



Den offentlige bygherres håndtering af entreprenørens konkurs



Anders Nørgaard
Partner



Alexander Grønlund
Attorney, Senior Associate



Kristoffer Dysted Bjarkov
Attorney, Senior Associate



Tine Thalbitzer Thiberg
Attorney

Bygge- og anlægsbranchen har i de seneste år oplevet en kraftig stigning i antallet af konkurser og toppede foreløbigt i 2023 med hele 1.282 erklærede konkurser. Da konkurserne ofte er forbundet med store tab, hvis de indtræder under et igangværende byggeri, har tendensen i stigende grad aktualiseret en belysning af de muligheder, der er for at sikre sig imod sådanne tab.

Derfor sætter DLA Piper i en artikelserie særligt fokus på konkurser i byggeriet. I denne artikel, der er den fjerde i serien, dykker vi ned i de særlige problemstillinger en offentlig bygherre står med, når entreprenøren er gået konkurs.

Når entreprenøren er gået konkurs

Den situation, hvor en entreprenør er gået konkurs i et byggeri, er på mange måder ens, uanset om bygherren er en offentlig myndighed eller en privat bygherre. I dette nyhedsbrev sættes der alene fokus på de forhold, som er særlige for offentlige bygherrer.

Offentlige bygherrer bør dog i vid udstrækning være opmærksom på de samme forhold som private bygherrer. Se i denne sammenhæng vores nyhedsbrev om bygherrens håndtering af entreprenørens konkurs samt om nedskrivning af garantien, hvilket vi har uddybet nærmere i nyhedsbrevene [her](#) og [her](#).

Byggeriet fortsætter med konkursboet

Ved entreprenørens konkurs bør den offentlige bygherre først og fremmest gøre sig overvejelser om, hvordan byggeriet skal fortsætte.

Efter konkurslovens § 55 har konkursboet en indtrædelsesret, hvilket vil sige, at konkursboet kan indtræde i entrepriseaftalen, således at entreprisen færdiggøres af konkursboet i henhold til aftalegrundlaget. Den offentlige bygherre kan forlange, at konkursboet relativt hurtigt (på juridisk sprog "uden ugrundet ophold") tager stilling til, om konkursboet vil gøre brug af indtrædelsesretten.

Hvis konkursboet ikke ønsker at indtræde i entrepriseaftalen, foreligger der hævebegrundende misligholdelse. Dette betyder, at den offentlige bygherre kan ophæve entrepriseaftalen. En ophævelse af entrepriseaftalen bør bl.a. af bevismæssige årsager altid fremsendes skriftligt til konkursboet.

I tilfælde af at den konkursramte entreprenør har benyttet sig af underentreprenører, vil det være en selvstændig udbudsretlig overvejelse, om den offentlige bygherre kan rette direkte henvendelse til disse underentreprenører med ønsket om at indgå en entrepriseaftale om deres videre arbejde. Det kan være en fordel for den offentlige bygherre at benytte sig af underentreprenørerne, da disse – i modsætning til en ny hovedentreprenør - kender til byggeriet og dets stade. Den offentlige bygherre bør dog i en sådan situation være opmærksom på overholdelsen af udbudsreglerne.

Når bygherre er en offentlig myndighed, gælder der nemlig en række begrænsninger i bygherrens adgang til at fortsætte byggeriet efter entreprenørens konkurs. Det skyldes, at udbudsreglerne finder anvendelse på entrepriseaftalen, når bygherre er en offentlig myndighed, og den offentlige bygherre skal således være særligt opmærksom på, om udbudsreglerne er overholdt, når den offentlige bygherre fx overvejer at lade en underentreprenør indtræde i entrepriseaftalen og fortsætte arbejdet efter entreprenørens konkurs.

Efter udbudslovens § 182, nr. 2, har den offentlige bygherre mulighed for at udskifte den oprindelige entreprenør, uden at det kræver et genudbud, når udskiftningen sker som følge af den oprindelige entreprenørs omstrukturering fx ved insolvens. I dette tilfælde skal følgende betingelser i være opfyldt: *For det første* skal den nye entreprenør leve op til de i udbudsmaterialet fastsatte mindstekrav til egnethed, og *for det andet* må udskiftningen ikke medføre ændringer af entrepriseaftalens grundlæggende elementer. Udskiftningen må desuden ikke have til formål at omgå udbudsreglerne.

I praksis er det antaget, at ovenstående betingelser vil være opfyldt, når entreprenørskiftet skyldes konkurs, og når konkursboet indtræder i entrepriseaftalen i medfør af konkurslovens regler, og viderefører entrepriseaftalen på uændrede vilkår.

Det er dog sjældent at konkursboet i praksis har interesse i at indtræde i entrepriseaftalen efter entreprenørens konkurs på uændrede vilkår. Det skyldes, at gevinsten ved at indtræde i entrepriseaftalen på de eksisterende vilkår oftest er mindre end de risici, som indtræden kan medføre for boet, eksempelvis risikoen for mangler ved det udførte arbejde. Oftest vil det derfor alene være interessant for konkursboet at indtræde i entrepriseaftalen for færdiggørelse af entreprisen, hvis entreprisen er tæt på aflevering (og entreprisens omfang ikke er betalt før konkursen), hvis boet kan indgå aftale om at boet ikke overtager ansvaret for eventuelle mangler ved arbejde udført forud for konkursen, og/eller hvis der er en stor del restentreprisensum tilbage til udbetaling sammenholdt med entreprisens stade. Det kan derfor ofte hænde at konkursboet vil forsøge at genforhandle entrepriseaftalens vilkår.

I sådanne tilfælde bør den offentlige bygherre være særligt varsom med at acceptere eventuelle ændringsforslag som konkursboet måtte forsøge at gennemføre i forbindelse med overdragelsen af entrepriseaftalen. Den offentlige bygherre vil formentlig kun have en snæver adgang til at acceptere ændringer af entrepriseaftalen i forbindelse med overdragelse af entrepriseaftalen, uden at det udløser fornyet udbudspligt, og disse ændringer må i givet fald ikke være væsentlige.

Den offentlige bygherre bør derfor altid bestræbe sig på sig på at fastholde de oprindelige vilkår, selv når konkursboet er involveret i overdragelsen af entrepriseaftalen.

Byggeriet fortsætter med ny entreprenør

I tilfælde hvor konkursboet *ikke* vælger at indtræde i entrepriseaftalen, opstår spørgsmålet om den offentlige bygherre selv er berettiget til at videreoverdrage entrepriseaftalen til en ny entreprenør efter den oprindelige entreprenørs konkurs.

Den offentlige bygherre vil have adgang til at foretage en sådan udskiftning af den konkursramte entreprenør, hvis kontrakten hjemler adgang. Indtræden herudover vil bero på en nærmere udbudsretlig analyse byggende på, om den indtrædende entreprenør i egen ret kunne have budt på den udbudte opgave. Ønsker den offentlige bygherre eksempelvis at udskifte den konkursramte entreprenør med dennes underentreprenør – hvilket kunne være ønskeligt for den offentlige bygherre, fordi underentreprenøren allerede er involveret i byggeriets udførelse - vil det alene kunne lade sig gøre i det omfang, betingelserne herfor er opfyldt.

Det er uafklaret i praksis, hvornår betingelserne i udbudslovens § 182, nr. 2 kan siges at være helt opfyldt, når det er den offentlige bygherre selv, der overdrager entrepriseaftalen efter den konkursramte entreprenør. Dette beror således på en konkret vurdering af sagens omstændigheder.

Eventuelle ændringer af entrepriseaftalen

Både ved konkursboets og den offentlige bygherres overdragelse af kontrakten til en ny entreprenør vil der kunne opstå et behov for at foretage visse tilpasninger af entrepriseaftalen, herunder fx fordi konkursen har medført en periode med forsinkelse, der således kræver tilpasninger i tidsplanen eller forskydning af afleveringstermin(er).

Præcis hvor store ændringer den offentlige bygherre – herunder også i samarbejde med konkursboet – må foretage i den forbindelse før, der skal foretages genudbud af entrepriseaftalen, beror på sagens konkrete

omstændigheder.

Det er imidlertid vores opfattelse, at selv ikke den offentlige bygherres velbegrundede hensyn til unødige forsinkelser og fordyrelser vil kunne opveje for den eventuelle konkurrenceforvriddning, som en ændring af entreprisaftalens væsentlige vilkår – såsom pris – i forbindelse med entreprenørs kiftet vil kunne medføre.

En offentlig bygherre bør derfor bestræbe sig på, at entreprisaftalen videreføres på uændrede vilkår efter entreprenørens konkurs.

Før konkursens indtræden

Den offentlige bygherre kan med fordel overveje at indarbejde en ændringsklausul i entreprisaftalen om, at den offentlige bygherre i tilfælde af entreprenørens konkurs har adgang til at overdrage entreprisaftalen til en ny entreprenør, herunder for eksempel til underentreprenøren. En sådan forudseende ændringsklausul vil antageligvis kunne medføre, at den offentlige bygherre kan foretage udskiftningen i medfør af entreprisaftalen efter udbudslovens § 182, nr. 1, jf. § 179.

Det bemærkes, at det dog i udgangspunktet ikke med bindende virkning for et senere konkursbo kan aftales, at et eventuelt senere konkursbo i tilfælde af konkurs ikke har en indtrædelsesret efter konkurslovens § 55, der således i udgangspunkt vil skulle respekteres af den offentlige bygherre i en konkurssituation.

I det tilfælde, hvor den offentlige bygherre vil foretage udskiftningen i medfør af entreprisaftalen, skal den offentlige bygherre være opmærksom på, at en ændringsklausul skal være udformet klart, præcist og entydigt, før den kan danne grundlag for en udskiftning af den konkursramte entreprenør. Det vil derfor ikke være tilstrækkeligt med en standardklausul i entreprisaftalen om, at den offentlige bygherre er berettiget til at udskifte entreprenøren. Den offentlige bygherre skal derimod konkret og nøjsomt beskrive de nærmere betingelser for udskiftningen.

Hvis den offentlige bygherre dermed gerne vil have mulighed for, at entreprenørens underentreprenør skal kunne indtræde i entreprisaftalen i tilfælde af entreprenørens konkurs, kan den offentlige bygherre på forhånd aftale en sådan indtrædelsesret for underentreprenøren i entreprisaftalen. I givet fald bør den offentlige bygherre være opmærksom på, at få udformet et sådant vilkår klart, præcist og entydigt. Endvidere skal underentreprenøren på egen hånd opfylde de stillede egnethed i forbindelse med udbuddet og må ikke være omfattet af udelukkelsesgrundene.

Hvis du som offentlig bygherre står i en situation, hvor din entreprenør er gået konkurs, og har du behov for juridisk rådgivning, er du naturligvis velkommen til at kontakte os.

Services	Udbud og offentlige kontrakter, Fast ejendom, Udbud, Offentlig virksomhed, Kommunal- og Forvaltningsret, Offentlige- og halvoffentlige byggerier, Entreprise og byggeri
----------	---

Sectors	Real Estate
---------	-------------

