

STRICTLY CONFIDENTIAL - LEGAL PRIVILEGE

NOTAT

OM VURDERING AF FORLIG VEDR. HOLBÆK SPORTSBY

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	INDLEDNING	4
2	KONKLUSION/SAMMENFATNING.....	4
3	FAKTUM OG FORUDSÆTNINGER	4
4	ANDRE HENSYN.....	4
	4.1.1 Procesrisiko	4
	4.1.2 Kommuners muligheder for at indgå forlig	5
5	VURDERING AF FONDENS KRAV	5
	5.1 Generelt.....	5
	5.2 Tidsfristforlængelse - godkendelsesfase af projektmateriale	6
	5.3 Ekstrakrav - omprojektering af sundhedscenter	7
	5.4 Tidsfristforlængelse - dagslys i træningscenteret.....	7
	5.5 Tidsfristforlængelse - omplacering af sundhedscenter	8
	5.6 Tidsfristforlængelse - arealudvidelse.....	8
	5.7 Tidsfristforlængelse - valg af materialer og farver på overflader	9
	5.8 Tidsfristforlængelse - forskydninger af entrepriser	10
	5.9 Tidsfristforlængelse - kunstprojektet	10
	5.10 Tidsfristforlængelse - flytning af jord	11
	5.11 Tidsfristforlængelse - omplacering af atletikstadion.....	11
	5.12 Tidsfristforlængelse - udendørs tennisanlæg	11
	5.13 Tidsfristforlængelse - indhegning	12
	5.14 Tidsfristforlængelse - busholdeplads.....	13
	5.15 Tidsfristforlængelse - vejrlig.....	13
	5.16 Ekstrakrav - indeksering	14
	5.17 Ekstrakrav - padeltennisbaner	15
	5.18 Dagbodskrav	15
	5.18.1 Generelt	15
	5.18.2 Kommunens dagbodskrav	15
6	VURDERING AF KOMMUNENS FORLIG.....	17
	6.1 Afgrænsning.....	17
	6.2 Mangler.....	17
	6.3 Mangler ved svømmehallens gulve	18
	6.4 Kommunens dagbodskrav.....	18

6.5	Navnerettigheden til Holbæk Sportsby overdrages til Fonden	18
6.6	Indtægter fra udlejning	18
6.7	Ekstrakrav	19
6.8	Servicebygning atletik	19
6.9	Servicebygning fodbold	19
6.10	Tribuner	19
6.11	Ekstra ydelser	19
6.11.1	Engangsbeløb	19
6.11.2	Øvrige ydelser	19
6.11.3	Ekstra ydelser – løbende	20
6.12	Samlet afvejning/vurdering	20

1 INDLEDNING

1. Holbæk Kommune og Fonden Holbæk Sportsby under stiftelse ved Entreprenør Morten C. Henriksen A/S (herefter "Fonden") indgik OPP kontrakt den 30. juni 2016 om opførelsen af et større idrætsanlæg i Holbæk.
2. Idrætsanlægget benævnt Holbæk Sportsby, indeholder blandt andet svømmehal, sundhedscenter, fodboldstadion og atletikstadion. Projektet blev udbudt på funktionskrav.
3. Holbæk Sportsby blev taget i brug i maj/juni 2019, hvor driftsfasen i OPP-kontrakten startede.
4. Under projekterings- og anlægsfasen er der opstået en række uenigheder mellem parterne, som nu søges løst ved et samlet forlig.
5. Plesner er anmodet om en vurdering af Holbæk Kommunes forlig "Resultat af forligsforhandlinger" af 10. marts 2020. Der er særligt ønsket en vurdering af, om forliget stiller Fonden bedre, end tilfældet ville være ved gennemførelse af en voldgiftssag.

2 KONKLUSION/SAMMENFATNING

6. Det konkluderes, at Holbæk Kommune har en bred forligsramme, som følge af den væsentlige procesrisiko, som for begge parter er forbundet med nærværende sags fortsættelse ved voldgift.
7. Såfremt Fonden dokumenterer sine krav, vil Fonden formentlig kunne få helt eller delvis medhold i nogle af disse under en voldgiftssag. Det konkluderes derfor, at Fonden ikke stilles bedre ved forliget, end tilfældet ville være ved gennemførelse af voldgiftssag.
8. Det kan tillige konkluderes, at kommunens dagbods krav, bod vedr. svømmehal og betaling af ekstrakrav modsvares af værdien af de ydelser som kommunen modtager fra Fonden i form af servicebygninger og andre ydelser samt en eventuel besparelse som følge af, at Fondens ekstrakrav bortfalder.

3 FAKTUM OG FORUDSÆTNINGER

9. Til brug for udarbejdelsen af dette notat er alene oplysninger og fremsendt materiale fra Holbæk Kommune lagt til grund. Materialet er fremsendt med mails af 2., 3. og 10. marts 2020 og fremgår specificeret i bilag 1.
10. Vurderingen af dagbods kravet bygger på det fremsendte materiale oplistet i bilag 1. Der findes yderligere korrespondance om dette forhold.

4 ANDRE HENSYN

4.1.1 Procesrisiko

11. Gennemførelse af en voldgiftssag er forbundet med procesrisiko af flere årsager. Når de omtvistede krav er dårligt belyst herunder ved manglende dokumentation og redegørelse for grundlaget for kravene er denne procesrisiko særlig stor, idet vidneudsagn kan få særlig betydning. Under en voldgiftssag vil der således under forberedelsen og frem til afgørelsen fremkomme dokumentation, vidneforklaringer og nye anbringender, hvorefter krav måske vil blive fundet berettiget.
12. Efter gennemgangen af Fondens krav vurderes det, at denne procesrisiko i nærværende sag er stor, da tvisterne fra Fondens side er mangelfuldt belyst, men at det ikke kan udelukkes, at en del af bevisbyrden for kravene kan løftes af Fonden.

4.1.2 Kommuners muligheder for at indgå forlig

13. Det er fast antaget i retslitteratur og -praksis, at en kommune ikke kan understøtte eller begunstige enkeltpersoner uden lovhjæmmel. Dette betyder, at en kommune ikke som led i en forligsmæssig løsning kan yde erstatning eller lignende til borgere og virksomheder, hvis kommunen reelt set ikke er retligt forpligtet til at betale et beløb.
14. Der må dog indrømmes kommunen et vist skøn. Det fremgår af Indenrigsministeriets skrivelse af 19. februar 1999, 2. k.k.t. j.nr. 1997/1220/395-1, at:

"Ved udøvelse af dette skøn over, hvornår der med henblik på at begrænse kommunens udgifter til erstatning bør ydes et beløb til en enkeltperson, må der indrømmes kommunen et vist spillerum, der blandt andet omfatter vurderingen af, hvorvidt kommunen ved en retssag ville blive dømt erstatningsansvarlig." (understreget her)

15. I nærværende sag må grundlaget for vurderingen være det foreliggende materiale, uanfægtet at dette ikke i alle tilfælde betragtes som fyldestgørende for en vurdering af kravene.
16. Der skal foretages en konkret vurdering af om, hvorvidt kommunen er forpligtet til at betale beløbet. Det fremgår af "Hvilke muligheder har en kommune for at indgå forlig?", Ret & Indsigt 03/2014, s. 8-9:

"Forliget må i den forbindelse beløbsmæssigt afspejle den procesrisiko, der er forbundet med sagen. Det vil sige risikoen for, at kommunen vil blive dømt til at betale det pågældende beløb, såfremt der blev gennemført en retssag herom"

17. Holbæk Kommune vil således i nærværende sag have en bred forligsramme.

5 VURDERING AF FONDENS KRAV

5.1 Generelt

18. Det bemærkes indledningsvis, at Fondens krav på tidsfristforlængelse samt krav på betaling for ekstraarbejder er udokumenterede og i flere tilfælde også ubegrundede. Allerede som følge heraf er Fondens krav uberettigede. Det forventes dog, at Fonden under en voldgiftssag vil fremkomme med dokumentation samt præcisere grundlaget for sine krav, hvorfor hovedproblemstillingerne i Fondens krav i dette notat vurderes uafhængigt af den manglende dokumentation.
19. Fondens opgørelse af sine krav på tidsfristforlængelse er i det væsentligste udokumenteret. Vurderingen af om Fonden kan have krav på 1 eller 2 måneders tidsfristforlængelse er vanskelig at foretage og behæftet med usikkerhed. Visse hensyn kan lægges til grund. Det er af betydning, om et krav på tidsfristforlængelse er begrundet med forhold, der indtræffer i starten eller slutningen af byggeperioden. Indtræffer der forsinkende begivenheder i starten af byggeperioden, vil Fonden have længere tid og generelt bedre forudsætninger for at indhente en forsinkelse, end hvis forsinkelsen indtræffer i slutningen af byggeperioden. Herudover indgår det i vurderingen, om arbejderne, der forsinkes, kan antages at påvirke afleveringen. Arbejder, der kan udføres når som helst, og som ikke ligger på kritisk vej, vil typisk kunne udføres parallelt eller senere end planlagt, uden at dette påvirker den samlede aflevering.
20. Fonden har ikke dokumenteret, at Fonden formelt har reklameret over de forhold, som Fonden mener berettiger Fonden til tidsfristforlængelse. Det er fast antaget, at dette forhold ikke afskærer Fonden fra at få tidsfristforlængelse, såfremt Fonden kan bevise, at der forelå et fristforlængelsesbegrundende forhold. Der er således en tendens til at lade realiteterne få forrang fremfor det formelle.
21. Da Fonden hverken har specificeret eller dokumenteret sine ekstrakrav i tid og beløb vurderes det, at disse krav vil skulle vurderes af en skønsmand med teknisk baggrund, hvorfor en vurdering af Fondens opgørelse af ekstrakrav ikke er indeholdt i dette notat. Det bemærkes dog, at så-

fremt Fonden under en voldgiftssag ikke dokumentere sine ekstrakrav tilstrækkeligt, vil disse skønsmæssigt blive nedsat.

22. I det følgende gennemgås Fondens ekstrakrav samt krav på tidsfristforlængelse.

5.2 Tidsfristforlængelse - godkendelsesfase af projektmateriale

23. Fonden har fremsat krav på 3 måneders tidsfristforlængelse som følge af, at udbudstidsplanen ikke indeholdt en godkendelsesfase.

24. Fonden anfører, at det er en mangel ved udbudstidsplanen, at denne ikke indeholdt en godkendelsesfase vedr. projektmaterialet, og at Holbæk Kommune bærer ansvaret og risikoen herfor. Fonden gør ved brev af 21. juni 2019 fra Fondens advokat til Holbæk Kommune gældende, at forholdet har medført en forsinkelse.

25. Holbæk Kommune har anført, at udbudstidsplanen er en overordnet tidsplan, og at godkendelse af projektmaterialet må indregnes af Fonden som en ydelse omfattet af punkterne "tilpasning af projekt/brugerinddragelse til dispositionsforslag" samt "projektering" jf. brev af 4. oktober 2019 fra Holbæk Kommune til Fonden.

26. Det fremgår af udbuddet, forretningsorden for samarbejde, punkt 4.2, "Projekteringsfasen", at:

"Holbæk Kommune skal have dispositionsforslag og projektforslag til gennemsyn, kommentering og godkendelse.

Holbæk Kommune skal desuden have forprojektet (myndighedsprojektet) til gennemsyn og kommentering i god tid, inden dette indleveres til myndighederne.

Desuden skal Holbæk Kommune modtage hovedprojekt til gennemsyn og kommentering.

I detailtidsplanen skal indarbejdes perioder på minimum 3 uger for Holbæk Kommunes kommentering af hhv. OPP-leverandørens dispositionsforslag, projektforslag, forprojekt (myndighedsprojekt) og hovedprojekt, ligesom den nedenfor beskrevne brugerinddragelse skal kunne rummes i detailtidsplanen." (understreges her)

27. Det fremgår således, at Fonden i detailtidsplanen skal indarbejde perioder på minimum 3 uger for kommunens kommentering. Det fremgår ikke, at godkendelse af projektmateriale er en post, der af Fonden kan forventes særligt udskilt fra de øvrige poster i udbudstidsplanen. Herudover kan godkendelsesfasen naturligt rummes i posten projektering i udbudstidsplanen.

28. Herudfra vurderes det, at Fonden ikke kan forvente yderligere tid til granskning og godkendelse af projektet. Men modsat må det derfor forudsættes, at projektet kan anvendes af entreprenøren uden at denne skulle forvente at afsætte tid til ændringer og granskning.

29. Fonden har i sine tidsplaner af henholdsvis 12. juli 2018 og 27. august 2018 fastholdt, at ville foretage aflevering ved den i OPP-kontrakten anførte afleveringstermin. Fonden fastholdt kontraktmæssig aflevering frem til oktober måned 2018. Frem til december 2018 har Fonden fastholdt at ibrugtagning af hele sportsbyen inkl. udearealer og sundhedscenteret kun var forsinket 1 måned, jf. brev af 4. oktober fra Tanja Rønne til Fonden.

30. Det skal her fremhæves at praksis i TBB 2019.48, viser, at entreprenøren ikke er berettiget til tidsfristforlængelse for perioden, hvor entreprenøren fastholdte, at kunne foretage aflevering ved kontraktmæssig afleveringstermin.

31. På den baggrund vurderes det, at Fonden ikke isoleret og efterfølgende er berettiget til tidsfristforlængelse som følge af, at godkendelsesfasen ikke fremgik særskilt i udbudstidsplanen. (Et krav om mere tid skulle være rejst på det tidspunkt, hvor der måtte være konstateret fejl i projektet).

5.3 Ekstrakrav - omprojektering af sundhedscenter

32. Fonden har fremsat krav om betaling for ekstraarbejder forbundet med omprojekteringen af sundhedscenteret som følge af manglende dagslys i træningssalene.
33. Fondens ekstrakrav fremgår af opgørelsen af den samlede entreprisesum, som er udarbejdet af Fonden og fremsendt til Holbæk Kommune i mail af 21. juni 2019. Det fremgår heraf, at Fonden har opgjort et krav på kr. 3.040.000, ekskl. moms, samt krav som følge af disponering af sundhedscenteret på kr. 2.060.000, ekskl. moms som følge af udvidelsen af sundhedscenteret med 160 m². Herudover har Fonden i mail af 1. juli 2019 til Tanja Rønne anført, at: *"Berettigede ekstrakrav fra Kullegaard A/S vil være at betragte som berettigede ekstrakrav hvad angår Holbæk Kommune."*, hvorefter Fonden opgør et krav på kr. 780.468, ekskl. moms, for projektændringer for sundhedscenteret.
34. Kullegaard A/S anfører, at: *"Omkostningerne til de 2 re-projekteringer beløber sig til kr. 1.668.753, heraf er 888.285 faktureret og betalt i starten af 2018."*
35. Fonden og Kullegaard A/S har således ikke opgjort beløbene efter hvilken omprojektering/ændring som beløbene knytter sig til. Det lægges herefter til grund, at Fondens krav som følge af omprojektering af sundhedscenteret samlet kan opgøres til kr. 5.880.468, ekskl. moms, om end kun en del af dette beløb forventes at vedrøre omprojekteringen af sundhedscenteret som følge af manglende dagslys i træningssalene.
36. Til støtte for sit krav anfører Fonden, at der i efteråret 2016 var drøftelser om udbudsmaterialet med hensyn til mængden af dagslys i træningscenteret. Videre at der først i maj 2017 forelå en for Holbæk Kommune endelig godkendelse med hensyn til Holbæk Kommunes ønske til ændringer.
37. Det fremgår af udbuddet, tekniske krav og forudsætninger, s. 9, at: *"Alle rum med faste arbejdspladser skal have en sådan tilgang af dagslys, at rummene er velbelyste."* Det er ikke i kontraktmaterialet beskrevet, at træningssalene skal have faste arbejdspladser og dermed dagslys. Det fremgår af notat "Forhandlingsrum vedr. Holbæk Sportsby", at oplysningen vedrørende arbejdspladser i træningssalene er fremkommet under Fondens brugerdialog.
38. Det vurderes således, at udbudsmaterialet på dette punkt er uklart. Det er fast antaget i litteraturen og praksis, at retsvirkningen af mangler eller uklarheder i udbudsmaterialet er, at ydelsen ikke anses som indeholdt i kontrakten. Ydelsen må udføres som ekstraarbejde med dertilhørende betaling og tidsfristforlængelse.
39. Vilkår i udbuddet, funktionsbaserede krav, punkt 1.2.1, hvorefter, at Fonden skal levere en samlet løsning, der opfylder de stillede krav og ønsker i en fuld funktionsdygtig bygning fjerner ikke bygherres ansvar for uklarheder i projektmaterialet vedr. funktionskravene.
40. Henset til ovenstående vurderes det, at Fonden med stor sandsynlighed har et berettiget krav som følge af ekstraarbejder forbundet med omprojekteringen af sundhedscenteret. Ud fra Fondens krav som nævnt i afsnit 32, antages Fondens krav at være i omegnen af kr. 3.000.000, ekskl. moms.

5.4 Tidsfristforlængelse - dagslys i træningscenteret

41. Fonden har opgjort et krav på 2 måneders tidsfristforlængelse som følge af ovennævnte omprojektering af sundhedscenteret.
42. Fonden anfører, at der på mødet mellem parterne afholdt den 20 juni 2018 var enighed om et grundlag for tidsfristforlængelse på 2 måneder, jf. brev af 21. juni 2019 fra Lars Høj Andersson til Tanja Rønne, s. 2.
43. Holbæk Kommune bestrider dette i et brev af 4. oktober 2019 til Fonden.

44. Ud fra ovenstående vurdering i afsnit 5.3, hvorefter det vurderes, at udbudsmaterialet er uklart, og at Holbæk Kommune bærer ansvar og risiko herfor, må det lægges til grund, at Fonden tillige har krav på tidsfristforlængelse, da omprojekteringen skyldes Holbæk Kommunes forhold.

45. Det vurderes dog, at Fonden som følge af sin fastholdelse af kontraktmæssigt afleveringstidspunkt som nævnt ovenfor er afskåret fra at rette krav om tidsfristforlængelse.

5.5 Tidsfristforlængelse - omplacering af sundhedscenter

46. Fonden har krævet en ikke opgjort tidsfristforlængelse som følge af projektændringer i øvrigt, herunder ønsket om at placere sundhedscenteret i en tilbygning.

47. Holbæk Kommune anfører, at omplaceringen af sundhedscenteret blev foranlediget af Fondens eget forslag herom. Det fremgår af brev fra kommunen til Fonden af 13. marts 2018, at: *"På mødet tilkendegav Fonden, at en omplacering vil være tids- og omkostningsneutralt for Holbæk Kommune."* Videre, at: *"Herudover er det en forudsætning for, at Holbæk Kommune kan godkende, at der arbejdes videre med en omplacering af sundhedscenteret, at Fondens forslag, som anført af Fonden, er tids- og omkostningsneutralt for Holbæk Kommune som bestiller."*

48. Forslaget blev godkendt af Holbæk Kommune på betingelse af, at omplaceringen var tids- og omkostningsneutral for kommunen. Brevet blev drøftet mellem parterne på styregruppemøde den 21. marts 2018. Det fremgår af referatet fra mødet, at:

"Holbæk Kommune har sendt en skrivelse til Fonden den 13. marts 2018 vedr. omplacering af sundhedscenteret. Fonden har imidlertid brug for, at kommunen præciserer, at spørgsmålet om omplaceringen ikke har noget at gøre med tvisten ift. ekstrakrav vedr. omprojektering af sundhedscenteret at gøre. Dvs. en omplacering af sundhedscenteret betyder ikke, at Fonden frafalder deres ekstrakrav. Holbæk Kommune lovede derfor i forlængelse af mødet at fremsende en mail til Fonden, hvor dette bekræftes."

49. Fonden rejste ikke indsigelse mod det af kommunen anførte, hvorefter omplaceringen af sundhedscenteret skulle ske tids- og omkostningsneutralt.

50. Det fremgår af mail af 21. marts 2018 fra Holbæk Kommune til Fonden, at: *"Kommunen kan desuden bekræfte, at forudsat, at den nye omplacering af sundhedscenteret er tids- og omkostningsneutralt for kommunen skal dette ikke politisk godkendes, som først angivet af kommunen i brev af 13. marts 2018."*

51. Proceduren for ændringer som har konsekvenser for det aftalte ibrugtagningstidspunkt, herunder indgåelse af skriftlig aftale, fremgår af OPP-kontrakten, punkt 30.8. Omplaceringen af sundhedscenteret til en tilbygning har ikke medført en ny skriftlig aftale med et nyt ibrugtagningstidspunkt.

52. Det vurderes på dette grundlag, at Fonden ikke vil have krav på tidsfristforlængelse som følge af omplaceringen af sundhedscenteret. Ligeledes henvises til det ovenfor anførte vedr. Fondens fastholdelse af kontraktmæssigt afleveringstidspunkt frem til oktober 2018, hvorefter krav på tidsfristforlængelse er afskåret.

5.6 Tidsfristforlængelse - arealudvidelse

53. Fonden har rejst krav om 2 måneders tidsfristforlængelse som følge af arealudvidelsen af sundhedscenteret. Fonden bemærker, at arealet er blevet udvidet siden det oprindelige projekt.

54. Holbæk Kommune har anført, at kommunen ikke har bestilt en arealudvidelse, hvorfor Fonden ikke har krav på tidsfristforlængelse for dette forhold.

55. I udbuddet er fastsat en række funktionskrav til sundhedscentret, hvor om angives nogle forventede arealer i en skematisk oversigt. Det fremgår af udbuddet, funktionsbaserede krav, punkt 1.2.2, at: *"[...] arealangivelserne er et udtryk for et forventet arealforbrug og hvor ønsket er, at tilbudsgiverne skal levere en optimeret arealanvendelse af disse faciliteter."* (understreget her).

56. Overordnet bemærkes, at Fonden skal levere en samlet løsning ud fra funktionskravene. Fonden bærer således risikoen for, at funktionskravene er iagttaget. Ændringer til projektet som skyldes at Fonden ikke har iagttaget funktionskravene, må Fonden bære risikoen for.
57. Det vurderes på dette grundlag, at Fonden ikke er berettiget til tidsfristforlængelse vedr. arealudvidelsen. Ligeledes henvises til Fondens fastholdelse af kontraktmæssigt afleveringstidspunkt frem til oktober 2018, hvorefter kravet på tidsfristforlængelse er afskåret.
- 5.7 **Tidsfristforlængelse - valg af materialer og farver på overflader**
58. Fonden har fremsat krav om 2 måneders tidsfristforlængelse som følge af Holbæk Kommunes manglende stillingtagen til valg af materialer og farver på overflader.
59. Fonden anfører, at Holbæk Kommune i udførelsesfasen på et meget sent tidspunkt var længe om at tage stilling til valg af materialer henholdsvis farver på overflader. Ligeledes at Holbæk Kommune løbende har haft ønsker til ændringer med hensyn til dette.
60. Kommunen indsatte i uge 39 i 2018 en indretningsarkitekt. Det fremgår af mail af 28. november 2018 fra Klaus Rasmussen på vegne af Fonden til Holbæk Kommune, at ibrugtagning af sundhedscenteret kunne finde sted den 31. januar 2019.
61. Det fremgår af styregruppemøde den 17. december 2018, at parterne drøftede, at det eneste, der udestod i sundhedscentret, var troldektplader i personalerum samt det afsluttende malerarbejde vedrørende ændret farvevalg på overflader.
62. Det fremgår af mail af 18. december 2019 fra Holbæk Kommune til Fonden, at:
- "På baggrund af det samlede forløb omkring sundhedscenteret, kan kommunen godkende tidsplanen for sundhedscentret med aflevering 31. januar 2019, således at Fonden meddeles tidsfristforlængelse på 1 måned for sundhedscentret."
63. Videre fremgår det, at:
- "Parterne har haft en drøftelse af, at sundhedscentret ikke kan tages i brug før der er blevet monteret troldektplader. Da det nu er kommet frem, at der kun udestår troldektplader på vægge i personalerummet, har kommunen været i dialog med myndighed om muligheden for at opnå en midlertidig ibrugtagningstilladelse, selvom troldektpladerne mangler. Myndighed har tilkendegivet, at de manglende troldektplader ikke er til hinder for at give en midlertidig ibrugtagningstilladelse til sundhedscenteret. Kommunen ønsker derfor at gennemføre afleveringen af sundhedscentret den 31. januar 2019 uden troldektpladerne, således at troldektpladerne bliver behandlet som et udskudt arbejde, til eftermonteret hurtigst muligt efter leveringen. Tilsvarende ønsker kommunen at håndtere det sidste malerarbejde som udskudt arbejde, i det Fonden har oplyst, at grundmalingen af alle overflader vil være færdig inden den 1. februar 2019." (understreget her)
64. Det af kommunen anførte, hvorefter der gives tidsfristforlængelse alene for afleveringen af sundhedscentret er ikke i overensstemmelse med afleveringsterminerne i OPP-kontrakten, punkt 13.1 og punkt 14.1 vedr. udearealerne. I OPP-kontrakten er der således fastsat to dagbodsbelagte afleveringsterminer. Der kan alene meddeles tidsfristforlængelse på grundlag af disse terminer, medmindre parterne er enige om andet og indgår aftale herom. Det fremgår ikke, at Fonden har tiltrådt en aftale om udskudt aflevering. Såfremt Fonden og Holbæk Kommune havde indgået en aftale om tidsfristforlængelse alene for sundhedscentret skulle proceduren for ændring af OPP-kontrakten jf. punkt 4.5 være fulgt. Det fremgår ikke, at være tilfældet.
65. Det vurderes på dette grundlag og særligt henset til Holbæk Kommunes anerkendelse af et krav på tidsfristforlængelse, at Fonden er berettiget til 1 måneds tidsfristforlængelse for det samlede byggeri, fordi der ikke er indgået aftale om dagbodsbelagte del-terminer.

66. Som anført ovenfor kan Fondens krav på tidsfristforlængelse være afskåret som følge af fastholdelsen af kontraktmæssigt afleveringstidspunkt. Henset til begivenhedsforløbet og Holbæk Kommunes anerkendelse af tidsfristforlængelse - uanfægtet denne var knyttet til sundhedscenteret alene - vurderes det, at Fonden vil være berettiget til tidsfristforlængelse. Fondens fastholdelse af aflevering vil dog formentligt indgå i en skønsmæssig udmåling af tidsfristforlængelsen. Det vurderes, at Fonden er berettiget til tidsfristforlængelse frem til aflevering den 31. januar 2019 fsv. angår dagbod i det hele, og også fsv. angår krav om betaling for forlænget drift af byggeplads, dog kun svarende til den udskudte del af byggeriet.

5.8 Tidsfristforlængelse - forskydninger af entrepriser

67. Fonden har fremsat krav på 1,5 måneds tidsfristforlængelse som følge af forskydning af entrepriser.
68. Fonden anfører, at arbejder for et samlet beløb på ca. kr. 75.000.000 blev udskudt fra 2017 til 2018 efter Holbæk Kommunes ønske og efter aftale med Esben Milling. Fonden bemærker, at baggrunden herfor var, at Holbæk Kommune ønskede at flytte den likviditetsmæssige påvirkning fra 2017 til 2018.
69. Kommunen afviser det ovenfor anførte og bemærker, at der ingen oplysninger er, om at der skulle være indgået en sådan aftale.
70. I starten af 2017 blev det overvejet, om det var muligt, at udskyde arbejder og afleveringstidspunkt med 1 år. Kommunen fik denne mulighed vurderet af Bech Bruun som konkluderede, at det formentlig ville være i strid med udbudsreglerne at indgå en sådan aftale uden fornyet offentligt udbud, da det ville udgøre en ændring af de grundlæggende elementer i OPP-kontrakten.
71. På baggrund af denne vurdering blev der ikke indgået aftale om at udskyde arbejder eller afleveringstidspunkt.
72. Det vurderes, at Fonden ikke vil kunne dokumentere indgåelsen af en sådan aftale henset til det af Holbæk Kommune anførte. Herudover vurderes det, at Fonden er afskåret fra krav om tidsfristforlængelse som følge af fastholdelsen af kontraktmæssigt afleveringstidspunkt.
73. Fondens krav på tidsfristforlængelse er således uberettiget.

5.9 Tidsfristforlængelse - kunstprojektet

74. Fonden har fremsat krav om 2 måneders tidsfristforlængelse som følge af Holbæk Kommunes sene ændringsønsker til kunstprojektet.
75. Fonden anfører, at der meget sent i udførelsesfasen (november og december 2018) fremkom ændringsønsker til kunstprojektet, og at Holbæk Kommunes stillingtagen til kunstprojektet udestod i længere tid.
76. Inden kommunen indgik endelig kontrakt med kunstneren og Statens Kunstfond om kunstprojektets gennemførelse, sendte kommunen mail af 10. september 2018 til Fonden. I mailen blev alle arbejder forbundet med kunstprojektet oplistet, og det blev præciseret, at kommunen havde brug for en hurtig bekræftelse fra Fonden, da denne var nødvendig, inden kommunen kunne indgå kontrakt med kunstneren og Statens Kunstfond.
77. Den 14. september 2018 bekræftede Fonden ved mail fra Klaus Rasmussen, at Fonden ville påtage sig de nødvendige opgaver til gennemførelse af kunstprojektet. Den 17. og 24. september 2018 rykkede kommunen for bekræftelse på kunstbudgettet. Da kommunen ikke hørte mere fra Fonden, skrev kommunen til Fonden den 12. oktober 2018, at kommunen anså budgettet for kunstprojektet og kunstnerens projekttidsplan som godkendt af Fonden.
78. Henset til at Fonden ikke reagerede på kommunens mail med rykker for svar vurderes det, at Fonden ved passivitet har tiltrådt aftalen. Dette understøttes tilmed af, at Fonden ikke tidligere

har rejst krav som følge af kunstprojektet eller har fulgt processen i OPP-kontrakten vedr. gennemførelsen af ændringer.

79. Fonden har ikke tidligere fremsat indsigelser til hverken budget eller tidsplan og således ingen krav om tidsfristforlængelse. Bygherre kunne derfor lægge til grund at kunstudsmykning ikke var på kritisk vej.

5.10 Tidsfristforlængelse - flytning af jord

80. Fonden har fremsat krav om 1 måneds tidsfristforlængelse som følge af flytning af ekstraordinært meget jord.
81. Fonden anfører, at der som følge af forhold, som Fonden ikke bærer ansvaret eller risikoen for, var behov for at flytte yderligere 304.000 m³ jord.
82. Holbæk Kommune anfører, at OPP-kontraktens, punkt 15.3, udtømmende oplister de forhold, som kan berettige Fonden til tidsfristforlængelse.
83. Kontraktens punkt 12.1 regulerer Fondens krav i anledning af flytning af mere end 100.000 m³ jord. Kontraktens punkt 12.2 regulerer godtgørelse for alle andre forhold, end ekstra flytning af jord. Ifølge punkt 15.3, litra e., har Fonden krav på tidsfristforlængelse som følge af forhold, der er omfattet af punkt 12.2. Da punkt 12.2 specifikt handler om alle andre forhold, end omfattet af punkt 12.1 (dvs. flytning af ekstra jord), og da forhold omfattet af punkt 12.1 ikke er medtaget i den udtømmende opstilling i punkt 15.3, berettiger jordflytningen ikke Fonden til tidsfristforlængelse.
84. Det bemærkes herved at uforudset vanskelige jordbundsforhold ved udgravning kan give forsinkelse på kritisk vej, hvorved entreprenøren straks skal kræve tidsfristforlængelse. Parallelt og senere jordflytninger er næppe på kritisk vej. Da Fonden ikke har anført videre vedr. dette krav eller fremlagt dokumentation til støtte for kravet, vurderes det, at Fonden ikke er berettiget til tidsfristforlængelse. Det fremgår ikke, hvornår jordflytningen eller forholdet der nødvendiggjorde jordflytningen fandt sted.

5.11 Tidsfristforlængelse - omplacering af atletikstadion

85. Fonden har fremsat krav om 1,5 måneds tidsfristforlængelse som følge af flytning af jord, fordi atletikstadion blev omplaceret.
86. Fonden anfører, at der ved den nye placering af atletikstadion blev konstateret blød bund, hvilket medførte behov for flytning af jord. Fonden valgte pr. kulance at afholde udgiften hertil. Forholdet medførte, at den endelige belægning på løbebaner, som skulle have været udført i 2018, først kunne udføres i foråret 2019 af hensyn til de vejrmæssige forudsætninger, som belægningen skulle udføres under.
87. Det bemærkes, at Fonden ikke har anført videre begrundelse eller dokumentation for sit krav.
88. Det fremgår af mailkorrespondance mellem Fonden og kommunen af 23. oktober til 16. november 2017, at parterne har indgået en bindende aftale om, at Fonden skulle flytte atletikstadion tids- og omkostningsneutralt for kommunen.
89. Det vurderes ud fra eksistensen af denne aftale, at Fonden ikke er berettiget til tidsfristforlængelse som følge af flytning af atletikstadion.

5.12 Tidsfristforlængelse - udendørs tennisanlæg

90. Fonden har fremsat krav om 2 måneders tidsfristforlængelse som følge af udestående aftale mellem Holbæk Kommune og tennisklubben.

91. Fonden anfører, at det ultimo 2018 blev præciseret overfor Holbæk Kommune, at Fonden afventede en aftale mellem Holbæk Kommune og tennisklubben om det sociale udemiljø, samt at dette forsinkede færdiggørelsen af det udendørs tennisanlæg.
92. Holbæk Kommune bemærker, at der ingen fysisk eller arbejdsmæssig sammenhæng er mellem Fondens færdiggørelse af kontraktarbejderne vedrørende de udendørs tennisbaner og brugerdialogen med tennisklubben omkring eventuelt tilkøb af ekstraydelser angående det sociale udemiljø.
93. Det vurderes, at Fonden ikke har krav på tidsfristforlængelse. Dette er henset til, at brugerdialogen med tennisklubben omkring eventuelt tilkøb af ekstraydelser ikke ses at have en forbindelse med afleveringen af udearealerne som defineret i OPP-kontrakten, punkt 14.1.

5.13 Tidsfristforlængelse - indhegning

94. Fonden har fremsat et uspecificeret krav på tidsfristforlængelse som følge af uafklarede forhold med hensyn til indhegning.
95. Fonden anfører, at det ultimo 2018 blev påtalt overfor Holbæk Kommune, at der var uafklarede forhold med hensyn til indhegning af tennisanlæg, petanque og padeltennis. Det anføres, at den manglende afklaring fra Holbæk Kommunes side havde tidsmæssige konsekvenser. Disse tidsmæssige konsekvenser er dog ikke opgjort af Fonden.
96. Holbæk Kommune anfører, at der ikke har været uafklarede forhold om indhegning af padelbaner. Indhegningen til denne facilitet er en integreret del af banen, og har ikke være genstand for drøftelser.
97. Indhegning af petanquebanerne blev drøftet på styregruppemøde den 14. september 2018. Det fremgår af referatet, at:
- "Petanqueforeningen har ønsket en indhegning rundt om banerne. Enighed om, at indhegning er ekstrakrav, og at indhegningen skal kunne åbnes af hensyn til handicapadgang. Lone efterspurgte forudsætninger på tid og pris, så kommunen kan tage stilling til, om kommunen vil købe.
- Kommunen undersøger i dag fredag om størrelsen på petanquebanerne skal være 15*20 eller 16*21 meter, og Morten vender tilbage med opgørelse af ekstrakrav hvis kommunen fastholder, at størrelsen skal ændres, da der allerede er gjort klar til 15*20 meter."
98. Den 28. september 2018 vendte kommunen tilbage med svar angående størrelsen på banerne i en samlet opfølgningsmail på styregruppemødet. Følgende fremgår omkring petanque:
- "- Lone skulle oplyse om ønsket banestørrelse på petanquebaner, og Morten skulle oplyse om meromkostning hvis større banestørrelse blev fastholdt. Kommunen kan endeligt bekræfte, at området skal være 16x21 meter. En bane er 15 meter lang og der skal derudover være ½ meter fri i hver ende. Der er 5 baner med en bredde på hver 4 meter, og derudover skal der være ½ meter fri i hver side. Fonden bedes oplyse, om dette giver anledning til ekstrakrav. "
99. Det kan således lægges til grund, at banens størrelse var uændret, og ikke kan give anledning til krav.
100. Kommunen bestrider, at kommunens bestilling af hegn om petanque har forsinket arbejdet med anlæggelse af udearealerne som helhed eller anlæggelse af petanquebanerne konkret. Det fremgår ikke, at Fonden i forlængelse af ovenstående opgør et krav på tidsfristforlængelse. Dette ville under alle omstændigheder være begrænset til en periode med uklarhed fra 14. til 28. september.

101. Hegn om tennisbanerne har været drøftet i relation til farvevalg. Fonden havde bestilt gråt hegn, mens tennisklubben ønskede sort hegn. Den 15. oktober 2018 oplyste Fonden ved mail fra Pernille Henriksen, at ændring af farvevalg ville medføre en merpris på 145.000, ekskl. moms, og at det ville medføre krav på tidsfristforlængelse at ændre farven, da hegnet var sat i produktion.
102. Den 16. oktober 2018 oplyste Fonden telefonisk, at leverandøren skulle have besked om ændring af farvevalg senest samme dag kl. 12.00. Mailen blev efterfulgt af korrespondance og en række telefonsamtaler, og endte med, at Fonden den 16. oktober 2018 bekræftede, at de ville fortsætte med det grå hegn.
103. Da Fonden har bestilt det grå hegn uafhængigt af drøftelserne om tennisklubbens ønske om sort hegn, og da drøftelserne endte med, at der ikke skete ændring i bestillingen, vurderes det at Fonden ikke har krav på tidsfristforlængelse.
104. Ud fra ovenstående vurderes det, at Fonden ikke har et berettiget krav på tidsfristforlængelse som følge af uafklarede forhold vedr. indhegning.

5.14 Tidsfristforlængelse - busholdeplads

105. Fonden har fremsat krav om 2 måneders tidsfristforlængelse som følge af Holbæk Kommunes udestående afklaring vedr. udførelsen af busholdeplads.
106. Fonden anfører, at have ventet på endelig afklaring i en længere periode fra Holbæk Kommunes side med hensyn til udførelsen af busholdeplads, og at dette har haft betydning for udførelsen af forplads og adgangsforhold.
107. Ved mail af 28. september 2018 meddelte kommunen følgende til Fonden, som opfølgning på aftaler fra styregruppemøde den 14. september 2018:
- "Fonden skal vende tilbage med oplysninger om eventuelle ekstrakrav vedr. busholdeplads til Movia. Kommunen har endnu ikke modtaget oplysninger om ekstrakrav. Såfremt kommunen ikke har modtaget oplysninger om ekstrakrav inden udgangen af uge 40, forventer kommunen, at ændringerne er omkostnings- og tidsneutrale."
108. Fonden har først opgjort et krav på tidsfristforlængelse som følge af ekstraarbejderne med busholdepladsen i brev af 21. juni 2019 til Holbæk Kommune. Fonden har ikke redegjort for, hvordan udførelsen af busholdepladsen har påvirket tidsplanen for færdiggørelsen af udearealerne. Kommunen bestrider, at Fonden har krav på tidsfristforlængelse som følge af dette forhold.
109. Ud fra ovenstående må forholdene forudsættes afklaret på tidspunktet for kommunens mail den 28. september 2018, hvor der anmodes om opgørelse af eventuelle ekstrakrav. Fonden ville i så fald have 3 måneder til at udføre arbejder vedr. busholdepladsen. Det vurderes herefter som usandsynligt, at Fondens krav på tidsfristforlængelse er berettiget.

5.15 Tidsfristforlængelse - vejrlig

110. Fonden har fremsat krav om 1 måneds tidsfristforlængelse med hensyn til udearealer som følge af vejrlig.
111. Fonden anfører, at have påtalt, at anlæg og udearealer i væsentligt omfang har været påvirket af ekstreme nedbørsforhold i 2017 og ekstrem tørke i sommeren 2018. Fonden gør gældende, at forholdene vejrligsmæssigt var af en karakter så betingelserne for tidsfristforlængelse jf. OPP-kontrakten punkt 15.3, litra e, er opfyldt.
112. Det forudsættes, at Fonden henviser til OPP-kontrakten punkt 15.3, litra g, hvorefter vejrlig er omfattet og ikke litra e. Ifølge OPP-kontrakten, punkt 15.3, litra g, skal Fonden dokumentere det usædvanlige vejrlig ved målinger fra DMI's nærmeste målestation.

113. Fonden skal desuden dokumentere, at det usædvanlige vejrlig har forhindret eller forsinket arbejdet i forhold til den af Fonden ved tilbudsafgivelsen forudsatte, sædvanlige og rimelige tidsplan, og at dette ikke skyldes, at Fonden ikke har foretaget sædvanlige og fornødne foranstaltninger for at forhindre, at arbejderne påvirkes af vejrlig. Sådant dokumentation har Fonden ikke fremsendt.
114. Det vurderes som følge af Fondens fastholdelse af kontraktmæssigt afleveringstidspunkt, at kravet på tidsfristforlængelse er afskåret.
115. Det vurderes, at Fonden ikke er berettiget til tidsfristforlængelse som følge af vejrlig.
- 5.16 Ekstrakrav - indeksering**
116. Fonden har fremsat krav om indeksering af bygge- og anlægssummen for ejerlejlighed nr. 1B
117. Fonden gør gældende, at det ved et møde med Holbæk Kommune blev aftalt, at Fonden var berettiget til indeksering af enterprisesummen, og at en repræsentant fra Sparekassen Sjælland deltog ved mødet. Fonden har løbende fremsendt opgørelser over indeksberegninger.
118. Det fremgår af OPP-kontrakten, punkt 2, "Definitioner", o, p, q, s. 8, at:
- | | |
|-------------------------|--|
| ""Ejerlejlighed nr. 1A" | omfatter fodboldfaciliteter, atletikfaciliteter, tennisfaciliteter, sundhedshus mv. jf. Bilag 7 med tilhørende skitse. |
| "Ejerlejlighed nr. 1B" | omfatter svømmehal, multihal og ketcherhal, jf. Bilag / med tilhørende skitse. |
| "Ejerlejlighed nr. 2" | omfatter butikslokale i stueetagen samt fitnesslokale på 1. sal, jf. Bilag 7 med tilhørende skitse." |
119. Vedr. kontraktens bindende virkning fremgår af OPP-kontrakten, punkt 4, "Aftalevilkår", s. 10, at:
- "Aftalen indeholder de vilkår, som er gældende i retsforholdet mellem Holbæk Kommune og OPP-leverandøren. Aftalen sammenfatter udtømmende de vilkår, som Parterne har opnået enighed om. Der kan således ikke støttes ret på vilkår, der fremgår af de dokumenter, der er blevet udarbejdet i forbindelse med den forudgående udbudsprocedure, hvis sådanne vilkår ikke genfindes i Aftalen, medmindre Parterne udtrykkeligt er enige om, at dokumentet skal gælde forud for OPP-kontrakten." (punkt 4.1) (understreget her)
120. Videre fremgår det vedr. ændringer til aftalen, at:
- "Ændringer til Aftalen skal, for at være gyldige i forhold til Aftalens vilkår, udarbejdes i form af skriftlige allonger til Aftalen, som tydeligt angiver, på hvilke punkter fravigelser skal ske." (punkt 4.5)
121. Det fremgår af OPP-kontrakten, punkt 17, Bygge- og Anlægssummen, s. 24, at:
- "Bygge- og Anlægssummen for Ejerlejlighed nr. 1A og Udearealer er fast i 12 måneder fra tilbudsdagen og indeksreguleres herefter.
- Bygge og Anlægssummen for Ejerlejlighed nr. 1B er fast og indeksreguleres ikke." punkt 17.1 (understreget her)
122. Det fremgår af Rettelsesblad 4, s. 8, spørgsmål 21, at:
- "Der foretages alene indeksering af den del af Bygge- og anlægssummen, som finansieres af Holbæk Kommune i Byggefaseen.
- Det indebærer, at Bygge- og anlægssummen for Ejerlejlighed nr. 1B er fast."

123. Det må ud fra ovenstående citerede lægges til grund, at det fremgår meget tydeligt, at bygge- og anlægssummen for ejerlejlighed nr. 1B er fast.
124. Fonden har ikke dokumenteret, at der skulle være indgået en aftale om indeksering ud over det i kontrakten anførte.
125. Det vurderes herefter, at Fondens krav på indeksering ud over det i kontrakten regulerede er uberettiget.

5.17 **Ekstrakrav - padeltennisbaner**

126. Fonden har etableret to ekstra padelbaner. Fondens omkostninger hertil udgør ca. kr. 1.000.000, ekskl. moms. Der er ikke indgået nogen skriftlig eller mundtlig aftale mellem parterne om betaling for eller ejerskabet til banerne, og der eksisterer ingen korrespondance vedr. forholdet. Holbæk Kommune har oplyst, at padelbanerne ikke er blevet bestilt.
127. Holbæk Kommune har været vidende om opstillingen af padelbanerne, og kommunen har ikke reageret over for Fonden eller stoppet arbejdet. Kommunen har opnået en værditilførsel på ca. kr. 1.000.000.
128. Det vurderes, at der ikke er indgået aftale om levering af de to padelbaner. Holbæk Kommune vil dog ved en voldgiftssag sandsynligvis skulle betale Fondens kostpris ved anlæggelsen af padelbanerne ud fra rimeligheds- og berigelsesbetragtninger.

5.18 **Dagbodskrav**

5.18.1 Generelt

129. Uanfægtet at AB92 eller ABT93 ikke er vedtaget mellem parterne finder flere af principperne heri anvendelse, da disse er udtryk for almindelige entrepriseretlige principper. Principperne for varsel og opkrævning af dagbod indgår således i den følgende vurdering.
130. Som det fremgår af § 25 indeholder AB 92 ikke en udtrykkelig pligt for bygherren til at reklamere, når bygherre vil påberåbe sig en entreprenørs forsinkelse og dermed kræve dagbod. Bygherren er dog forpligtet til at varsele, når bygherre mener, at der er risiko for, at der opstår en forsinkelse.
131. Kravet til bygherrens varsel og reklamation udspringer af parternes generelle loyalitetsforpligtelse. Bygherres varsel eller reklamation skal give entreprenøren mulighed for at rette for sig, og dermed forcere idet tilfælde, at entreprenøren er enig i, at denne befinder sig i en forsinkelse, eller give entreprenøren mulighed for at anmode om tidsfristforlængelse idet tilfælde, at entreprenøren ikke mener, at denne befinder sig i en forsinkelse.
132. Det er ikke en gyldighedsbetingelse, at reklamation eller varsel sker skriftligt.
133. I entrepriseretlig praksis er der udviklet meget strenge krav til bygherrens reklamation, således at der indledningsvis skal afgives en specifik reklamation, når bygherre bliver klar over, at entreprenøren vil blive forsinket. Denne reklamation skal følges op med en opfølgende reklamation senest på det tidspunkt, hvor den dagbodsudløsende forsinkelse indtræder.

5.18.2 Kommunens dagbodskrav

134. Holbæk Kommune har i brev af 4. oktober 2019 opgjort sit samlede dagbodskrav til kr. 9.933.000.
135. Forsinkelsen for udearealerne er opgjort til 91 arbejdsdage med en dagbod pr. arbejdsdag på kr. 15.000, således i alt kr. 1.365.000. Forsinkelsen for sportsbyen er opgjort til 103 arbejdsdage med en bod pr. arbejdsdag på kr. 85.000, således i alt kr. 8.755.000.

136. Holbæk Kommune har siden udarbejdelsen af COWI's rapport pr. 19 juni 2018 været bekendt med, at *"det ikke [er] sandsynliggjort at Ibrugtagningen d. 31. december 2018 kan overholdes af Fonden."* Fonden modtog tillige COWI's rapport af 19. juni 2018, og kommenterede denne ved brev af 3. juli 2018, hvor af det fremgår, at:
- "Fonden Holbæk Sportsby vil til Holbæk Kommune fremsende skrivelse om forsinkelser med udgangspunkt i forsinkelser som er forskyldt af Holbæk kommune, fremsendes senest d. 12. juli 2018".
137. Da Fonden den 3. juli 2018 kommenterede rapporten fra COWI, gjorde Fonden opmærksom på, at Fonden ville fremsende et brev med *"udgangspunkt i forsinkelser som er forskyldt af Holbæk kommune"*. Det vurderes, at dette kan tolkes som, at Fonden mener, at denne er berettiget til tidsfristforlængelse, uden at dette er konkretiseret yderligere. Modsat fastholder Fonden i de efterfølgende to tidsplaner af henholdsvis 12. juli 2018 og 27. august 2018 sin afleveringstermin. Det vurderes på dette grundlag, at Holbæk Kommune ikke er forpligtet til at reagere specifikt på Fondens kommentarer i brev af 3. juli 2018.
138. I perioden fra den 11. oktober 2018 til den 24. oktober 2018 blev der afholdt tre styregruppemøder.
139. På mødet den 11. oktober 2018 oplyste Erik Kjærgaard Andersen fra Holbæk Kommune følgende:
- "[...] det vil blive et politisk valg om dagbod hvis afleveringen bliver senere end 1. januar 2019. Vi kan først spørge dem når vi har en klar udmelding fra Fonden. Der er behov for en klar ud-melding om alle dele: svømmehal, sundhedscenter, øvrig sportsby, udearealer – eventuelt opdelt, hvis Fonden finder behov for dette. Det afgørende er en endelig og klar udmelding, der er realistisk og holdbar."
140. Det fremgår således, at Holbæk Kommune ved styregruppemøde den 11. oktober 2018, ikke forventer, at Holbæk Sportsby kan afleveres til tiden. Holbæk Kommunes bemærkning hvorefter at opkrævning af dagbod var en politisk beslutning, skaber usikkerhed om hvorvidt der ville blive opkrævet dagbod. Fonden vil herudfra kunne have en forventning om, at der ikke ville blive opkrævet dagbod for forsinkelsen. Det vurderes, at ovenstående således ikke har givet Fonden anledning til at rette for sig, og dette skaber usikkerhed om Holbæk Kommunes dagbodskrav.
141. På det efterfølgende styregruppe møde den 22. oktober 2018 forespurgte Mads Young Christensen fra Holbæk Kommune om Fonden:
- "[...] er seriøse omkring afleveringsdato 24. december. Morten fortalte, at det ifølge udbuddet skal afleveres den 31. december. Det blev påpeget, at arbejdstidsplanen er sat til den 24. december, mens den endelige aflevering er sat til 31. december. Kommunen ønsker en anden dato og påpegede at Fonden skal have ibrugtagningstilladelse før der kan afleveres og der er lukket i kommunen mellem jul og nytår."
142. Samtidig fremgår det af referatet fra den 22. oktober 2018, at : *"Ronnie åbnede op for, om Fonden ikke godt kunne bruge en måned ekstra til gennemgang, og det bekræftede Fonden. De vil bare rigtig gerne kunne holde kontrakten."*
143. Det vurderes, at Holbæk Kommune med disse bemærkninger skaber usikkerhed om hvorvidt og hvornår, der vil blive opkrævet dagbod. Fonden gives ikke direkte anledning til at rette for sig ved forcering af arbejder.
144. Først i referatet af den 24. oktober 2018 varsles der dagbod over for Fonden som følge af Fondens forsinkelse, idet det fremgår, at:
- "Kommunen varsler dagbod fra 31. december 2018 til 22. februar i henhold til kontrakten (opgjort til 37 arbejdsdage af 85.000 kr., i alt 3,145 mio. kr.). Fonden bestred kommunens ret til at få dagbod, dels pga. ret til tidsfristforlængelse og dels fordi Fonden vil for-

søge at optimere tidsplanen og forcere arbejdet samt søge at opnå tidligere ibrugtagningstilladelse."

145. Holbæk Kommunes dagbodkrav fastholdes efterfølgende i flere mails, herunder i mail af 13. december 2018 (som dog ikke er gennemgået) og mail af 18. december 2018.
146. Første gang Holbæk Kommune varslede dagbod efter ibrugtagningsfristen den 31. december 2018 var overskredet, var den 16. januar 2019.
147. Det fremgår af generel praksis udtrykt ved afgørelsen TBB 2011.611, at Vestre Landsret udtalte, at en bygherre efter entrepriseretlig praksis først kan kræve dagbod fra det tidspunkt, hvor et konkret krav herom fremsættes, uanset at betingelserne for at fremsætte kravet er indtrådt tidligere, og der tidligere er taget forbehold herom.
148. Holbæk Kommune skulle således have foretaget en egentlig specificeret reklamation, hvori det oplyses, at der ville blive gjort brug af den aftalte dagbod. Varsel herom skulle ske på det tidspunkt, hvor kommunen kunne se, at Fonden ikke vil kunne foretage rettidig aflevering.
149. Ved en anden generel afgørelse af praksis i KfE 2010.235 blev bygherren ikke tilkendt dagbod, med henvisning til, at bygherren ikke havde givet meddelelse om, at der fra nu af (forsinkelsens indtræden) påløb dagbøder, selvom bygherre tidligere havde varslet et eventuelt krav på dagbod ved forsinkelse.
150. Det vurderes på dette grundlag, at Holbæk Kommunes dagbodskrav tidligst vil løbe fra torsdag den 17. januar 2019.
151. Herudover kan det ikke afvises, at der som følge af indholdet i styregruppemødereferaterne vil ske en skønsmæssig reduktion af Holbæk Kommunes dagbodskrav.
152. I forhold til udearealerne vurderes den samlede forsinkelse fra den 17. januar 2019 til den 13. maj 2019 at udgøre 78 arbejdsdage. I forhold til sportsbyen vurderes den samlede forsinkelse fra den 17. januar 2019 til den 30. maj 2019 at udgøre 89 arbejdsdage.
153. Som redegjort for i afsnit 5.7 ovenfor vil Fonden formentlig være berettiget til tidsfristforlængelse. Denne vil skulle fratrækkes i kommunens dagbodskrav. Da opgørelsen af tidsfristforlængelsen er behæftet med usikkerhed, og da kommunens dagbodskrav tidligst løber fra den 17. januar 2019, og måske nærmere fra 31. januar, som redegjort for ovenfor, vurderes det, at kommunen formentlig kan have et berettiget dagbodskrav på skønsmæssigt mellem kr. 6.000.000 og kr. 8.000.000.

6 VURDERING AF KOMMUNENS FORLIG

6.1 Afgrænsning

154. Til brug for vurderingen af forliget er det nødvendigt at foretage en værdiansættelse af vilkårene. Den samlede værdiansættelse lægges til grund ved vurderingen af, om Fonden ved forliget stilles bedre end tilfældet ville være ved gennemførelse af voldgiftssag. Øvrige vilkår i forliget samt eventuelle risici forbundet hermed er ikke genstand for vurdering i dette notat.

6.2 Mangler

155. Ved parternes tiltrædelse af forliget som beskrevet i "Fortroligt udkast til resultat af forligshandlinger mellem Holdbæk Kommune og Fonden Holbæk Sportsby" af 10. marts 2020 forpligter Fonden sig til at udbedre mangler i henhold til opgørelsen bilagt forliget. Det vurderes, at udbedringen af mangler ikke kan eller bør værdiansættes ved vurderingen af forliget, da det forudsættes, at det aftalte ikke stiller Fonden bedre end udfaldet ved en voldgiftssag.

6.3 **Mangler ved svømmehallens gulve**

156. Det fremgår af forliget, at Fonden forpligter sig til at udbedre mangler ved gulve i svømmehallen. Som led i forliget frafalder kommunen sit krav om reduktion i enhedsbetalingen i forbindelse med lukning af svømmehallen i op til 3 uger i forbindelse med udbedringen af manglerne.
157. Vilkåret er en fravigelse af punkt 6 i betalingsmekanismen. Ifølge betalingsmekanismen har kommunen ret til nedslag på 10.000 kr. pr. bassin og 2.500 kr. pr. omklædningsrum pr. dag.
158. Holbæk Kommune ville således have et berettiget krav på ca. kr. 1.000.000 i bod for lukningen.

6.4 **Kommunens dagbodskrav**

159. Ved kommunens tiltrædelse af forliget opgiver kommunen et muligt berettiget dagbodskrav på ca. kr. 6.000.000 til 8.000.000. Denne værdiansættelse er foretaget skønsmæssigt ud fra vurderingen af tidsfristforlængelse i afsnit 5.7, samt vurderingen af kommunens dagbodskrav i afsnit 5.18.

6.5 **Navnerettigheden til Holbæk Sportsby overdrages til Fonden.**

160. Som led i forliget overdrages navnerettigheden til "Holbæk Sportsby" til Fonden.
161. Det lægges til grund som oplyst af Holbæk Kommune, at navnerettigheden kan værdiansættes til kr. 50.000 for 2 år. Samtlige navnerettigheder tilbageføres automatisk til kommunen ved ophør af OPP-aftalen iflg. OPP-kontrakten, punkt 22.1, den 31. december 2040.
162. Holbæk Kommune afgiver således til Fonden en ydelse, der måske kan værdiansættes til kr. 500.000 ekskl. moms.

6.6 **Indtægter fra udlejning**

163. Ved parternes tiltrædelse af forliget vil fordelingen af udgifter og indtægter ved udlejning af overskudskapacitet i faciliteter omfattet af OPP-aftalen skulle justeres, således at brutto lejeindtægterne deles med 50 % til Fonden og 50 % til kommunen. Fondens bruttoindtægt fra udlejning kan dog aldrig overstige kr. 2.000.000 ekskl. moms årligt.
164. Det fremgår af OPP-kontrakten, at Fonden skal stå for administrationen af udlejning af overskudskapacitet, og at alle indtægter tilfalder kommunen, og alle meromkostninger ved driften af sportsbyen skal afholdes af Fonden. Konstruktionen er uhensigtsmæssig, idet den ikke giver Fonden incitament til at udleje overskudskapacitet.
165. Ved indgåelse af forliget vil Fonden opnå en del af indtægterne, og dermed have incitament til at sørge for maksimal udnyttelse, hvilket også forventes at gavne kommunen, da overskudskapaciteten ellers ikke ville blive udlejet i nævneværdigt omfang.
166. Det er internt i kommunen blevet vurderet, at der kan være grundlag for lejeindtægter for op til kr. 1.700.000 årligt. Brugen skal dog først og fremmest ske gratis til foreninger, skoler osv., hvorfor vurderingen er behæftet med nogen usikkerhed.
167. Henset til, at aftalen om udlejning er ligeligt til gavn for både Fonden og kommunen værdiansættes denne til kr. 0.
168. Indtægterne fra udlejning af padletennisbanerne tilfalder Fonden 100%. Værdien heraf er ikke opgjort, da det er usikkert om og i hvilket omfang, der vil være overskudskapacitet til udlejning på kommercielle vilkår.
169. Til brug for nærværende vurdering værdiansættes dette vilkår ikke.

6.7 **Ekstrakrav**

170. Som led i forliget betaler kommunen et uspecifiseret ekstrakrav udover den kontraktmæssige bygge- og anlægssum på kr. 5.000.000. Fonden frafalder alle andre ekstrakrav fra projekterings- og anlægsfasen, som kommunen ikke allerede har betalt eller i øvrigt entydigt godkendt forud for forliget.
171. Fonden frafalder samtidig kravet om betaling for indeksering af den leasingfinansierede del af bygge- og anlægssummen.

6.8 **Servicebygning atletik**

172. Ved tiltrædelse til forliget skal Fonden sørge for etablering af en servicebygning til atletik/racerunners uden omkostning for kommunen. Fonden er maksimalt forpligtet til at levere ydelser for kr. 1.700.000 til opfyldelse af denne forpligtelse. Fonden er ansvarlig for, at budgettet kan overholdes.
173. Kommunen modtager således en værditilførsel på kr. 1.700.000.

6.9 **Servicebygning fodbold**

174. Ved tiltrædelse til forliget skal Fonden sørge for etablering af en servicebygning nord/øst for hovedbygningen i forbindelse med fodboldbanerne uden omkostning for kommunen. Fondens samlede forpligtelse i projekterings- og anlægsfasen kan dog ikke overstige kr. 1.500.000, ekskl. moms.
175. Kommunen modtager således en værditilførsel på kr. 1.500.000.

6.10 **Tribuner**

176. Som led i forliget skal Fonden sørge for at udstyre Holbæk Sportsby med mobile tribuner i multihallen senest den 31. august 2020. Der skal være mindst 540 siddepladser med mulighed for at opstille yderligere 1000 siddepladser ved større arrangementer.
177. Det lægges til grund, at Fonden er forpligtet til at levere tribunerne som led i kontrakten, og at det derfor er udbedring af en mangel, og ikke en merydelse.

6.11 **Ekstra ydelser**

6.11.1 Engangsbeløb

178. Som led i forliget skal Fonden sørge for at tilføre værdier til Holbæk Sportsby for yderligere kr. 2.000.000, ekskl. moms, som ligger udover de allerede aftalte ydelser. Midlerne skal anvendes i samråd med Kommunen.
179. Kommunen modtager således en værditilførsel på kr. 2.000.000.

6.11.2 Øvrige ydelser

180. Som led i forliget skal Fonden sørge for at levere asfaltering af hovedsti, tribuner til center court (udendørs tennis) samt diverse øvrige oplystede ydelser vedr. atletikstadion snarest muligt og senest den 31. august 2020. De nævnte ydelser udføres inden for et samlet anlægsbudget på kr. 1.500.000, der afholdes af Fonden.
181. Kommunen modtager således en værditilførsel på kr. 1.500.000.

6.11.3 Ekstra ydelser – løbende

182. Som led i forliget er Fonden forpligtet til at sørge for, at der bliver tilført en årlig sum på mindst 500.000 kr. til udvikling/drift af Holbæk Sportsby i en periode på minimum 7 år.
183. Kommunen modtager således en værditilførsel på kr. 3.500.000.

6.12 Samlet afvejning/vurdering

184. Det vurderes, at Fonden har et berettigede ekstrakrav på ca. 3.000.000 vedr. omprojekteringen af sundhedscenteret og på ca. kr. 1.000.000 vedr. padeltennisbanerne. Fonden har i nærværende sag rejst ekstrakrav for kr. 22.000.000 til kr. 35.000.000. Det kan således ikke udelukkes, at der eksisterer flere berettigede ekstrakrav end behandlet i nærværende notat.
185. Kommunens "udgift" forbundet med forliget består af betaling af disse ekstrakrav, frafald af dagbodskravet og bod ved udbedring af mangler ved svømmehallen. Samlet kan dette beløb opgøres til ca. kr. 12.000.000 til kr. 14.000.000.
186. Ved tiltrædelse af forliget opnår kommunen muligvis en værditilførsel på ca. kr. 10.200.000, ved de aftalte tillægsydelser m.v., som dog ikke har været genstand for nærmere efterprøvelse.
187. Det vurderes, at Fonden ikke stilles bedre ved dette forlig end tilfældet ville være ved gennemførelse af voldgiftssagen. Dette er henset til, at kommunens berettigede dagbodskrav og bod forbundet med lukningen af svømmehallen, dvs. kr. 7.000.000 til kr. 9.000.000, opfyldes ved Fondens ydelse af merværdier til kommunen for ca. kr. 10.200.000.
188. Kommunens betaling af ekstrakrav med kr. 5.000.000 rykker ikke herpå, henset til at kommunen som minimum vurderes ved voldgiftssag at skulle betale kr. 4.000.000 for ekstraarbejder.
189. Det må herudfra vurderes, at forliget ligger inden for Kommunens forhandlingsramme.
190. Samlet vurderes det således, at forliget ikke stiller Fonden bedre end tilfældet ville være ved gennemførelse af en voldgiftssag.

København, den 12. marts 2020
Frants Dalgaard-Knudsen

Sacha Beer Stephansen
Advokatfuldmægtig

BILAG 1

- Mail af 21. juni 2019 fra Helle Hahn-Petersen til Tanja Rønne vedr. entreprenør Morten C. Henriksen A/S med vedhæftninger:

Opgørelse af samlet entreprisenum for Fonden Holbæk Sportsby

Henvendelse til Holbæk Kommune fra Bonnesen Advokater af 21. juni 2019

- Mail af 27. juni 2019 fra Helle Hahn-Petersen til Tanja Rønne vedr. OPP-kontrakt med vedhæftninger:

Mail af 26. juni 2019 fra Jacob Christiansen til Jimmy Juel Irmak vedr. HSB spørgsmål

Indeksregulering HBK til advokat af 26. juni 2019

Indeksregulering OPP til advokat af 26. juni 2019

Mail af 30. juni 2016 fra Frederik Østergaard til Klaus Rasmussen vedr. udkast til OPP-kontrakt

- Mail af 1. juli 2019 fra Hanne Hahn-Petersen til Tanja Rønne vedr. opgørelse af krav i forbindelse med Holbæk Sportsby med vedhæftninger:

Mail af 28. juni 2019 fra Morten C. Henriksen til Jimmy Irmak og Lars Høj Andersson vedr. krav mod HSB fra Kullegaard A/S med vedhæftninger:

Opgørelse af krav i forbindelse med Holbæk Sportsby fra Kullegaard A/S af 28. juni 2019

- Mail af 26. september 2019 fra Helle Hahn-Petersen til Tanja Rønne vedr. Flytning af atletikstadion med vedhæftninger:

Henvendelse til Holbæk Kommune fra Bonnesen Advokater af 26. september 2019

- Mail af 4. oktober 2019 fra Tanja Rønne til Helle Hahn-Petersen vedr. kommunens besvarelse af Fondens krav angående anlægsfasen af Holbæk Sportsby med vedhæftninger:

Kommunens besvarelse til Fondens advokat angående krav fra anlægsfasen af 4. oktober 2019

Bilag 1: COWIs notat angående tidsplan af 19. juni 2018

Bilag 2: Referat fra styregruppemøde med Fonden den 20. juni 2018 af 29. juni 2019

Bilag 3: Brev af 3. juli 2018 med Fondens bemærkninger til COWIs notat af 19. juni 2019

Bilag 4: Mail af 12. juli 2019 fra Klaus Rasmussen til kommunen vedr. COWIs notat

Bilag 5: Foreløbig arbejdstidsplan af 12. juli 2018

Bilag 6: Revideret arbejdstidsplan af 27. august 2018

Bilag 7: Referat fra styregruppemøde med Fonden den 14. september 2018 af 24. september 2018

Bilag 8: Mail af 24. september 2018 fra Tanja Rønne vedr. fremsendelse af referat fra styregruppemøde af 14. september 2018

Bilag 9: Mail af 1. oktober 2018 fra advokat Klaus Søborg Jørgensen til Holbæk kommune vedr. HSB - Sundhedscenteret

Bilag 10: Mail af 8. oktober 2018 fra Tanja Rønne til advokat Klaus Søborg Jørgensen vedr. sundhedscentret i Sportsbyen

Bilag 11: Referat fra styregruppemøde med Fonden den 11., 22. og 24. oktober 2018 (tidsplansmøder) af 14. november 2018

Bilag 12: Referat fra styregruppemøde med Fonden den 19. november 2018 - 22. november 2018

Bilag 13 del 1: Mail af 28. november 2018 fra Klaus Rasmussen til Holbæk Kommune, Tanja Rønne vedr. tidsplan, tidsfristforlængelse, ekstra arbejder og tvistepunkter med vedhæftninger:

Opdateret tidsplan vedrørende afleveringsproces, herunder mangelgen-nemgang af 26. november 2018

Opdateret tidsplan vedrørende ibrugtagningsproces af 26. november 2018

Opdateret zoneopdelt tidsplan inklusive udearealer og sundhedscenter af 27 november 2018

Bilag 13 del 2: Mail af 30. november 2018 fra Klaus Rasmussen til Holbæk Kommune vedr. opdaterede bilag med vedhæftninger:

Opdateret tidsplan vedrørende afleveringsproces, herunder mangelgen-nemgang af 26. november 2018

Opdateret tidsplan vedrørende ibrugtagningsproces af 26. november 2018

Bilag 14: Referat fra styregruppemøde mellem Holbæk Kommune og Fonden fra den 3. december 2018 til den 4. december 2018

Bilag 15: Mail af 18. december 2018 fra Tanja Rønne til Fonden vedr. referat af styregruppemøde og tidsfristforlængelse vedr. sundhedscenter

Bilag 16: Brev fra Holbæk Kommune til Fonden af 13. marts 2018

Bilag 17: Referat fra styregruppemøde med Fonden fra den 21. marts 2018 til den 4. april 2018

Bilag 18: Mail af 21. marts 2018 fra Lone Blok Rasmussen til Fonden vedr. omplacering af sundhedscenter

Bilag 19: Referat fra styregruppemøde mellem Holbæk Kommune og Fonden fra den 17. december 2018 til den 18. december 2018

Bilag 20: Mailkorrespondance af 12. oktober 2018 vedr. kunstprojekt i omklædningsrum

Bilag 21: Tidsplan for kunstprojekt af 2018

Bilag 22: Mailkorrespondance af 16. november 2017 mellem Fonden og Holbæk Kommune vedr. udgifter til ny placering af atletikstadion

Bilag 23: Mail af 28. september 2018 fra Tanja Rønne til Fonden (Opfølgning på styregruppemøde 14. september 2018)

Bilag 24: Mailkorrespondance af 16. oktober 2018 vedr. farvevalg til tennisklub-
bens hegn

Bilag 25: Mail af 18. september 2019 fra Tanja Rønne til Fonden vedr. besvarelse af økonomisk mellemværende fra anlægsfasen

Bilag 26: Mailkorrespondance af 1. oktober 2019 vedr. økonomisk opgørelse af Fondens og Kommunens krav mod hinanden for anlægsfasen med vedhæftninger:

Økonomiopgørelse af mangler i forbindelse med udearealer af 29. maj 2019

Samlet vurdering af tilbagehold i forbindelse med ejerlejlighed nr. 1 af 29. maj 2019

Samlet mangelliste fra driften - Udateret

Bilag 27: Rettelsesblad 4 fra kommunens udbud af OPP kontrakten af 14. marts 2016

Bilag 28: Udbudsbetingelser fra kommunens udbud af OPP kontrakten

- OPP kontrakt - Fremtidens idrætsbillede - Svømme-, idræts- og sundhedscenter som OPP fra Holbæk Kommune af 30. juni 2016, underskrevet
- Rapport fra Holbæk kommune vedr. værdiansættelse af navnerettigheder og reklamepladser i Holdbæk Sportsby af februar 2019
- Fortroligt udkast til resultat af forligsforhandlinger mellem Holdbæk Kommune og Fonden Holbæk Sportsby af 2. marts 2020
- Internt fortroligt notat omhandlende forhandlingsrum vedr. Holbæk Sportsby fra Holbæk Kommune
- OPP kontrakt, Bilag 2 - Betalingsmekanisme
- OPP kontrakt, Bilag A - Tekniske krav og forudsætninger
- Fortroligt udkast til resultat af forligsforhandlinger mellem Holdbæk Kommune og Fonden Holbæk Sportsby af 10. marts 2020
- Bilag H Hovedtidsplan
- Mail af 16. januar 2019 fra Tanja Rønne til Fonden med vedhæftning:

Referat fra styregruppemøde mellem Holbæk Kommune og Fonden 14. januar 2019

Mail af 29. maj 2019 fra Tanja Rønne til Fonden vedr. endelig opgørelse af dagbodkrav