

Genbrug af byggematerialer i udbuds- og entrepriseretlig kontekst

Dansk Forening for Udbudsret og Det Danske Selskab for Byggeret

29. januar 2020

v/Claus Berg, partner

Baggrund

CO₂-aftrykket i byggeriet

- FN's verdensmål - bæredygtighed
- Globalt: 40 % af samlet CO₂-udledning
- Heraf i DK: 2/3 i anlægsfasen og 1/3 i driftsfasen
 - Derfor forøget fokus på anlægsfasen
 - Byggematerialer (indvinding af råstoffer, transport og materialefremstilling)
 - Udførelsen (transport, byggeplads og maskinel)
- Stigning i offentlige og private tiltag: miljøvaredeklarationer (EPD), materialepas / IoT-teknologi, eventuel frivillig bæredygtighedsklasse i BR mv.)

Baggrund

Tematik og terminologi

- *Egnede byggematerialer?*
 - Asfalt/vejbælgning
 - Mursten
 - Tegl
 - Træ
 - Glas
 - Aluminium
 - Beton
 - Stål mv.

Tematik og terminologi (fortsat)

- *Affaldshierakiet/materialebanken:*
 - Genbrug: Anvendelse i samme form
 - eksempel: betonelementer flyttes fra deres oprindelige placering til et nyt projekt
 - Genanvendelse: Anvendelse som led i produktion af nye materialer
 - eksempel: betonelementer nedknuses og blandes som tilslag i beton til nyt betonelement
 - Nyttiggørelse: Anvendelse i anden form og til andet formål
 - eksempel: betonelementer nedknuses til bærelag i vej
 - Bortskaffelse: Destruktion eller deponering.
- *Primære eller sekundære bygningsdele?*
 - Bærende eller udendørs
 - Ikke-bærende og indendørs

Baggrund

Tematik og terminologi (fortsat)

- *Hvordan genbrug?*
 - Nybyggeri, renovering og/eller nedrivning
 - Aktuelt genbrug og/eller senere genbrug (design for disassembly)
- *Modenhed til genbrug?*
 - Hyldevarer (normal praksis og præcedens for langtidsvirkninger mv.)
 - Innovativ / eksperimentel brug af genbrugsmaterialer (uden evidens for langtidsvirkning)
 - BYG-ERFA / anden blåstempling?
 - Eksempler:
 - Knust beton som tilslag i ny betonblanding – hvor mange gange?
 - Genbrug af betonelementer eller stålprofiler som bærende konstruktionsdele

Udbudsretlig håndtering af genbrugsmaterialer

Fokus på udbudsloven:

- 1) Egnethed og udvælgelse
- 2) Tildelingskriterier
- 3) Kontraktvilkår
 - Tekniske specifikationer
 - Særlige kontraktvilkår
- 4) Udbudsformer mv.

Udbudsretlig håndtering af genbrugsmaterialer

Egnethed og udvælgelse

- Mindstekrav til egnethed
- Teknisk og faglig kapacitet (§§ 140 og 143 og 155-158)
- Krav til egnethed:
 - Referencer for udførelse med genbrugsmaterialer
 - Referencer for projektering med genbrugsmaterialer
 - CV'er for nøglepersoner med erfaring med genbrugsmaterialer
 - CV'er for nøglepersoner med erfaring i bæredygtighedsledelse, DGNB/LCA-kompetencer o. lign.
 - Miljøstyringsforanstaltninger (§ 155, nr. 8)
 - Miljøcertificering (§ 158)
 - Ikke generelle virksomhedskrav om genbrugsmaterialer / bæredygtighed o. lign.?
 - EUD, sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene
- Udvælgelse (§ 145)
- Objektive og ikke-diskriminerende kriterier
- Fx "mest relevante referencer for byggerier med samme eller tilsvarende krav om brug af genbrugsmaterialer"?

Udbudsretlig håndtering af genbrugsmaterialer

Tildelingskriterier (fortsat)

- Bedste forhold mellem pris og kvalitet
 - § 162, stk. 3: "miljømæssige karakteristika"
 - Se også § 163, stk. 2: "...for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår den specifikke proces med fremstilling ..."
 - "Mindre CO₂ for pengene" ("Mere miljø for pengene")?
 - Tildelingskriterier skal være gennemsigtige, ikke give ordregiver ubetinget valgfrihed, sikre mulighed for effektiv konkurrence og være kontrollerbare mv., jf. § 164
 - Se bl.a. EVN (sag C-448/01) præmis 50-51 om brug af vedvarende energikilder og KfU 5/5/2010, SKI ("miljømæssig kompetence")
 - Pas på sammenblanding med egnethedskrav og kontraktvilkår

Udbudsretlig håndtering af genbrugsmaterialer

- *Organisation og bemanning*
 - Redegørelse for forslag til projektspecifikt genbrugs-”set-up”
 - CV’er for nøglepersoner med erfaring med udførelse med genbrugsmaterialer, selektiv nedrivning mv.
 - CV’er på nøglepersoner med erfaring med projektering med genbrugsmaterialer, design for disassembly mv.
 - CV’er for nøglemedarbejdere med erfaring med LCA-vurderinger i designfasen mv.
- *Løsning*
 - Beskrivelse af, hvorledes selektiv nedrivning gennemføres på en måde, der bedst muligt sikrer genbrug (nedrivnings- og renoveringsentrepriser)
 - Beskrivelse af, hvorledes udvalgte byggematerialer senere kan genbruges (design for disassembly), evt. understøttet af EPD o. lign.
 - Beskrivelse af forslag til genbrugsmaterialer specifikt egnede til byggeriet (nybyggeri)
 - Flest mulige genbrugsmaterialer for alle/specifikke bygningsdele?
 - Arkitektonisk (æstetisk) håndtering af ”uens” genbrugsmaterialer, fx mursten, træ og tegl

Udbudsretlig håndtering af genbrugsmaterialer

Tildelingskriterier

- Pris
 - Merpris for genbrugsmaterialer?
 - Lavere pris, hvis entreprenøren selv kan aftage genanvendelige materialer i nedrivnings- eller renoveringsentreprise?
- Omkostninger
 - Eventuelt brug af livscyklusomkostninger (LCC)
 - Se særligt § 166, stk. 2 om: ”eksterne virkninger på miljø”, ”såfremt deres pengemæssige værdi kan bestemmes og verificeres”?
 - §§ 167-168: Forhåndsoplysning om beregningsmetode, objektivt verificerbar mv.

Udbudsretlig håndtering af genbrugsmaterialer

Kontraktvilkår

- Betydeligt råderum, også for miljøhensyn, herunder begrænsning af CO₂-udledning
- Se blandt andet UBL §§ 40-41 (tekniske specifikationer), § 46 (mærker) og § 176 (betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse)
- Generelle krav om objektivitet, ikke-diskrimination, gennemsigtighed, tilknytning til kontraktens genstand mv.
- Concordia (sag C-513/99): *"Generelt kan enhver forvaltning, der ønsker det, ved definitionen af de varer og tjenesteydelser den ønsker at anskaffe, vælge de produkter, der svarer til dens holdning til miljøbeskyttelse."*
- Se også Udbudsdirektivets præambel, bl.a. betragtning 47, 91 og 97
- Pas på forbuddet mod bestemte fabrikater mv. (§ 42)
 - KfU 20/9/2010, Herning Kommune: "lærketræ" – OK
 - EUD 10/5/2012, Kommissionen mod Nederlandene: "Fair Trade"-produkt - OK
 - Specifikke genbrugscentre o. lign.?



Udbudsretlig håndtering af genbrugsmaterialer

- Eksempler:
 - Krav om planlægning, bæredygtighedsledelse, projektering, certificering (DGNB o. lign.) mv. med sigte på genbrug / disassembly
 - Krav om genbrug / disassembly på alle / specifikke bygningsdele
 - Krav om mindst [X] % genbrug / disassembly
 - Evt. incitatmentsbestemmelser

Udbudsretlig håndtering af genbrugsmaterialer

Udbudsformer mv.

- Markedsdialog (UBL § 39): Særligt behov for forhåndsundersøgelser om modenhed til genbrug
- Innovationspartnerskab: Udvikling af "nye" genbrugsmaterialer mv.
- Udbud med forhandling / konkurrencepræget dialog
- Forøget risiko for forbehold
 - Genbrug uden langtidserfaringer
 - For strenge krav til selektiv nedrivning
 - Overveje risikodeling?
- Sideordnet udbud
 - Pris for sideordnet udbud, fx
 - Pris for fuld nedrivning (bortskaffelse) hhv. selektiv nedrivning
 - Pris for nye byggematerialer hhv. genbrugsmaterialer
 - Pris for renovering hhv. nedrivning / nybyggeri
- Delydelsesreglen: bygherrelevance af genbrugsmaterialer?

Entrepriseretlige aspekter af genbrugsmaterialer

Entreprenøransvar

- Er genbrugsmaterialer i sig selv mangelfulde?
 - ”Rigtig ydelse”
 - AB 18 § 12, stk. 1 / ABT 18 § 12, stk. 1: *”Materialer skal – for så vidt disses beskaffenhed ikke er anført – være af sædvanlig god kvalitet”*
 - Gængse genbrugsmaterialer: ≠ mangel?
 - Ikke-gængse genbrugsmaterialer
 - Udgangspunkt: mangel + afhjælpning
 - Modif.: E’s mulige bevisførelse for egnethed
 - ligeværdigt med nyt materiale
 - dog eventuelt afslag (E’s besparelse)?

Entrepriseretlige aspekter af genbrugsmaterialer

Entreprenøransvar (fortsat)

- Hvis genbrugsmaterialet er uegnet
 - *Foreskrevne genbrugsmaterialer*
 - Formålsuegnethed
 - Bestemte produkter,
 - Referenceprodukter,
 - Bestemte materialetyper som genbrugsmaterialer
 - Udgangspunkt: E ansvarsfri (AB 18 § 47, stk. 3, b) / ABT 18 § 45, stk. 3, b))
 - KfE 2000.175VBA (E frifundet for mangler ved genanvendelse af gamle naturskifersten)
 - Også ansvarsfrihed for E, selvom E foreslog det foreskrevne genbrugsmateriale
 - AB 18 § 19, stk. 2
 - Evt. som projektændring
 - Se også T:BB 2017.779 (MgO)
 - Fejlbehæftet
 - Udgangspunkt: E ansvarlig
 - Modif.: E havde ingen reel mulighed for at vælge egnet genbrugsprodukt?

Entrepriseretlige aspekter af genbrugsmaterialer

Entreprenøransvar (fortsat)

- *Hvis genbrugsmaterialet er uegnet (fortsat)*
- *Ikke-foreskrevne genbrugsmaterialer*
 - Udgangspunkt: E ansvarlig for formålsuegnet/fejlbehæftet (AB 18 § 47, stk. 2 / ABT 18 § 47, stk. 2)
 - Også selvom BH/R har godkendt E's forslag (se bl.a. T:BB 2012.679 – systemleverance)
 - Modif. 1: Force majeure-reglen i AB 18 § 47, stk. 2 a) / ABT 18 § 47, stk. 2 a): Uanvendelig ved genbrugsmaterialer?
 - Modif. 2: Udviklingsrisikoen / byggetidens viden
 - AB 18 § 47, stk. 3 a) / ABT 18 § 45, stk. 3 a)
 - Snæver katteløm efter seneste VBA-praksis (se bl.a. T:BB 2018.207):
 - "Gængs og anerkendt" = som genbrugsmateriale?
 - "Gennemprøvet" = som genbrugsmateriale?
 - Modif. 3: BH accept af E's oplysning om ikke-gennemprøvede genbrugsmaterialer, inklusive risici (AB 18 § 12, stk. 3 og § 17, stk. 4 / ABT § 12, stk. 3 og § 18, stk. 3) – se også T:BB 2009.7

Entrepriseretlige aspekter af genbrugsmaterialer

Entreprenøransvar (fortsat)

- *Lempelse af udførelsesansvaret?*
 - AB 18 § 47 / ABT 18 § 45: (objektiveret) ansvarsnorm
 - Særlige risici ved behandling af genbrugsmaterialer, herunder demontering (disassembly) og indbygning i nyt byggeri?
 - Se KfE 1989.41VBA (fugearbejde var særligt vanskeligt)
 - Næppe lempelse, men konkret vurdering også af projektets kvalitet kan ændre på dette?
- *Udfordringer med den 5-årige ansvarsperiode?*
- *Giver knaphed på genbrugsmaterialer E ret til tidsfristforlængelse?*
 - ABT 18 § 37: Ikke udtømmende (force majeure)?
 - I al fald ikke ved frit materialevalg
 - Se U.1925.371H: E frifundet for dagbods krav ved forsinkelser på særligt foreskrevne, håndstrøgne mursten (konkret begrundelse)

Entrepriseretlige aspekter af genbrugsmaterialer

Rådgiveransvar

- Culpanorm for god projekteringskik (ABR 18 § 49, stk. 1)
- Projekteing af uegnede genbrugsmaterialer: Samme tilgang som andre projektfejl
- Rådgivers pligt til at oplyse om metoder og materialer, der ikke er gennemprøvede (ABR 18 § 16 og T:BB 2017.779)
- Større omhu med detailanvisninger for genbrugsmaterialer?
 - Særlige krav til forarbejdning, opbevaring, akklimatisering mv. inden indbygning af genbrugsmaterialer?
 - Se blandt andet KfE 1998.71 ("Oplægningsvejledningen") og T:BB 2017.838 ("Relativt kompleks projekteringsdetalje")
- Særligt om design for disassembly
 - Den 5-årige ansvarsperiode
 - Eventuelle udfordringer med nedtagning / genanvendelse viser sig typisk længe efter udløbet af den 5-årige ansvarsperiode



Claus Berg

Partner

T +45 72 27 35 25

M +45 25 26 35 25

E berg@bechbruun.com