtes, at storentreprenøren hverken ved entreprisekontraktens indgåelse eller ved fremsættelsen af forslaget kunne anses for at have påtaget sig et projekteringsansvar. Selvom afgørelsen blev afsagt på baggrund af AB 92, stemmer resultatet overens med udgangspunktet i AB 18 § 17. Henset til dommens nyere oprindelse kan det overvejes, om tilgangen til projektforslaget har været påvirket af den nye regulering af projektforslag i AB 18.

Tilsvarende blev entreprenøren i TBB 2017.66 VBA ikke fundet projekteringsansvarlig for sit projektforslag.

Sagen omhandlede opgradering af en opvisningsbane til fodbold. Udbudsmaterialet - som var udarbejdet af bygherrens rådgiver - tog ikke direkte stilling til fodboldbanens nedsivningsevne. Arbejdet blev udført af en entreprenør, som undervejs fremsatte et forslag om en ændring af sammensætningen af vækstlaget, hvilket havde betydning for fodboldbanens nedsivningsevne. Dette forslag blev accepteret af bygherrens rådgiver. Entreprenøren leverede dog et vækstlag, som havde en højere komprimeringsgrad end foreskrevet. Dette blev imidlertid også accepteret af rådgiveren.

Der viste sig senere problemer med fodboldbanens nedsivningsevne. Voldgiftsretten fandt efter en samlet vurdering, at banen, uanset at der ikke var fastsat noget eksakt om nedsivningsevnen,

ikke havde den nedsivningsevne, som bygherren med rette kunne forvente. Der forelå derfor en mangel ved banen.

Problemerne med nedsivningsevnen skyldtes dels, at arbejdsbeskrivelserne ikke var tilstrækkelig nøjagtige, dels at entreprenørens forslag om det alternative vækstlag stillede ekstraordinære krav til behandlingen af banen, dels at vækstlaget var mere komprimeret end foreskrevet. Voldgiftsretten fandt, at rådgiveren ikke havde været tilstrækkelig opmærksom på forholdene og dermed bar projekteringsansvaret.

Særligt i forhold til entreprenørens projektforslag, fandt voldgiftsretten ikke, at entreprenøren ifaldt et projekteringsansvar for at foreslå det alternative vækstlag, idet voldgiftsretten udtalte, at *“der intet grundlag er for, at E [entreprenøren] har påtaget sig et projekteringsansvar ved at foreslå henholdsvis X 1 og 2 [...]”*. Voldgiftsretten fandt dog, at entreprenøren var ansvarlig for at levere et vækstlag, der var mere komprimeret end foreskrevet. Sidstnævnte var dog ikke et projekteringsansvar, men derimod en fejl ved entreprenørens udførelse.

Efter voldgiftsrettens begrundelse bar entreprenøren ikke projekteringsansvaret for sit projektforslag, alene fordi der intet grundlag var for at antage, at entreprenøren havde påtaget sig et projekteringsansvar. Dette på trods af, at entreprenørens projektforslag vedrørte nedsivningsevnen, som det foreliggende projektmateriale ikke tog konkret stilling til. Voldgiftsretten synes dermed at være af det synspunkt, at entreprenøren ikke ved fremsættelsen af projektforslaget havde påtaget sig et projekteringsansvar, *medmindre* der var konkrete holdepunkter for at komme frem til en anden konklusion. Dette synspunkt synes at være i overensstemmelse med udgangspunktet i AB 18.

Det fremgår af sagens omstændigheder, at rådgiveren havde forespurgt nærmere oplysninger om det af entreprenøren foreslåede produkt, ligesom rådgiveren valgte at foretage yderligere undersøgelser, efter at entreprenøren havde fremsendt nogle analyseresultater på de foreslåede produkter. Selvom det ikke fremgår direkte af voldgiftsrettens bemærkninger, kan det ikke udelukkes, at dette har haft indflydelse på resultatet, idet det ses, at det i praksis er et moment, der er blevet tillagt betydning under AB 92, jf. nærmere herom under afsnit 4.4.2.2.

Ovenstående afgørelser vedrører projektforslag, der blev fremsat efter projektets udarbejdelse og undervejs i byggeriet. I praksis ses det at kunne tillægges betydning, om et projektforslag

fremsættes på et tidspunkt, hvor der endnu ikke foreligger et færdigt projekt, jf. TBB 2022.552 VBA.

I sagen udbød en bygherre et projekt angående opførelsen af et større boligkompleks i hovedentreprise. Projektet var udarbejdet af bygherrens totalrådgiver. Af fagbeskrivelsen for tømrerarbejdet vedrørende bygningsdelbeskrivelser fremgik det bl.a., at lette ydervægge for efterfølgende opbygning af skalmur skulle opbygges som præfabrikerede trækassetter til indbygning af facade i lejligheder. De lette bagmure skulle udføres i alle ikke bærende ydervægskonstruktioner i byggeriet.

Hovedentreprenøren afgav tilbud på udførelsen af byggeriet, men tilbuddet oversteg kommunens støtteberettigede rammebeløb for byggeriet, og bygherren iværksatte derfor en besparelsesrunde. Hovedentreprenøren fremkom herefter med en række besparelsesforslag, hvorefter trækassettefacader skulle udgå og erstattes af letbetonelementer, hvilket blev accepteret af bygherren.

I forbindelse med at materialet skulle bestilles, rettede hovedentreprenørens byggeleder henvendelse til et ingeniørfirma og bad dem om at beregne, hvorvidt den foreslåede løsning med letbetonvægge kunne holde til vindtryk og sug på facaden. Beregningerne viste, at dette ikke var muligt, endda ikke med anvendelse af tykkere vægge af samme materiale. Hovedentreprenøren gjorde herefter bygherren opmærksom på dette, hvorefter en alternativ løsning blev valgt. Løsningen medførte en ekstraudgift for hovedentreprenøren på ca. samlet 4,5 millioner, hvilket han krævede betalt af bygherren som ekstrakrav. Dette afviste bygherren.

Voldgiftsretten fandt, at hovedentreprenøren bar projekteringsansvaret for sit besparelsesforslag og frifandt dermed bygherren for entreprenørens krav om ekstrabetaling. Det kan af voldgiftsrettens bemærkninger udtrykkeligt læses, at der blev lagt særligt vægt på, at hovedentreprenørens forslag - og tilbud - om opførelse af ikke-bærende bagmure i letbeton blev fremsat på et tidspunkt, hvor der endnu ikke forelå et projekt, og at tilbuddet blev afgivet uden betingelser eller forbehold.

Det kan overvejes, om det også under AB 18 kan have betydning, at entreprenøren fremkommer med sit forslag, inden der foreligger et projekt. Der kan argumenteres for, at forudsætnin-

gen for, at der i det hele taget kan være tale om et projektforslag, er, at projektforslaget manifesterer sig i en *ændring* af et projekt. Med denne tankegang skal der foreligge et projekt, førend entreprenøren kan siges at stille forslag til ændringer af dette. Hvor der ikke foreligger et projekt forud for forslaget, er det derfor relevant at overveje, om entreprenøren i stedet i sådanne tilfælde tager egentlig del i udarbejdelsen af projektet gennem sit tilbud, snarere end han foreslår ændringer til det. Det må dog under alle omstændigheder være ønskeligt at holde sig så tæt på bestemmelsens ordlyd som muligt, hvorefter en entreprenør ikke er ansvarlig for sit forslag, og dette må gælde under alle faser i byggeriet - også hvor forslaget stilles, når der endnu ikke foreligger et projekt. Det kan i modsat fald medføre situationer, hvor entreprenøren er påpasselig i den tidlige fase og afventer at komme med sine projektforslag til senere i byggeriet af frygt for at blive ansvarlig. Dette er ikke en ønskelig situation, og det strider ligeledes imod hensigten bag bestemmelsen, idet den skal tilskynde til et tættere og bedre samarbejde mellem entreprenøren og bygherren og dennes rådgiver(e).

Afgørelsen må under alle omstændigheder ses i lyset af, at entreprenørens forslag blev fremsat på baggrund af en opfordring fra bygherren, idet der skulle findes nogle besparelser i projektet på grund af en budgetoverskridelse. Der var tale om en offentlig bygherre, som ikke kunne gå over budgettet, og besparelserne var derfor en forudsætning for, at projektet kunne realiseres, samt at netop den pågældende blev valgt som hovedentreprenør for byggeriet. Dette var entreprenøren klar over. Det måtte derfor også stå entreprenøren klart, at prisen på entreprenørens arbejde lå fast med den oplyste besparelse, og at hovedentreprenøren ikke ville kunne kræve betaling for eventuelle merudgifter, hvis forslaget måtte vise sig ikke at kunne gennemføres.

4.4.2.2 Rådgiverens undersøgelser af forslaget

Det ses undertiden, at det er tillagt afgørende betydning for entreprenørens projekteringsansvar, om bygherrens rådgiver foretager selvstændige undersøgelser og kontrol af entreprenørens forslag, jf. bl.a. TBB 2022.552 VBA, TBB 2017.779 VBA, TBB 2020.351 VBA og TBB 2017.66 VBA.

I TBB 2022.552 VBA, som er behandlet ovenfor i afsnit 4.4.2.1, blev det - udover tidspunktet for fremsættelsen af forslaget - også tillagt afgørende betydning, at entreprenørens beregning til belysning af forudsætningerne for forslaget ikke havde været fremlagt for bygherren (eller rådgiveren) i forbindelse med kontraktindgåelsen. Hovedentreprenøren kunne derfor heller

ikke forudsætte, at bygherrens rådgiver havde foretaget projektering og kontrol af løsningen med letbeton, og *“dette allerede fordi selskabets forudsætninger for tilbuddet ikke var oplyst BH [bygherre] eller rådgiver.”*

Tilsvarende blev det i TBB 2017.779 VBA tillagt afgørende betydning for entreprenørens projekteringsansvar, at rådgiveren havde foretaget nærmere undersøgelser af entreprenørens forslag.

I sagen indgik bygherre (en boligforening) aftale med en totalrådgiver vedrørende renovering af tag, facader og friarealer samt etablering af nye altaner. Facaderenoveringen omfattede bl.a. levering og montering af en let facadeopbygning med vindspærreplader. En hovedentreprenør fik tildelt entreprisen. På et projektgennemgangsmøde forespurgte hovedentreprenøren, om de i projektet foreskrevne vindspærreplader kunne ændres til en anden type plade, MgO-plader, grundet vægt og tunge løft. Det blev herefter efter nogen korrespondance og en nærmere undersøgelse af materialet af rådgiveren besluttet at udskifte de projekterede vindspærreplader med MgO-plader. Der viste sig efterfølgende mangler ved byggeriet, og den eneste sikre udbedringsmetode var udskiftning af pladerne med en anden type. Spørgsmålet var herefter, hvem der skulle bære projekteringsansvaret for denne udskiftning.

I forhold til entreprenørens projektforslag bemærkede voldgiftsretten først og fremmest, at *“HE [hovedentreprenøren] ikke blot ved at bringe et andet materiale i forslag har pådraget sig et projekteringsansvar.”* Dette begrundede voldgiftsretten med, at det var parternes fælles forståelse, at totalrådgiveren som den projekterende totalrådgiver skulle undersøge og vurdere, om det foreslåede alternativ var egnet til at blive anvendt. Voldgiftsretten fandt endvidere, at hovedentreprenøren loyalt havde videregivet alle de oplysninger om MgO-plader, som entreprenøren var i besiddelse af. På denne baggrund udtalte voldgiftsretten:

“Forslaget om et alternativt materiale var præsenteret af HE [hovedentreprenøren] som en ønskelig mulighed, ikke et krav, og valget af at anvende megapan-plader [MgO-plader] i stedet for Conchip-plader [vindspærreplader] blev truffet af TR [totalrådgiveren] som en projektændring [...]. Under disse omstændigheder må situationen sidestilles med, at materialet var foreskrevet af bygherren [...].”

Voldgiftsretten synes - ligesom det var tilfældet i bl.a. TBB 2017.66 VBA - at være af det synspunkt, at entreprenøren ikke blot ved fremsættelsen af projektforslaget havde påtaget sig et projekteringsansvar, *medmindre* der var konkrete holdepunkter for at komme frem til en anden konklusion.

Det blev i afgørelserne tillagt afgørende betydning, at rådgiveren selvstændigt havde foretaget nærmere undersøgelser af det foreslåede produkt, inden det blev godkendt. Dette ses således at være et kriterie, der har været anvendt ved placeringen af projekteringsansvaret for projektforslag i tidligere praksis. Det ses også ved, at voldgiftsretten i en anden MgO-sag, TBB 2020.351 VBA, fandt, at entreprenøren var projekteringsansvarlig for sit projektforslag under henvisning til, at entreprenøren ikke havde godtgjort, at det var parternes fælles forståelse, at totalrådgiveren var forpligtet til at vurdere og undersøge det foreslåede materiales egnethed. Voldgiftsretten var af den opfattelse, at entreprenøren i forbindelse med fremsættelsen af forslaget havde overtaget rådgiverrollen og dermed bar projekteringsansvaret for anvendelsen af MgO-pladerne.¹⁵⁷

Afgørelserne blev som nævnt afsagt med udgangspunkt i AB 92, eftersom dette var vedtaget mellem parterne. Havde afgørelserne i stedet baseret sig på AB 18, kan det diskuteres, om det havde været muligt - eller i hvert fald korrekt - at lægge vægt på, om forslagene havde været fremlagt for bygherren eller dennes rådgiver, samt om bygherrens rådgiver havde foretaget selvstændige undersøgelser og kontrol af entreprenørens forslag. Det følger som tidligere beskrevet af AB-betænkningen til AB 18, at en entreprenørs forslag skal betragtes som "en god idé", og at bygherren påtager sig projekteringsansvaret for forslaget, hvis denne beslutter at implementere det som en projektændring. Det er derudover forudsat, at det er rådgiveren, der skal foretage de nødvendige undersøgelser af forslaget og vurderingen af de oplysninger, undersøgelserne giver anledning til. Dette må forstås på den måde, at det ikke kan være entreprenørens ansvar at forelægge bygherren de beregninger, der ligger til grund for forslaget, idet det er bygherrens (og dennes rådgivers) ansvar at undersøge dem nærmere, inden forslaget implementeres - eventuelt ved at søge forudsætningerne for forslaget fremlagt af entreprenøren. Det er ligeledes beskrevet, at det meget vel kan forekomme, at entreprenøren involveres i undersøgelser og fremkommer med oplysninger, men at dette ikke sig selv indebærer, at entreprenøren

¹⁵⁷ Det skal bemærkes, at MgO-sagerne skal ses i lyset af, at de også handler om entreprenørens frie materialevalg og dermed også er afgjort på baggrund af AB 92 § 30. Den vanskelige sondring mellem entreprenørens ansvar for projektforslag og det frie materialevalg vil blive behandlet under afsnit 4.4.3.

påtager sig projekteringsansvaret for forslaget.¹⁵⁸ Voldgiftsretternes begrundelser i de her behandlede afgørelser synes derfor at harmonere mindre godt med de forudsætninger, der ligger til grund for den nye regulering i AB 18, og det kan ikke nødvendigvis forventes, at det er et moment, der kan/bør tillægges betydning i fremtidige afgørelser.

4.4.2.3 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående kan det først og fremmest udledes, at det nu er det helt klare udgangspunkt, at en entreprenør ikke påtager sig et projekteringsansvar ved at fremsætte et forslag om en ændring af det foreliggende projekt. Dette fremgår af AB 18 § 17, stk. 1, 3. pkt., og det er ligeledes beskrevet i udvalgets bemærkninger til bestemmelsen i AB-betænkningen. Nyere praksis under AB 92 synes i overensstemmelse hermed at være af det synspunkt, at entreprenøren ikke ved fremsættelsen af projektforslaget har påtaget sig et projekteringsansvar, *medmindre* der er konkrete holdepunkter for at komme frem til en anden konklusion, jf. TBB 2022.161 VBA og TBB 2017.66 VBA. Det ses dog, at entreprenøren i praksis under AB 92 blev pålagt et projekteringsansvar under henvisning til nogle begrundelser, der vanskeligt kan forenes med den nuværende regulering af entreprenørens projektforslag.

Et projekteringsansvar for entreprenøren ses bl.a. begrundet i tidspunktet for det fremsatte forslag, jf. TBB 2022.552 VBA. Det kan overvejes, om det fortsat kan have betydning, at entreprenøren fremkommer med sit forslag, inden der foreligger et projekt. Det må være ønskeligt at holde sig så tæt på AB 18 § 17's ordlyd, hvorefter en entreprenør ikke er ansvarlig for sit forslag, og dette må gælde under alle faser i byggeriet. Det kan i modsat fald medføre situationer, hvor entreprenøren er påpasselig i den tidlige fase og afventer at komme med sine projektforslag til senere i byggeriet af frygt for at blive ansvarlig.

Det ses endvidere tillagt afgørende betydning, hvilken kontrol bygherrens rådgiver har ført med forslaget, og hvilke undersøgelser rådgiveren har foretaget af det af entreprenøren fremsatte projektforslag, jf. herved TBB 2022.552 VBA, TBB 2017.779 VBA, TBB 2020.351 VBA og TBB 2017.66 VBA. Et sådant moment må antages ikke at have samme - hvis overhovedet nogen - betydning efter AB 18. I AB-betænkningen er det direkte forudsat, at rådgiveren skal

¹⁵⁸ AB-betænkningen (2018), s. 105

foretage de nødvendige undersøgelser af forslaget og vurderingen af de oplysninger, som undersøgelserne giver. Det skyldes, at entreprenørens forslag alene skal opfattes som en “god idé”.

Det kan således overvejes, om ovenstående begrundelser for at pålægge entreprenøren et projekteringsansvar fortsat kan tillægges betydning efter revisionen af AB-systemet. Det må i hvert fald formodes, at bestemmelsen medfører ændringer i forhold til tidligere praksis vedrørende projektforslag. Det kan derfor heller ikke udelukkes, at en del af den foreliggende praksis under AB 92 ville have fået et andet udfald, såfremt AB 18 § 17, stk. 1, 3. pkt. eller en tilsvarende bestemmelse var vedtaget mellem parterne. Sikkert er det dog, at projekteringsansvaret påhviler entreprenøren, hvis entreprenøren i forbindelse med fremsættelsen af sit projektforslag indgår en aftale med bygherren om, at entreprenøren skal projektere og udføre den foreslåede løsning.¹⁵⁹ En sådan aftale kan indgås udtrykkeligt, men den må også antages at kunne indgås stiltiende på baggrund af de kriterier, der er behandlet i afsnit 4.2.3.1-4.2.3.4.

4.4.3 Sondringen mellem entreprenørens ansvar for materialer og ansvar for projektforslag

4.4.3.1 Kategoriseringen under entreprenørens frie materialevalg eller projektforslag

Entreprenørens projekteringsansvar i forbindelse med fremsættelsen af projektforslag kan undertiden være vanskeligt at skelne fra entreprenørens strenge mangelsansvar for materialer, når entreprenøren har frit materialevalg.¹⁶⁰ Det ses således også, at rets- og voldgiftspraksis sammenblander de to principielt forskellige mangels- og ansvarsvurderinger. Sondringen er efter implementeringen af AB 18 § 17 kun blevet mere væsentlig, idet en kategorisering under det ene eller det andet kan have afgørende betydning for entreprenørens ansvar, jf. nedenfor under afsnit 4.4.3.2.

¹⁵⁹ AB-betænkningen (2018), s. 103f

¹⁶⁰ For en beskrivelse af entreprenørens ansvar for materialer henvises til afsnit 3.1.2

4.4.3.1.1 Ikke på forhånd projekteret med et specifikt materiale

Det forekommer i praksis, at en entreprenørmeddelelse kamufleres som et projektforslag, selvom der reelt blot er tale om f.eks. en underretning om valg af et materiale, hvor entreprenøren har frit materialevalg. I disse situationer er det klart, at de almindelige regler om materialevalg skal anvendes for at afklare, hvem der bærer ansvaret.¹⁶¹

Der er dog andre situationer, hvor det kan være mere vanskeligt at skelne imellem, om reglerne om materialevalg eller reglerne om projektforslag skal anvendes. Hvis bygherren eller dennes rådgiver ikke på forhånd har projekteret med et specifikt materiale, og entreprenøren derfor har valgfrihed, kan entreprenøren ikke undslippe reglerne om frit materialevalg ved blot at bringe nogle materialer i forslag, som det herefter er op til bygherren at vælge imellem. I disse situationer skal forholdet behandles efter reglerne om frit materialevalg, jf. TBB 2021.571 VBA.

I sagen havde en hovedentreprenør påtaget sig en tømrentreprise, herunder en gulventreprise, i forbindelse med bygherrens totalrenovering af en erhvervsjendom. Til gulventreprisen blev der anvendt såkaldte "Slotplanker". Plankerne var udvalgt af bygherren, efter at hovedentreprenøren havde bragt flere typer planker i forslag, herunder den valgte type. Bygherren kunne senere konstatere revner og delamineringer i flere af gulvplankerne, og voldgiftsretten lagde til grund, at der forelå en fabrikationsfejl ved plankerne, således at de var fejlbehæftede, og at manglerne ved gulvet alene kunne udbedres ved en total udskiftning af gulvet. Spørgsmålet var herefter, hvem der var ansvarlig for manglerne. Til dette spørgsmål udtalte voldgiftsretten:

"Voldgiftsretten finder, at det efter bevisførelsen [...] må lægges til grund, at HE [hovedentreprenøren] på baggrund af BH's [bygherrens] ønsker til gulvets udtryk bragte flere typer lamelparketgulve i forslag, og at BH blandt de foreslåede herefter valgte den omhandlede »slotplanke«. Herefter, og da det ikke i øvrigt er bevist, at HE ved aftale eller på anden vis har været begrænset i sit materialevalg på en sådan måde, at HE ikke har haft mulighed for at levere mangelfrie gulvplanker, er der ikke grundlag for at fritage HE for dets mangelsansvar."

Der var i sagen ikke projekteret med et bestemt materiale, og det var derfor overladt til entreprenøren at vælge de planker, som han fandt bedst egnede til gulventreprisen. Af voldgiftsrettens resultat og udtalelser kan det læses, at forholdet - når der ikke er projekteret med et bestemt

¹⁶¹ AB-betænkningen (2018), s. 105f

materiale - fortsat skal behandles og afgøres på baggrund af entreprenørens frie materialevalg, selvom entreprenøren bringer flere typer og løsninger i forslag, som bygherren herefter vælger iblandt. Sagen skulle derfor behandles efter reglerne om frit materialevalg, hvorefter bygherren alene kan fritages for ansvar i tilfælde af umulighed jf. afsnit 3.1.2. Dette var i sagen helt afgørende, idet manglerne skyldtes fabrikationsfejl, som entreprenøren derfor hæftede for, uanset at der intet var at bebrejde entreprenøren. Hvis forholdet i stedet skulle behandles efter reglerne om projektforslag, havde projekteringsansvaret påhvilet bygherren, idet entreprenøren som alt-overvejende udgangspunkt ikke bærer projekteringsansvaret for sit forslag.

4.4.3.1.2 Entreprenørens forslag til et alternativt materiale end angivet i projektet

Det ses i praksis, at entreprenørens forslag til anvendelse af et alternativt materiale undertiden behandles efter reglerne om entreprenørens frie materialevalg, selv om det i projektet er angivet, at et specifikt produkt skal anvendes. Det var blandt andet tilfældet i flere af de meget omtalte MgO-sager.

MgO-sagerne handler grundlæggende om, at der siden 2010 blev anvendt MgO-plader som vindspærreplader i byggeriet. MgO-pladerne viste sig efterfølgende at være uegnede som vindspærreplader i det danske klima, og det resulterede i fugtskader i byggerierne, som fordrede udskiftning af de mange MgO-plader. Udskiftningen af de mange plader og de dertil hørende høje udgifter var grundlag for mange sager om ansvarsfordelingen blandt de involverede parter.

Som nævnt i afsnit 4.4.2.2 blev entreprenøren i TBB 2017.779 VBA ikke fundet ansvarlig for sit forslag om anvendelsen af MgO-plader, idet det var parternes fælles forståelse, at bygherrens rådgiver skulle foretage nærmere undersøgelser af produktet og herefter vurdere dets egnethed. I sagen var det angivet, at der skulle anvendes en bestemt fibercementplade, Conchip, men det fremgik af projektet, at entreprenøren var berettiget til at vælge andre plader, der var "tilsvarende" eller "ligestillet" med de foreskrevne. Entreprenøren foreslog anvendelsen af MgO-plader som alternativ til de oprindeligt projekterede. Dette kan isoleret set anses som et projektforslag, og voldgiftsrettens udtalelse om, at hovedentreprenøren ikke ved at bringe et andet materiale i forslag havde pådraget sig et projekteringsansvar, samt at ændringen blev betragtet som en projektændring af bygherren, indikerer også, at det blev betragtet som et sådant.

Det ses dog også, at voldgiftsretten i sin vurdering benævner og behandler reglerne om entreprenørens frie materialevalg, bl.a. ved følgende udtalelse:

“Under disse omstændigheder må situationen sidestilles med, at materialet var foreskrevet af bygherren, og anvendelse af et foreskrevet materiale kan som nævnt ikke konstituere en ansvarspådragende mangel, selvom entreprenøren havde mulighed for at vælge et andet materiale.”

Dette udtalte voldgiftsretten efter, at de havde fastslået, at der var tale om en projektændring, som entreprenøren ikke var ansvarlig for ved at have bragt anvendelsen af MgO-pladerne i forslag. På trods af voldgiftsretten benævnelse af både projektforslag og det frie materialevalg, må det konkluderes, at tvisten om entreprenørens ansvar blev løst på baggrund af reglerne om projektforslag. Entreprenøren blev som nævnt frikendt herfor under henvisning til, at bygherrens rådgiver selvstændigt havde undersøgt og vurderet materialets egnethed.

I anden MgO-sag, TBB 2018.907 VBA, blev entreprenøren i modsætning til i TBB 2017.779 VBA fundet ansvarlig for sit forslag til anvendelse af et alternativt materiale under henvisning til, at forslaget og bygherrens godkendelse heraf var udtryk for, at entreprenøren udnyttede sin mulighed for frit materialevalg. I sagen fremgik det af projektet, at der skulle anvendes diffusionsåbne vindgipsplader som lette ydervægge. Det fremgik dog videre af projektet, at hvor der var foreskrevet materialevalg ved varenavn, skulle det generelt forstås som *“eller dermed ligestillet materiale.”* Hovedentreprenøren foreslog herefter at anvende MgO-plader i stedet for den foreskrevne vindgipsplade, hvilket blev godkendt af bygherrens rådgiver. I modsætning til TBB 2017.779 VBA, havde hverken bygherren eller dennes rådgiver vurderet eller taget stilling til MgO-pladernes egnethed til det pågældende byggeri, men derimod alene godkendt dets anvendelse på baggrund af de oplysninger, der var fremlagt af entreprenøren. Voldgiftsretten udtalte herefter:

“Voldgiftsretten finder, at dette forløb ikke kan sidestilles med, at der skete en projektændring således, at anvendelsen af MgO-plader var foreskrevet af bygherren. Efter voldgiftsrettens opfattelse, udnyttede HE [hovedentreprenøren] sin mulighed for frit materialevalg til at ændre materialet fra vindgips til MgO-plader, og dette blev godkendt af TR [totalrådgiveren] på bygherrens vegne, idet TR ikke havde indvendinger mod det foretagne valg”.

I modsætning til TBB 2017.779 VBA fandt voldgiftsretten i denne sag, at der ikke var tale om en projektændring og traf dermed afgørelse på baggrund af reglerne for det frie materialevalg. Den øjensynligt eneste forskel på de to sager er, at rådgiveren i TBB 2017.779 VBA havde foretaget en nærmere undersøgelse af produktet og vurderet dets egnethed, mens rådgiveren i TBB 2018.907 VBA alene havde godkendt anvendelsen af MgO-pladerne på baggrund af det af entreprenøren oplyste. Tilsvarende fandt man i TBB 2020.351 VBA, at entreprenøren var ansvarlig for at have foreslået MgO-pladerne som alternativt materiale, idet *“HE [hovedentreprenøren] ikke har godtgjort, at det var parternes fælles forståelse, at TR [totalrådgiver] som totalrådgiver skulle undersøge og vurdere det foreslåede alternative materiales egnethed.”*

Særligt bemærkelsesværdigt er det, at voldgiftsretten i TBB 2020.351 VBA udtalte følgende for så vidt angår forståelsen af udbudsmaterialet:

“I udbudsmaterialet var det anført, at vindspærreplader skulle udføres med 9 mm fibercementplade eller 9 mm cementbaseret vindspærre. Der var ikke angivelser, der tillod HE at vælge andre typer af vindspærreplader. Voldgiftsretten finder, at der efter udbudsmaterialet herefter var valgfrihed for HE til at vælge et produktmærke inden for afgrænsningen fibercementplader, men der var ikke efter udbudsmaterialet adgang for HE til at vælge andre typer af vindspærreplader, f.eks. MgO-plader eller vindgipsplader.” (vores understregning)

Ovenstående passus indikerer, at entreprenøren netop ikke havde frit materialevalg, hvis det ikke var inden for afgrænsningen fibercementplader, og dermed ikke inden for rammerne af udbudsmaterialet kunne anvende MgO-plader. Ud fra den betragtning måtte det være klart mest nærliggende at behandle forholdet efter reglerne om entreprenørens projektforslag og anse den efterfølgende ændring som en projektændring, idet voldgiftsretten direkte selv udtaler, at der ikke var valgfrihed. Ikke desto mindre udtalte voldgiftsretten:

“Efter bevisførelsen finder voldgiftsretten, at forløbet [...] samlet må bedømmes sådan, at TR [totalrådgiveren] på bygherrernes vegne imødekom HE’s [hovedentreprenørens] anmodning om en udvidelse af materialevalgfriheden, således at HE kunne vælge en vindspærreplade inden for afgrænsningen »fibercementplader« eller en plade af mærket »Power Board«, og at HE valgte at foreslå udførelse med »Power Board«.” (vores understregning).

Voldgiftsretten valgte altså at behandle forholdet efter reglerne om frit materialevalg, selvom entreprenøren utvivlsomt ikke havde frit materialevalg, ved blot at henvise til, at forslaget og rådgiverens godkendelse måtte anses som en “udvidelse af materialevalgfriheden.”

MgO-sagerne illustrerer, at grænsedragningen mellem, om et forhold skal behandles efter reglerne om projektforslag eller reglerne om frit materialevalg, langt fra er klar. Ud fra projekt-materialet i TBB 2018.907 VBA, hvoraf det fremgik, at hvor der var foreskrevet materialevalg ved varenavn, skulle det generelt forstås som “eller dermed ligestillet materiale”, kan der argumenteres for, at det var korrekt at behandle forholdet efter reglerne om det frie materialevalg. Dog var der anvendt en nogenlunde tilsvarende formulering i TBB 2017.779 VBA, hvor forholdet som bekendt blev afgjort på baggrund af projektforslag, hvilket således er modstridende med TBB 2018.907 VBA. Når der er anvendt formuleringen “eller dermed ligestillet materiale” eller lignende, beror det generelt på en konkret vurdering, om entreprenøren har haft frit materialevalg.¹⁶² I TBB 2020.351 VBA fremgik en sådan formulering ikke af projekt-materialet. Dette ændrede dog ikke ved, at sagen alligevel blev behandlet efter reglerne om entreprenørens frie materialevalg. Det må således konkluderes, at en sådan formulering ikke er afgørende for, om et af entreprenøren fremstillet projektforslag skal behandles efter reglerne om projektforslag eller efter reglerne om entreprenørens frie materialevalg.

Hvis man skal følge ræsonnementet i afgørelserne, går grænsedragningen i forhold til, om et forhold skal vurderes som et projektforslag eller som en udnyttelse af det frie materialevalg ved, om bygherren - eller dennes rådgiver - ud fra en fælles forståelse selvstændigt har undersøgt og vurderet materialets egnethed. Dette forekommer at være en uhensigtsmæssig retsstilling, idet det kan medføre, at rådgivere afholder sig fra at undersøge et af entreprenøren foreslået produkt, da rådgiveren ellers risikerer at blive ansvarlig. Dette står også i komplet modsætning til betænkningens bemærkninger om projektforslag, idet det er forudsat, at “[...] rådgiveren [må] foretage de nødvendige undersøgelser af forslaget og vurdering af de oplysninger, som undersøgelserne giver.”¹⁶³ Derudover synes det uhensigtsmæssigt, at sager med tæt på identisk retsfaktum behandles og afgøres på baggrund af forskellige regelsæt, idet det kan være vanskeligt for byggeriets parter at forudsige deres retsstilling ved en påtænkt disposition.

¹⁶² Erik Hørlyck i TBB 2017.647: *MgO-kendelsen og materialeansvaret*

¹⁶³ AB-betænkningen (2018), s. 105

Endnu mere sløret bliver billedet af TBB 2019.151 VBA, hvor voldgiftsretten fandt, at entreprenørens valg af MgO-plader var i strid med aftalegrundlaget, idet der ikke var frit materialevalg. Efter aftalegrundlaget skulle der anvendes fibercement-vindplader, og entreprenøren var derfor ifølge voldgiftsretten ikke berettiget til at anvende MgO-plader i stedet for fibercement-vindplader uden forudgående drøftelse med og klar tilladelse fra bygherren. Det betyder, at hvis entreprenøren *uden* først at præsentere MgO-pladerne som et forslag anvender dem, anses entreprenøren ikke for at have frit materialevalg, jf. TBB 2019.151 VBA. Hvis entreprenøren derimod foreslår MgO-pladerne forud for anvendelsen, er der tale om, at entreprenøren gør brug af sit frie materialevalg, jf. TBB 2018.907 VBA og TBB 2020.351 VBA. Det bør ikke være entreprenørens fremsættelse af et produkt som forslag, der er afgørende for, om der foreligger frit materialevalg, idet der i så fald oprindeligt ikke kan siges at være frit materialevalg - tværtimod bør det tale i retning af, at forholdet skal behandles efter reglerne om projektforslag.

4.4.3.1.3 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående kan det først og fremmest udledes, at grænsedragningen mellem, om et forhold skal behandles efter reglerne om projektforslag eller reglerne om frit materialevalg, langt fra er klar. Det er dog klart, at en entreprenørmeddelelse ikke blot kan kamoufleres som et projektforslag, selvom der reelt er tale om f.eks. en underretning om valg af et materiale, hvor entreprenøren har frit materialevalg. Det kan derudover udledes, at hvis bygherren eller dennes rådgiver ikke på forhånd har projekteret med et specifikt materiale, og entreprenøren derfor har valgfrihed, kan entreprenøren ikke undslippe reglerne om frit materialevalg ved blot at bringe nogle materiale i forslag, som det herefter er op til bygherren at vælge imellem, jf. TBB 2021.571 VBA.

Mindre klart er det i tilfælde, hvor der på forhånd i projekt materialet er angivet et specifikt produkt, som det var tilfældet i flere af MgO-sagerne. I disse situationer har det øjensynligt været afgørende, om entreprenøren har godtgjort, at bygherren - eller dennes rådgiver - ud fra en fælles forståelse selvstændigt skulle undersøge og vurdere materialets egnethed. Dette er et moment, der harmonerer dårligt med betænkningen, idet det heri er forudsat, at det netop er rådgiverens ansvar at foretage de nødvendige undersøgelser og vurderinger af forslaget. Det kan overvejes, om bevisbyrden også havde påhvilet entreprenøren, hvis sagerne var behandlet på baggrund af AB 18. Meget tyder på, at bevisbyrden under AB 18 vendes om, således at det

er rådgiveren, der nu skal godtgøre, at *entreprenøren* efter parternes fælles forståelse skal undersøge og vurdere materialernes egnethed, idet betænkningen klart lægger op til, at det som udgangspunkt er rådgiverens ansvar at gøre dette under AB 18. Det kan i det hele taget diskuteres, hvorvidt det overhovedet er et moment, det vil blive tillagt betydning for fremtiden, idet begrundelserne i sagerne muligvis skal ses i lyset af, at reglerne om projektforslag ikke var så klart definerede forud for AB 18, og at de to i princippet vidt forskellige regelsæt i høj grad ses sammenblandet i praksis under AB 92.

Henset til ovenstående kan det overvejes, om bl.a. nogle af MgO-sagerne havde fået et andet udfald, såfremt AB 18 § 17, stk. 1, 3. pkt. eller en tilsvarende bestemmelse havde været aftalt mellem parterne. MgO-sagerne bør dog læses i lyset af, at entreprenørens forslag vedrørte materialer, og at entreprenørerne opnåede en besparelse ved de ændrede materialevalg. Dette besparelessynspunkt kan således have haft en indflydelse på, at voldgiftsretterne hældte til at behandle forholdet efter de strengere regler for frit materialevalg, idet disse regler er mindst gunstige for entreprenøren. Entreprenører kan ofte have en interesse i at begrænse deres omkostninger til indkøb af materialer.¹⁶⁴ En sådan billiggørelse, fx. ved at anvende alternative, billigere materialer, kan indebære risiko for materialesvigt, hvilket bl.a. sås i MgO-sagerne, og det antages generelt, at kvalitetsrisikoen som udgangspunkt påhviler den part, i hvis interesse materialebesparelsen opnås.¹⁶⁵ I tilfælde, hvor entreprenørens forslag til alternative materialer ikke medfører en besparelse for entreprenøren, er der derimod ikke det samme vægtige argument, der taler for generelt at behandle forslag om alternative materialer efter reglerne om frit materialevalg fremfor reglerne om projektforslag. Hvis dette var tilfældet, ville der være forslag, som entreprenøren skulle være påpasselig med at fremsætte, fordi entreprenøren så ville bære ansvaret for forslaget, hvilket ikke er hensigten med AB 18 § 17.¹⁶⁶

4.4.3.2 Betydningen af sondringen

Sondringen mellem, om entreprenørens forslag til alternative materialer skal anses som værende et projektforslag, eller udtryk for at entreprenøren gør brug af sit frie materialevalg, kan ofte være afgørende for entreprenørens efterfølgende ansvar. Med bestemmelsen i AB 18 § 17,

¹⁶⁴ Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 48f

¹⁶⁵ David Kjær Hermansen: *Mangler og produktansvar ved byggematerialer*, s. 27 og Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 57

¹⁶⁶ Anders Vestergaard Buch i TBB 2018.373: *Mangler i høringsudkastet til AB 18*

stk. 1, 3. pkt., er det fastslået, at entreprenøren ikke bærer et projekteringsansvar for et fremsat projektforslag, og kategoriseres entreprenørens forslag til alternative materialer som et projektforslag, der skal behandles efter denne bestemmelse, er han derfor som altovervejende udgangspunkt ikke ansvarlig herfor, jf. ovenfor under afsnit 4.4.1 og 4.4.2. Det stikmodsatte udgangspunkt gælder i de situationer, hvor entreprenørens forslag ses som udtryk for, at entreprenøren udnytter sit frie materialevalg. I disse situationer er entreprenørens ansvar beskrevet som meget strengt og grænsende til det objektive sælgeransvar efter købelovens § 43, jf. ovenfor under afsnit 3.1.2.

Henset til de vidt forskellige retsfølger er det ikke hensigtsmæssigt, at grænsedragningen mellem, om et forhold skal behandles efter reglerne om projektforslag eller reglerne om frit materialevalg, langt fra er klar. At reglerne om entreprenørens ansvar for projektforslag og det frie materialevalg ligger så tæt op ad hinanden, skaber en usikkerhed blandt de involverede parter i entrepriser, hvilket bl.a. kan have den konsekvens, at entreprenører generelt bliver mere tilbageholdende med at komme med projektforslag, der relaterer sig til materialer, af frygt for at blive ansvarlige efter det strengere ansvar for materialer. Det havde derfor været ønskeligt, at udvalget havde haft et større fokus på netop denne sondring i AB-betænkningen, idet uklarheden ses at være af stor praktisk betydning og har været kendt længe.

4.5 Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler

4.5.1 Udgangspunktet for entreprenørens indsigelsespligt

Selvom entreprenøren ikke efter omstændighederne kan siges at have påtaget sig en projekteringsforpligtelse, har entreprenøren stadig visse forpligtelser i relation til projektet. Som det er beskrevet under afsnit 2.1 og 3.1, er den traditionelle udførelsesentreprise karakteriseret ved, at entreprenøren ikke forpligter sig til at projektere, men derimod alene til at udføre arbejder og levere materialer i henhold til et på forhånd udarbejdet projekt. Ikke desto mindre er det klart, at entreprenøren også uden for de tilfælde, der er reguleret i AB 18 § 17, efter omstændighederne kan siges at have en pligt til at rådgive bygherren - nærmere bestemt gøre indsigelse - hvis entreprenøren opdager fejl eller uklarheder i projektet. Denne forpligtelse udspringer af entreprenørens almindelige loyalitetsforpligtelse og kommer særligt til udtryk i AB 18 § 26,

stk. 1 og 2 samt § 22, stk. 2 (tidligere AB 92 § 15).¹⁶⁷ Entreprenørens tilsidesættelse af indsigelsespligten medfører bl.a., at entreprenøren ikke kan kræve betaling ud over tilbudssummen for arbejder, der er en konsekvens af fejl i projektet, som denne burde have indset, ligesom misligholdelse af indsigelsespligten kan begrunde erstatningsansvar, hvis bygherrens lider tab som følge af projekteringsfejl, som kunne have været imødegået.¹⁶⁸

Det er væsentligt at bemærke, at entreprenørens indsigelsespligt ikke er udtryk for en projekteringsforpligtelse. En sådan almindelig indsigelsespligt forudsætter dermed ikke en aftale, idet pligten til at gøre indsigelse er en del af entreprenørens ydelse. Det er imidlertid klart, at entreprenørens indsigelsespligt efter omstændighederne kan blive skærpet, hvis entreprenøren involveres mere i projektet, idet entreprenøren herved får større kendskab til dette og dermed også dets eventuelle fejl eller uklarheder, jf. nærmere herom i afsnit 4.5.2.

I litteraturen og i praksis er der generelt enighed om, at entreprenøren ikke har en almindelig pligt til at gennemgå bygherrens projekt eller udbudsmateriale med henblik på at finde fejl, og at entreprenøren som udgangspunkt alene har en forpligtelse til at gøre indsigelse ved *klare og åbenlyse fejl* i projektet.¹⁶⁹ Dette udgangspunkt blev også bekræftet i en nyere afgørelse, TBB 2022.307 VBA, hvor voldgiftsretten i relation til en entreprenørens indsigelsespligt generelt udtalte:

“En entreprenør antages almindeligvis således kun at have en pligt til at sige fra, hvor det drejer sig om åbenbare eller indlysende fejl.”

Selvom der ses enkelte afstikkere, synes praksis generelt at være på linje med det nævnte udgangspunkt.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Princippet om entreprenørens reaktionspligt gælder utvivlsomt også i tilfælde, hvor aftaler indgås uden anvendelse af AB 18, jf. Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 120 og TBB 2013.49 V.

¹⁶⁸ Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 120f

¹⁶⁹ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 382f, Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 115ff, Torsten Iversen: *Entrepriseretten*, s. 408ff, Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 121f, Erik Hørlyck: *Entreprise - AB 18*, s. 311 ff, samt Eric Boesgaard m.fl.: *AB 18 for praktikere*, s. 209f

¹⁷⁰ Se således bl.a. TBB 2000.86 VBA, TBB 2009.667 VBA, TBB 2010.140 V, TBB 2011.547 VBA samt TBB 2016.383 VBA

4.5.2 Skærpelse af entreprenørens indsigelsespligt

Selvom entreprenøren som udgangspunkt alene har pligt til at gøre indsigelse ved klare og åbenlyse fejl, kan konkrete omstændigheder medføre, at indsigelsespligten skærpes.

4.5.2.1 Særlig sagkundskab

En skærpelse af indsigelsespligten kan følge af, at entreprenøren har en særlig sagkundskab inden for det pågældende område.¹⁷¹ Dette sås også i TBB 2017.770 VBA.

I sagen havde en bygherre udbudt en anlægs- og gartnerentreprise, hvorefter entreprenøren efter beskrivelsen skulle udføre grubning af alle plante- og græsarealer. Det fremgår ikke af kendelsen, om AB 92 var vedtaget, men det forekommer rimelig at antage dette, da der omtales både 1- og 5-årsgennemgang i sagen, og da sagen er afgjort ved VBA.¹⁷² Bygherren kunne senere konstatere omfattende problemer med manglende plantevækst. En af årsagerne hertil var, at det var aftalt, at der ikke skulle ske grubning på et areal, hvor der var nedlagt jordvarme. Entreprenøren havde ikke advaret om risikoen ved manglende grubning på dette areal, og han fandtes derfor at have handlet ansvarspådragende ved ikke at have gjort indsigelse. Voldgiftsretten udtalte som begrundelse herfor:

“Voldgiftsretten finder, at indklagede [entreprenøren], der som den professionelle havde påtaget sig anlægs- og gartnerentreprisen, burde have taget forbehold eller advaret klager eller dennes rådgiver om den risiko for dårlige vækstbetingelser, som en manglende grubning kunne medføre.” (vores understregning).¹⁷³

4.5.2.2 Projektgennemgang

Det ses i litteraturen fremhævet, at entreprenørens indsigelsespligt skærpes, såfremt entreprenøren deltager i en projektgennemgang.¹⁷⁴ I forbindelse med indførelsen af AB 18 blev det i §

¹⁷¹ Se også Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 383f, Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 125 og Torsten Iversen i U 2013B.351: *Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler*

¹⁷² Kendelsens Note 1.

¹⁷³ Som eksempler på andre afgørelser, hvor entreprenørens særlige sagkundskab formentlig har skærpet entreprenørens indsigelsespligt, kan nævnes TBB 2002.335 VBA, TBB 2001.603 VBA samt TBB 2011.323 VBA

¹⁷⁴ Niklas Korsgaard Christensen i TBB 2018.358: *Nye regler om projektgennemgang*, Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 128, Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 291 og Torsten Iversen i U 2013B.351: *Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler*

19 bestemt, at entreprenøren nu er forpligtet til at deltage i en projektgennemgang med bygherren og dennes rådgiver, forinden arbejdet påbegyndes. Formålet med projektgennemgangen er bl.a., at parterne opnår en fælles forståelse af projektet, og at entreprenøren har mulighed for at præge byggeprocessen ved at påpege uhensigtsmæssigheder samt at afdække uklarheder og utilstrækkeligheder i projektet, jf. AB 18 § 19, stk. 2. Selvom det ikke er formålet med projektgennemgangen, at entreprenørens skal finde fejl i projektet, kan projektgennemgangen føre til, at der konstateres sådanne fejl. Såfremt dette sker, skal entreprenøren give meddelelse herom, jf. stk. 5.¹⁷⁵ Uanset bestemmelsens ordlyd gælder indsigelsespligten selvsagt ikke kun fejl, som entreprenøren faktisk opdager, men tillige fejl som entreprenøren efter omstændighederne burde have opdaget.¹⁷⁶

Selvom entreprenørens deltagelse i projektgennemgang ikke indebærer, at entreprenøren herved påtager sig en projekteringsforpligtelse eller et projekteringsansvar, giver projektgennemgangen altså utvivlsomt entreprenøren et større kendskab til og indsigt i projektet, herunder i dets eventuelle fejl og uklarheder. Det er således klart, at den viden, entreprenøren får eller bør få under projektgennemgangen, kan aktualisere entreprenørens indsigelsespligt, hvilket fører til en skærpelse af indsigelsespligten. Det giver i hvert fald som minimum entreprenøren bedre muligheder for at opdage fejl sammenlignet med tilfælde, hvor entreprenøren ikke deltager i en projektgennemgang.¹⁷⁷

Den beskedne praksis på området vedrørende samspillet mellem indsigelsespligten og projektgennemgang ses at kunne understøtte dette synspunkt, herunder f.eks. KFE 1998.71 VBA.

I sagen havde en entreprenør påtaget sig et tagdækningsarbejde. Efter afleveringen af byggeriet opstod der skader på tagdækningens udhæng under stormvejr, hvorefter bygherren krævede afhjælpningsomkostningerne erstattet af sin rådgiver og af entreprenøren. Voldgiftsretten fandt, at entreprenøren havde et medansvar, bl.a. fordi entreprenøren under den "obligatoriske projektgranskning" burde have påtalt mangler i projektet.

¹⁷⁵ AB-betænkningen (2018), s. 112f

¹⁷⁶ Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 300

¹⁷⁷ Niklas Korsgaard Christensen i TBB 2018.358: *Nye regler om projektgennemgang*, Ole Hansen: *Entrepre-retlige mellemformer*, s. 128 og Christian Molt Wengel m.fl.: *AB 18 med kommentarer*, s. 291

Kendelsen indeholder ingen gengivelse af aftalevilkårene, men voldgiftsrettens henvisning til “obligatorisk projektgranskning” må ses som udtryk for, at der mellem parterne var aftalt et individuelt vilkår om projektgranskning, hvilket tilsyneladende blev tillagt afgørende betydning.¹⁷⁸

Entreprenørens indsigelsespligt må derfor anses for at være skærpet som følge af den nye bestemmelse i AB 18 § 19 sammenholdt med entrepriser under AB 92, hvor det ikke var aftalt, at entreprenøren skulle deltage i projektgennemgang i medfør af AB 92 § 11. Det er derfor heller ikke uden videre klart, om udgangspunktet om at det alene er klare og åbenlyse fejl, som entreprenøren er forpligtet til at påpege, kan opretholdes under AB 18 set i lyset af § 19 om obligatorisk projektgennemgang. Det skal dog som nævnt holdes in mente, at projektgennemgangen ikke pålægger entreprenøren nogen særlig undersøgelsespligt, og skærpelsen er derfor alene udslag af, at entreprenøren generelt får et større kendskab til projektet.

4.5.2.3 Entreprenørens projektering og projektforslag

Entreprenørens indsigelsespligt er nøje forbundet med den ydelse, han har påtaget sig i henhold til kontrakten, og indsigelsespligten ses derfor at have en nær sammenhæng med dennes projektering.¹⁷⁹ Såfremt entreprenøren har påtaget sig en projekteringsforpligtelse eller kommer med alternative løsningsforslag til projektet, kan entreprenørens indsigelsespligt skærpes, idet entreprenøren herved naturligt opnår en større kendskab til - i hvert fald dele af - projektet end i traditionel udførelsesentreprise. I relation til projektforslag forudsætter det dog, at entreprenørens bidrag har et substantielt indhold, idet entreprenøren i modsat fald ikke nødvendigvis har et større kendskab til projektet end ellers.¹⁸⁰

Som det fremgår af afsnit 4.2, er det imidlertid ikke altid klart, om der er aftalt en forpligtelse for entreprenøren til at projektere. Også i disse tilfælde ses det, at indsigelsespligten skærpes, såfremt resultatet bliver, at entreprenøren ikke havde en sådan forpligtelse. Dette skyldes, at entreprenøren også i disse tilfælde har været involveret i projektet i en eller anden grad, og at

¹⁷⁸ Se også TBB 2011.272 Ø, hvor der var aftalt projektgennemgang efter AB 92 § 11, hvilket havde afgørende betydning for, om entreprenøren burde have søgt at klarlægge uklarheder i projektet materialet.

¹⁷⁹ Torsten Iversen i U 2013B.351: *Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler*

¹⁸⁰ Anders Vestergaard Buch: *Entrepriseretlige mangler*, s. 105 og Ole Hansen: *Entrepriseretlige mellemformer*, s. 126ff

entreprenøren derved har opnået et større kendskab hertil og derfor også har haft bedre muligheder for at opdage fejl, jf. U 2022.3538 V, som er udførligt behandlet og beskrevet under afsnit 4.2.

I sagen kom byretten - og senere også landsretten - frem til, at hovedentreprenøren havde påtaget sig en projekteringsforpligtelse til at udføre ingeniørberegninger på hele byggeriet. Byretten udtalte, at entreprenøren - hvis han ikke havde haft en forpligtelse til at projektere - ville have haft en skærpet indsigelsespligt til at sige fra overfor det mangelfulde projekt:

“Det bemærkes i øvrigt, at N A/S [entreprenøren] under alle omstændigheder har haft en skærpet forpligtelse til at sige fra eller tage forbehold overfor et mangelfuldt projekt, såfremt de ikke måtte have haft ansvaret for at tilvejebringe detailprojektering og ingeniørberegninger til byggeriet, og de ubestridt ikke har sagt fra eller taget et sådant forbehold.” (vores understregning).

Hvis entreprenøren har påtaget sig at projektere dele af projektet, skærpes entreprenørens indsigelsespligt således efter omstændighederne også i forhold til andre dele af projektet. Retten kom som bekendt frem til, at entreprenøren havde påtaget sig en projektetingsforpligtelse for hele projektet, men havde dette ikke været tilfældet, havde indsigelsespligten været skærpet for den del, entreprenøren ikke havde pligt til at projektere. Dermed ses det også, at entreprenørens indsigelsespligt har en nær sammenhæng med en eventuel projekteringsforpligtelse, idet sidstnævnte har en indflydelse på kravene til førstnævnte. Afgørelsen viser samtidig, at grænsen mellem entreprenørens ansvar for tilsidesættelse af dennes indsigelsespligt og ansvar som følge af en påtaget projekteringsforpligtelse til tider kan være vanskelig at drage.

I modsat retning taler U 2010.213 H, som er udførligt beskrevet i afsnit 4.3.2.2, hvor en entreprenør havde påtaget sig at udføre et ventilationsanlæg i en gokarthal. Højesteret fandt, at det var bygherrens rådgiver, der havde begået projekteringsfejl, men uanset at entreprenøren havde været væsentligt involveret i projekteringen af anlægget, fandt Højesteret ikke, at *“der [...] i sagens oplysninger [er] fornødent grundlag for at fastslå, at Glenco [entreprenøren] burde have advaret HA-PA Holding A/S [bygherren], der var repræsenteret af ingeniørfirmaet Frits Nielsen & Jørn Juul Christensen A/S [rådgiveren], om, at anlæggene ikke ville have den fornødne kapacitet til fjernelse af kulilte i hallen.”*

På trods af U 2010.213 H taler meget for, at der er en nær sammenhæng mellem entreprenørens indsigelsespligt og entreprenørens forpligtelse til at projektere, samt at entreprenørens indsigelsespligt må siges at skærpes, såfremt entreprenøren skal projektere dele af projektet. U 2010.213 H må dog ses som udtryk for, at entreprenørens projekteringsforpligtelse ikke medfører en pligt til at sige fra over for enhver fejl i projektet.

4.5.2.4 Sammenfatning

Sammenfattende kan således konkluderes, at en entreprenør som udgangspunkt alene har pligt til at gøre indsigelse ved klare og åbenlyse fejl. Denne pligt kan dog efter omstændighederne skærpes, herunder som følge af at entreprenøren har en særlig sagkundskab inden for det pågældende område. Tilsvarende kan pligten skærpes, såfremt entreprenøren har deltaget i en projektgennemgang. Med AB 18 § 19 er det nu obligatorisk, at entreprenøren skal deltage i en projektgennemgang, og der kan på den baggrund argumenteres for, at AB 18 har medført en generel skærpelse af indsigelsespligten. Afslutningsvis kan det konkluderes, at indsigelsespligten har en nær sammenhæng med en eventuel forpligtelse til at projektere for entreprenøren eller dennes forslag til alternative løsningsmetoder. Såfremt entreprenøren har påtaget sig en forpligtelse til at projektere dele af projektet eller fremsætter et projektforslag med et vis substantielt indhold, taler meget for, at indsigelsespligten skærpes for i hvert fald den del af projektet, som entreprenørens projektbidrag relaterer sig til. Det medfører dog ikke, at entreprenørens har en pligt til at sige fra over for enhver fejl i projektet.

5 Sammenfatning og perspektivering

Nutidens byggeri er kendetegnet ved stadig mere komplekse entreprisopgaver og høj grad af specialisering, som i nogen grad har forskubbet den faglige ekspertise i retning fra rådgiverne mod entreprenørerne. Dette har udmøntet sig i anvendelsen af nye organisations- og aftaleformer, der udgør alternativer til den traditionelle udførelsesentreprise og totalentreprise, og som tilsvarende bryder med den tidligere kendte fase- og opgavedeling. Dette betyder, at entreprenører også uden for totalentreprise udfører dele af projekteringen i et bygge- eller anlægsprojekt.

Det ligger fast, at det ikke er en del af entreprenørens klassiske ydelse, at entreprenøren skal udføre projektering, medmindre dette er aftalt, jf. AB 18 § 17, stk. 1, 1. pkt. Såfremt entreprenøren alligevel påtager sig at projektere, skal entreprenøren projektere i overensstemmelse med god projekteringsskik, jf. AB 18 § 17, stk. 3. Hvis dette ikke sker, eller hvis entreprenøren slet ikke udfører projektering, selvom han har forpligtet sig til det, ifalder entreprenøren et projekteringsansvar.

Det naturlige spørgsmål er herefter, hvornår entreprenøren har påtaget sig en projekteringsforpligtelse. Det kan indledningsvis konstateres, at beskrivelsen af entreprenørens ydelse i kontrakten samt eventuelle særlige vilkår tilknyttet beskrivelsen har væsentlig betydning for vurderingen af, om entreprenøren har påtaget sig en projekteringsforpligtelse. I det omfang parterne udtrykkeligt har taget stilling til entreprenørens projekteringsforpligtelse i aftalen, er entreprenør forpligtet til at projektere, men også hvis det blot i kontraktgrundlaget er angivet, at entreprenøren skal detailprojektere eller efter omstændighederne udføre den "nødvendige" projektering. Der er ikke holdepunkter for at antage, at der gælder et generelt skærpet vedtagelseskrav for aftaler om entreprenørprojektering. Dog afhænger kravene til vedtagelsen af, hvor sædvanligt - eller usædvanligt - entreprenørprojektering er på det pågældende område.

Der ses i praksis eksempler på, at vedtagelseskravet lempes, således at entreprenøren bliver pålagt et projekteringsansvar, selvom der ikke er taget eksplicit stilling til entreprenørens projekteringsforpligtelse i aftalen mellem bygherren og entreprenøren. I disse situationer støttes entreprenørens forpligtelse til at projektere på en bedømmelse af parternes kompetencer, herunder særligt hvem af parterne, der besidder den specialiserede viden, som projekteringen forudsætter, og hvem der har udfærdiget kontrakten. Det ses endvidere, at det i tvivlstilfælde kan være afgørende, hvad der må anses for at have været parternes fælles forståelse ved indgåelsen af aftalen. I tråd hermed har det også væsentlig betydning for projekteringsansvaret, hvem der rent faktisk har foretaget projekteringen. Der er imidlertid utvivlsomt en nedre grænse for, hvor spinkelt aftalegrundlaget kan være, før entreprenøren pålægges en projekteringsforpligtelse. Entreprenøren er således ikke forpligtet til at projektere, alene fordi bygherrens projekt er ufuldkomment.

Det er forudsat i AB 18 § 17, stk. 1, 2. pkt., at i det omfang entreprenørens arbejde i aftalen er beskrevet ved angivelse af funktionskrav, skal entreprenøren udføre den nødvendige projektering herfor. Aftalen om projektering ligger i disse tilfælde i, at entreprenøren byder ind på et

udbud på funktionskrav, som forudsætter en nærmere projektering. Et udbud på funktionskrav kan generelt beskrives som et udbud, hvori det er foreskrevet, at entreprenøren skal levere en ydelse, der lever op til de af bygherrens angivne funktionelle egenskaber og krav i bestemte henseender. Spørgsmålet er herefter, hvilke krav der stilles til udbuddet, førend det kan siges at være udbudt på funktionskrav.

Det kan først og fremmest konkluderes, at der er tale om et udbud på funktionskrav, når udbuddet klart indeholder funktionskrav, som entreprenøren er forpligtet til at opfylde. Bygherrens angivelse af et referenceprodukt medfører ikke, at udbuddet mister sin karakter af udbud på funktionskrav, hvis der er tale om et forslag til illustration og ikke en diktering af et bestemt produkt eller en løsning, der skal tages for pålydende. Dette gælder i hvert fald, hvis referenceproduktet ikke refererer til de tekniske specifikationer, men derimod alene kvalitet og udseende. På linje hermed mister et udbud ikke sin karakter af udbud på funktionskrav, selvom udbudsmaterialet indeholder detaljer, hvis det i udbudsmaterialet er understreget, at detaljerne i udbuddet alene er principdetaljer, som det er overladt til entreprenøren at udføre den endelige projektering på baggrund af.

En bygherre kan dog risikere at blive pålagt projekteringsansvaret, hvis rådgiveren angiver specifikke (og vildledende) oplysninger, der har en indvirkning på entreprenørens projekteringsvalg og færdige resultat - også selvom der i øvrigt er tale om udbud på funktionskrav. Det er i den forbindelse afgørende, om oplysningerne kan opfattes som egentlige indikationer af, hvilken løsning der kan anvendes. På samme måde mister et udbud sin karakter af at være et udbud på funktionskrav, hvis bygherren i udbudsmaterialet direkte har angivet en bestemt løsning til arbejdets udførelse. Udbudsmaterialet må ikke være så detaljeret, at der ikke længere er tale om et udbud på funktionskrav, men det må heller ikke være så spinkelt, at entreprenøren ikke har mulighed for at projektere på baggrund heraf.

Det ses undertiden, at entreprenøren som følge af sin særlige fagkundskab fremkommer med forslag til ændringer af et projekt, som bygherren eller dennes rådgiver har udarbejdet, f.eks. alternative materiale- eller metodevalg. Det følger af AB 18 § 17, stk. 1, 3. pkt., at entreprenøren ikke bærer projekteringsansvaret for et fremsat projektforslag. Dette udgangspunkt er begrundet i et ønske om at skabe et bedre og tættere samarbejde mellem bygherren, rådgiveren og entreprenøren.

Udgangspunktet kan efter omstændighederne fraviges, hvis der er konkrete holdepunkter for en sådan fravigelse. Dette gælder selvsagt, hvis entreprenøren i forbindelse med fremsættelsen af sit projektforslag indgår en aftale med bygherren om, at entreprenøren skal projektere og udføre den foreslåede løsning. Derudover ses det i praksis, at der er blevet lagt vægt på tidspunktet for det fremsatte forslag, således at entreprenøren er blevet pålagt et projekteringsansvar, hvis projektforslaget fremsættes, inden der foreligger et færdigt projekt, ligesom der ses at være blevet lagt vægt på, hvilken kontrol bygherrens rådgiver har ført med forslaget, og hvilke undersøgelser rådgiveren har foretaget. Denne praksis, der hører til AB 92, kan vanskeligt forenes med den nuværende regulering af entreprenørens projektforslag, og det kan ikke udelukkes, at der nu skal væsentligt mere til, førend en entreprenør pålægges et projekteringsansvar for sit projektforslag.

Entreprenørens projekteringsansvar i forbindelse med fremsættelsen af projektforslag kan undertiden være vanskeligt at skelne fra entreprenørens strenge mangelsansvar for materialer, når entreprenøren har frit materialevalg. Dette gælder uanset, at sontring ofte vil være afgørende for entreprenørens efterfølgende ansvar, idet der efter de to regelsæt gælder vidt forskellige retsvirkninger.

Klart er det, at en entreprenørmeddelelse ikke blot kan kamoufleres som et projektforslag, hvis der reelt er tale om f.eks. en underretning om valg af et materiale, hvor entreprenøren har frit materialevalg. En entreprenør kan heller ikke undslippe det strenge mangelsansvar for materialer, ved at bringe nogle materialer i forslag, som det herefter er op til bygherren at vælge imellem, hvis bygherren eller dennes rådgiver ikke på forhånd har projekteret med et specifikt materiale.

Mindre klart er det i tilfælde, hvor der på forhånd i projekt materialet er angivet et specifikt produkt, og entreprenøren bringer et alternativt materiale i forslag. I disse situationer har det ofte været afgørende, om entreprenøren har godtgjort, at bygherren - eller dennes rådgiver - ud fra en fælles forståelse selvstændigt har undersøgt og vurderet materialets egnethed. Dette er et moment, der harmonerer dårligt med de forudsætninger, der ligger til grund for den nuværende regulering af projektforslag i AB 18 § 17, idet det er forudsat, at rådgiveren skal foretage de nødvendige undersøgelser og vurderinger af et projektforslag.

Beslægtet med spørgsmålet om entreprenørens projekteringsforpligtelse, er entreprenørens forpligtelse til at gøre indsigelse ved fejl eller uklarheder i bygherrens projekt. Denne forpligtelse udspringer af entreprenørens almindelige loyalitetsforpligtelse og kommer særligt til udtryk i AB 18 § 26, stk. 1 og 2, § 22, stk. 2 og § 19, stk. 5. Entreprenørens indsigelsespligt ikke er udtryk for en projekteringsforpligtelse og forudsætter dermed ikke en aftale, idet pligten til at gøre indsigelse er en del af entreprenørens ydelse. Indsigelsespligten indebærer ikke en almindelig pligt til at gennemgå bygherrens projekt eller udbudsmateriale med henblik på at finde fejl, og entreprenøren er som udgangspunkt alene forpligtet til at gøre indsigelse ved *klare og åbenlyse fejl* i projektet.

Indsigelsespligten kan efter omstændighederne skærpes, herunder som følge af at entreprenøren har en særlig sagkundskab inden for det pågældende område, eller hvis entreprenøren har deltaget i en projektgennemgang, som nu er gjort obligatorisk efter AB 18 § 19. Afslutningsvis kan det konkluderes, at indsigelsespligten har en nær sammenhæng med en eventuel forpligtelse til at projektere for entreprenøren eller dennes fremsættelse af projektforslag. Såfremt entreprenøren har påtaget sig en forpligtelse til at projektere dele af projektet eller fremsætter et projektforslag med et vis substantielt indhold, taler meget for, at indsigelsespligten skærpes for den del af projektet, som entreprenørens projektbidrag relaterer sig til. Det medfører dog ikke, at entreprenørens har en pligt til at sige fra over for enhver fejl i projektet.

Specialets konklusioner skal ses i lyset af, at undersøgelsen primært har taget udgangspunkt i en kritisk analyse af praksis afsagt efter AB 92, og den heraf iboende usikkerhed forbundet med analysen af retsstillingen, som den må forventes at blive fremover. Selvom AB 18 § 17 løser nogle af de retlige spørgsmål, der tidligere stod som uafklarede i relation til området for entreprenørprojektering, er der fortsat mange spørgsmål, der fremstår åbne og uklare. Retsområdet og bestemmelsens nærmere indhold må forventes at blive mere klarlagt i takt med, at der offentliggøres rets- og voldgiftspraksis på baggrund af heraf. Det må derfor tilrådes, at bygge-riets parter selv så udførligt som muligt tager stilling til de spørgsmål, der kan opstå i relation til aftaler om entreprenørprojektering - særligt indtil retsstillingen på området er mere klar.

6 Kildeliste

6.1 Love, agreed documents, betænkninger mv.

Love mv.

Konvention 1980-04-11. De Forenede Nationers konvention om aftaler om internationale køb (CISG)

Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (Aftaleloven)

Lovbekendtgørelse 2021-09-24 nr. 1853 Købelov (Købeloven)

Agreed documents

Almindelige betingelser 1990-03-31 for teknisk rådgivning og bistand (ABR 89)

Almindelige betingelser 1992-12-10 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92)

Almindelige betingelser 1993-12-22 for totalentreprise (ABT 93)

Almindelige betingelser 2018-08-10 nr. 9632 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18)

Almindelige betingelser 2019-01-09 nr. 9021 for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed (ABR 18)

Almindelige betingelser 2019-01-09 nr. 9022 for totalentreprise i bygge- og anlægsvirksomhed (ABT 18)

Almindelige betingelser for aftaler om byggearbejder for forbrugere (juni 2012) (AB-forbrugere)

Forenklete almindelige betingelser 2019-01-10 nr. 9025 for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB Forenklet)

Tillægsbetingelserne 2019-01-09 nr. 9024 for projektoptimering i bygge- og anlægsvirksomhed (APP Projektoptimering)

Betænkninger, cirkulærer, ydelsesbeskrivelser mv.

Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed. Betænkning nr. 1246 af 1993 (AB-betænkningen af 1992)

Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed. Betænkning nr. 1570 af 2018 (AB-betænkningen af 2018)

Boligministeriets cirkulære nr. 98 af 1975-06-04 om støtte til almennyttigt nybyggeri m.v.

Bygherreforeningens paradigma for rådgiveraftaler efter ABR 18. 5. udgave, 2023

Ydelsesbeskrivelse for Bygge og Landskab 2018 (YBL 18)

Ydelsesbeskrivelse for anlæg 2019 (YBA 19)

6.2 Afgørelser

KfE	TBB 2017.66 VBA
KFE 1982.36	
	TBB 2017.286 VBA
KFE 1998.71	
	TBB 2017.601 VBA
T:BB	TBB 2017.770 VBA
TBB 2000.86 VBA	
	TBB 2017.779 VBA
TBB 2001.603 VBA	
	TBB 2017.909 TBA
TBB 2002.335 VBA	
	TBB 2018.257 VBA
TBB 2009.667 VBA	
	TBB 2018.666 VBA
TBB 2010.140 V	
	TBB 2018.907 VBA
TBB 2011.272 Ø	
	TBB 2019.151 VBA
TBB 2011.323 VBA	
	TBB 2019.741 VBA
TBB 2011.547 VBA	
	TBB 2020.351 VBA
TBB 2012.679 VBA	
	TBB 2020.655 VBA
TBB 2013.49 V	
	TBB 2021.571 VBA
TBB 2013.160 V	
	TBB 2021.785 VBA
TBB 2016.383 VBA	
	TBB 2022.161 VBA

TBB 2022.307 VBA	TBB 2022.1037 VBA
TBB 2022.433 VBA	TBB 2023.223 VBA
TBB 2022.537 VBA	TBB 2023.431 VBA
TBB 2022.552 VBA	UfR
TBB 2022.848 VBA	U 2010.213 H
	U 2022.3538 V

6.3 Litteratur

Bøger

Andersen, Lennard Lyng og Madsen, Palle Bo: “*Aftaler og mellemænd*”, 8. udgave, Karnov Group, 2022

Andersen, Mads Bryde: “*Ret og Metode*”, 1. udgave, G.E.C. Gads Forlag, 2002

Andersen, Mads Bryde: “*Grundlæggende aftaleret*”, 5. udgave, Gjellerups Forlag, 2021

Berg, Claus: “*Teknisk rådgivning - ABR 18*”, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2021

Blume, Peter: “*Juridisk Metodelære*”, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009

Blume, Peter: “*Retssystemet og juridisk metode*”, 4. udgave, Djøf Forlag, 2020

Boesgaard, Eric m.fl.: “*ABT 18 for praktikere: kommentar til ABT 18*”, 1. udgave, Molio Forlag, 2020

Boesgaard, Eric m.fl.: “*AB 18 for praktikere: kommentar til AB 18*”, 1. udgave, Molio Forlag, 2018

Buch, Anders Vestergaard: “*Entrepriseretlige mangler: kravene til entreprenørens ydelse*”, 1. udgave, Forlaget Thomsen, 2007

Gjedde-Nielsen, Michael m.fl.: “*ABR 18 med kommentarer*”, 1. udgave, Karnov Group, 2021

Hamer, Carina Risvig og Schaumburg-Müller, Sten: “*Juraens Verden*”, 1. udgave, Djøf Forlag, 2020

Hansen, Jørgen m.fl.: “*Ansvar og moderniseret byggeproces*”, 1. udgave, Gyldendal Forlag, 1970

Hansen, Ole og Iversen, Torsten m.fl.: "*AB og nye aftaleformer i byggeriet*", 1. udgave, Karnov Group, 2014

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

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

Hansen, Ole og Ulfbeck, Vibe: "*Lærebog i aftaleret*", 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2023

Hermansen, David Kjær: "*Mangler og produktansvar ved byggematerialer*", 1. udgave, Forlaget Bogunivers, 2018

Hørlyck, Erik: "*Bevisbyrden i civile sager*", 1. udgave, Dføj Forlag, 2020

Hørlyck, Erik: "*Entreprise - AB 18*", 9. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2022

Hørlyck, Erik: "*Totalentreprise - ABT*", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019

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

Johansen, Christian: "*Bygherrens ændringsret*", 1. udgave, Forlaget Thomsen, 1999

Pedersen, Hans Viggo Godsk og Ørgaard, Anders: "*Almindelig Kontraktret*", 6. udgave, Djøf Forlag, 2020

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

Theilgaard, Søren m.fl.: "*Købeloven med kommentarer*", 4. udgave, Karnov Group, 2017

Ulfbeck, Vibe: "*Erstatningsretlige grænseområder*", 3. udgave, Djøf Forlag, 2021

Wengel, Christian Molt m.fl.: "*AB 18 med kommentarer*", 1. udgave, Karnov Group, 2020

Artikler

Bente, Helena i TBB 2012.343: "*Systemleverancer*"

Buch, Anders Vestergaard i TBB 2018.373: "*Mangler i høringsudkastet til AB 18*"

Christensen, Niklas Korsgaard i TBB 2018.358: "*Nye regler om projektgennemgang*"

Hansen, Jørgen i U 1972B.285: "*Licitationsbegrebet i støbeskeen. Om behovet for regulering af ændrede udbudsformer i bygge- og anlægsvirksomhed*"

Hansen, Ole i Juristen (2011): *“Perspektiver for entrepriseretten - om udfordringer for forskningen i entrepriseret og kontraktret”*

Hansen, Ole i TBB 2018.344: *“Reglerne om entreprenørens projektering i udkastet til AB 18”*

Hansen, Ole i TBB 2018.351: *“Reglerne om parternes kommunikation i udkastet til AB 18”*

Hansen, Rasmus Holm og Langerup, Nina Månsson i TBB 2018.364: *“Kravet om entydighed og det (delvis) beslægtede spørgsmål om entreprenørens ekstraarbejder - hvordan håndteres disse spørgsmål i AB 18?”*

Hørlyck, Erik i TBB 2017.647: *“MgO-kendelsen og materialeansvaret”*

Hørlyck, Erik i TBB 2018.299: *“En reform med respekt for fortiden”*

Iversen, Torsten i TBB 2003.480: *“Udfyldende entrepriseret. Hvad gælder, når AB 92 ikke er vedtaget?”*

Iversen, Torsten i U 2013B.351: *“Entreprenørens indsigelsespligt ved projektmangler”*

Iversen, Torsten i TBB 2018.310: *“Strejftog i AB-udkastet - forbedringer eller forringelser? - forenklinger eller forviklinger”*

Iversen, Torsten i TBB 2018.326: *“Struktur og sprog i AB-udkastet”*

Iversen, Torsten i TBB 2018.398: *“Om AB-udkastet og dets forhold til lovgivningen samt til andre aftaler”*