

27. maj 2020
Sagsnr. 19/03744
MKR

AFGØRELSE FRA MILJØ- OG FØDEVAREKLAGENÆVNET

IKKE MEDHOLD i klage over afgørelse i sag om nedsættelse af udbetaling af tilskud til etablering af en ny starterstald under ordningen Miljøteknologi 2015 i Norddjurs Kommune

Miljø- og Fødevareklagenævnet har truffet afgørelse efter tilbudslovens § 2, stk. 3,¹ og § 25, stk. 1, nr. 4, i bekendtgørelse nr. 249 af 16. marts 2015 om tilskud til modernisering af kvægstalde, jf. § 11 a, stk. 1, i lov om Landdistriktsfonden.²

Miljø- og Fødevareklagenævnet giver ikke medhold i klage over Landbrugsstyrelsens afgørelse af 20. marts 2019 om nedsættelse af udbetaling af tilskud til etablering af en ny starterstald under ordningen Miljøteknologi 2015 på A1 , Gjerrild, 8500 Grenå.

Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse er endelig og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. § 17 i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet.³

Afgørelsen er truffet af formanden på nævnets vegne, jf. § 8 i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet.

MILJØ- OG FØDEVAREKLAGENÆVNET

Toldboden 2
8800 Viborg

Tlf. 72 40 56 00
CVR-nr. 37795526
EAN-nr. 5798000026070
nh@naevneneshus.dk
www.naevneneshus.dk

¹ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

² Bekendtgørelse nr. 114 af 6. februar 2020 af lov om Landdistriktsfonden.

³ Lov nr. 1715 af 27. december 2016 om Miljø- og Fødevareklagenævnet.

1. Klagen til Miljø- og Fødevareklagenævnet

Afgørelsen er den 26. marts 2019 påklaget til Miljø- og Fødevareklagenævnet af landbruger, der er repræsenteret ved konsulent.

Klager har navnlig anført, at:

- der er indhentet to tilbud på opgaven ved underhåndsbud, og
- det er tilladt at indhente tilbud både som totalentreprise og som delentreprise.

Klagepunkterne er nærmere uddybet i afsnit 2.2.

2. Sagens oplysninger

2.1 Den påklagede afgørelse

På baggrund af klagers ansøgning om tilsagn om tilskud af 17. maj 2015, har Landbrugsstyrelsen ved afgørelse den 5. november 2015, meddelt klager delvist tilsagn om tilskud til projektet. Der er meddelt tilsagn om tilskud på 786.400,00 kr., svarende til 20 % af projektets samlede støtteberettiget beløb på 3.932.000,00 kr.

Klager har den 23. juni 2017 indsendt anmodning om udbetaling af tilskud til projektet i henhold til tilsagn meddelt den 5. november 2015. Klager har anmodet om udbetaling af 376.979,50 kr., svarende til 20 % af det ønskede tilskudsberettigede udgiftsgrundlag på 1.884.897,89 kr. Anmodningen er vedlagt fakturaer på opførelse af ny starterstald fra bl.a. Glesborg Murerforretning ApS, Tømrerfirmaet Henrik Hedeager og Brokkedal Landbrug/Maskinstation v/Jørgen Hougård.

Landbrugsstyrelsen har den 11. juli 2018 fremsendt høringsbrev til klager, hvori styrelsen har anført, at der mangler oplysninger om, hvordan den enkelte opgave er udbudt. Styrelsen har endvidere anmodet klager om at fremsende tilbuddene fra de valgte leverandører.

Den 18. juli 2018 har klager, som svar på partshøringen, oplyst, at der mundtligt er indhentet underhåndsbud ved direkte henvendelse til tilbudsgiverne. Klager har ligeledes oplyst, at tildeling af opgaven ville ske ud fra det økonomisk billigste tilbud.

Klager har ved partshøringen bl.a. vedlagt to tilbud på etablering af kalvestald. Det fremgår af tilbud nr. 513 afgivet 2. april 2015 af Kjargaard Byg A/S, at tilbuddet er afgivet som totalentreprise og indeholder jord-, kloak-, støbe- og tømrerarbejde samt levering og montering af inventar og gardiner. Prisen i alt eksklusiv moms er 1.695.000,00 kr. Det fremgår af tilbud nr. 7348 afgivet 28. april 2015 af Tømrerfirmaet Henrik Hedeager, at tilbuddet indeholder betonelementer, jord-, kloak-, støbe- og tømrerarbejde, samt hejsegardiner. Det fremgår endvidere, at dele af arbejdet udføres af underleverandører. Prisen eksklusiv moms er 2.879.000,00 kr. Klager har endvidere vedlagt tilbud af 14. juni 2015 fra Glesborg Murerforretning ApS på jord-, kloak- og støbearbejde.

Landbrugsstyrelsen har den 12. november 2018 fremsendt agterskrivelse til klager. Heri har styrelsen anført, at en gennemgang af udbetalingsanmodningen har vist, at klager, i forbindelse med projektet, ikke har overholdt reglerne i tilbudsloven. Styrelsen har præciseret, at det omhandler manglende indhentning af to underhåndsbud på hver bygge- og anlægsentreprise.

Endvidere har Landbrugsstyrelsen anført, at der ikke må foretages delvise køb hos begge eller den ene tilbudsgiver. Styrelsen har bemærket, at tilbudsgiveren af totalentreprisen, Tømrerfirmaet Henrik Hedeager, kun har udført tømrerarbejdet, hvorefter klager har benyttet andre leverandører til de andre arbejder. Endvidere har styrelsen anført, at det ikke er muligt at sammenligne tilbuddene separat på tømrerarbejdet og jord- kloak- og støbearbejdet i de to tilbud på totalentrepriser.

Vedrørende tømrerarbejdet har klager den 14. november 2018 anført, der er afgivet tilbud på totalentrepriser fra henholdsvis Tømrerfirmaet Henrik Hedeager og Kjargaard Byg A/S, samt at disse tilbud indeholder nøjagtig samme elementer. Som dokumentation herfor har klager henvist til vedlagte tilbud nr. 7348 og tilbud nr. 513. I forlængelse heraf har klager anført, at der ligeledes er indhentet to tilbud vedrørende jord-, kloak-, og støbearbejdet. Klager har her henvist til tilbud af 14. juni 2015 fra Glesborg Murerforretning ApS samt tilbud nr. 513 fra Kjargaard Byg A/S og anført, at tilbuddene indeholder nøjagtig de samme elementer på jord- kloak- og støbearbejde. Vedlagt er endvidere faktura dateret 18. januar 2016 fra Brokedal Landbrug/Maskinstation v/Jøren Hougaard vedrørende opgravningsarbejde.

Landbrugsstyrelsen har den 20. marts 2019 truffet afgørelse om nedsættelse af udbetalingen af tilskud til klagers projekt. Styrelsen har begrundet nedsættelsen med, at udgifter på samlet 12.609,00 kr., ikke kan godkendes med henvisning til § 12, stk. 1, nr. 3 og § 19, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 249 af 16. marts 2015. Videre har styrelsen anført, at værdien af de tilskudsberettigede udgifter bliver pålagt en sanktion på 393.159,50 kr. for manglende overholdelse af tilbudsloven.

I forhold til overtrædelse af tilbudsloven, har Landbrugsstyrelsen oplyst, at klagers projekt er omfattet af tilbudsloven, hvorfor der skal gennemføres en udbudsproces ved indhentelse af underhåndsbud. Videre har styrelsen oplyst, at projektet overstiger 300.000,00 kr., hvorfor der skal indhentes mindst to underhåndsbud, samt at klager skal vælge et af tilbuddene efter det meddelte tildelingskriterie, jf. tilbudslovens § 12, stk. 4 og stk. 5. Hertil har styrelsen anført, at klager ikke har fremsendt oplysninger om, hvordan tilbudsgiverne er blevet opfordret til at afgive tilbud, og hvilket tildelingskriterie, der anvendes.

Endvidere har Landbrugsstyrelsen oplyst, at klager har indhentet to tilbud som totalentreprise på opgaven fra henholdsvis Kjargaard Byg A/S samt Tømrerfirmaet Henrik Hedeager. Ifølge styrelsen indeholder begge totalentreprisetilbud elementerne; tømrerarbejde, jordarbejde, kloakarbejde samt opgravning- og støbearbejde. Styrelsen har hertil anført, at det ikke fremgår af sagen, hvad den udbudte opgave nærmere skal indeholde, idet der ikke er fremsendt oplysninger om, hvordan tilbudsgiveren er blevet opfordret til at afgive tilbud.

Herefter har Landbrugsstyrelsen anført, at klager har valgt totalentreprisetilbuddet fra Tømrerfirmaet Henrik Hedeager, men efterfølgende ikke har gennemført alle elementerne fra det valgte tilbud. Styrelsen har som støtte herfor henvist til de fremsendte fakturaer i sagen, hvoraf det fremgår, at Tømrerfirmaet Henrik Hedeager alene har udført tømrerarbejdet. Herefter har styrelsen oplyst, at det ligeledes fremgår af de medsendte fakturaer, at opgaven vedrørende jord-, kloak- og støbearbejdet er udført af en tredjeleverandør, Glesborg Murerforretning ApS. Endvidere følger det af de medsendte fakturaer, at opgravningsarbejdet er udført af en tredje leverandør, Brokkedal Landbrug/Maskinstation v/Jørgen Hougaard. Som følge heraf, er det styrelsens vurderingen, at opgaven ikke reelt er gennemført i den form den er udbudt, nemlig som en totalentreprise, hvorfor der ikke foreligger dokumentation for, at tilbudslovens regler er overholdt, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3, og § 12, stk. 4.

Som følge af ovenstående har Landbrugsstyrelsen henvist til, at der kan ske proportionel nedsættelse af den samlede værdi af de tilskudsberettigede udgifter med henvisning til bekendtgørelsens § 25, stk. 1, nr. 4. Videre har styrelsen anført, at det som udgangspunkt er fakturabeløbet på de tilskudsberettigede udgifter, der skulle have været i udbud, der skal nedsættes. I den forbindelse har styrelsen sanktioneret på baggrund af fakturabeløbet vedrørende tømrerarbejdet udført af Tømrerfirmaet Henrik Hedeager, fakturabeløbet vedrørende jord-, kloak- og støbearbejde udført fra Glesborg Murerforretning ApS samt fakturabeløbet vedrørende opgravningsarbejdet udført af Brokkedal Landbrug/Maskinstation v/Jørgen Hougaard. På grundlag af sagens oplysninger, nedsætter styrelsen værdien af ovennævnte udgifter, faktureret med samlet 1.583.742,98 kr., med 25 %.

2.2 Klagens indhold

Klager har anført, at det ved indhentelse af underhåndsbudene blev præciseret, at det økonomisk mest fordelagtige indkommende tilbud ville tages i betragtning. Endvidere har klager anført, at der før 2016 ikke gjaldt et skriftlighedskrav ved indhentning af tilbud.

Derudover har klager anført, at det ikke ifølge tilbudsloven er et krav, at tilbuddene ikke må indhentes som henholdsvis totalentreprise og delentreprise. Hertil har klager anført, at alle tilbud er defineret som underhåndstilbud, hvis investeringen ikke overstiger 3 mio. kr., jf. tilbudslovens § 12, stk. 2 og stk. 3.

Klager har vedlagt en oversigt over de indkommende tilbud, der ifølge klager underbygger påstanden om, at der er indhentet to tilbud fra individuelle forhandlere. Det fremgår af det vedlagte bilag A, at der er indhentet tilbud på tømrearbejdet fra henholdsvis Kjargaard Byg A/S og Tømrefirmaet Henrik Hedeager, samt at der for så vidt angår jord- og støbearbejdet tillige er indhentet tilbud fra Glesborg Murerforretning ApS. Det fremgår endvidere af bilag A, hvilke tilbudsgivere der har afgivet tilbud på VVS-arbejdet, el-arbejdet samt opgaverne med ventilation og vandforsyning.

Den 27. maj 2019 har klager indsendt sine bemærkninger til Landbrugsstyrelsens indstillingsbrev af 5. april 2019. Klager har anført, at der først blev indhentet to tilbud i form af totalentreprise, og herefter som delentreprise. Hertil har klager oplyst, at klager ændrede det til delentrepriser, da byggeriet blev væsentlig billigere på denne måde. Klager har endvidere vedlagt de indhentede tilbud på delentreprisen, herunder tilbud nr. 7595 afgivet af Tømrefirmaet Henrik Hedeager på tømrentreprisen og tilbud af 14. juni 2015 fra Glesborg Murerforretning ApS på jord-, kloak- og støbearbejdet. Herudover har klager vedlagt faktura nr. 641 dateret 20. januar 2017 fra Brokkedal Landbrug/Maskinstation v/Jørgen Hougaard vedrørende opgravningsarbejde. Der er ved bemærkningerne ikke vedlagt tilbud fra Brokkedal Landbrug/Maskinstation v/Jørgen Hougaard på opgaven med opgravning.

2.3 Landbrugsstyrelsens bemærkninger til klagen

Landbrugsstyrelsen har den 5. april 2019 oversendt sagen til Miljø- og Fødevareklagenævnet med bemærkninger til klagen.

Landbrugsstyrelsen har heri fastholdt, at opgaven ikke er gennemført i overensstemmelse med tilbuddene for totalentreprisen. Styrelsen har begrundet dette med, at Tømrefirmaet Henrik Hedeager kun har udført en del af opgaven, og at en tredje leverandør har udført jord-, kloak- og støbearbejdet samt opgravningsarbejdet.

3. Miljø- og Fødevareklagenævnets bemærkninger og afgørelse

3.1 Miljø- og Fødevareklagenævnets prøvelse

Det fremgår af § 11, stk. 1, i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet, at nævnet kan begrænse sin prøvelse af en afgørelse til de forhold, der er klaget over.

Miljø- og Fødevareklagenævnet har i denne klagesag fundet anledning til at behandle, hvorvidt tilbudslovens regler er overholdt.

Efter nævnets vurdering er der ikke med klagen i øvrigt fremkommet forhold, der kan føre til ændringer af Landbrugsstyrelsens afgørelse.

3.2 Miljø- og Fødevareklagenævnets bemærkninger

Ligebehandlingsprincippet indebærer, at ordregiver i forbindelse med afholdelse af udbud har en forpligtelse til at sikre, at ensartede forhold ikke behandles forskelligt, medmindre det er objektivt begrundet.⁴ Ligebehandlingsprincippet gælder i alle faser af udbudsprocessen, og pålægger ordregiver forpligtelser overfor alle økonomiske aktører, der har afgivet tilbud eller potentielt ville have deltaget, såfremt udbudsprocessen eller udbuddets udformning var struktureret anderledes.⁵

Det følger af tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, at loven gælder for udbydere, når de udbyder bygge- og anlægsarbejder, som modtager offentlig støtte.

Det følger desuden af tilbudslovens § 2, stk. 3, at det påhviler udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbuddet og tildelingen af ordren at sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.

Endvidere følger det af tilbudslovens § 12, stk. 4, at når den samlede, anslåede værdi eksklusive moms af et bygge- og anlægsarbejde overstiger 300.000 kr., skal udbydere omfattet af § 1, stk. 2, nr. 1 og 2, indhente mindst 2 underhåndsbud.

Det følger af § 25, stk. 1, nr. 4, i bekendtgørelse nr. 249 af 16. marts 2015, at Landbrugsstyrelsen kan foretage en proportionel nedsættelse af den samlede værdi af de tilskudsberettigede udgifter for et projekt, hvis styrelsen vurderer, at EU's udbudsregler eller reglerne i tilbudsloven ikke er overholdt.

Miljø- og Fødevareklagenævnet finder, at klager ikke har overholdt tilbudslovens regler om ligebehandling vedrørende opgaven med etablering af ny starterstald.

Indledningsvis har Miljø- og Fødevareklagenævnet vurderet, at klager er omfattet af tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, idet klager modtager offentlig støtte til projektet.

Miljø- og Fødevareklagenævnet har herefter vurderet, at klager ikke har gennemført opgaven i den form, den er udbudt. Nævnet har ved vurderingen lagt til grund, at klager har indhentet to underhåndsbud på den samlede opgave i form af totalentrepriser fra henholdsvis Kjargaard Byg A/S og Tømrefirmaet Henrik Hedeager. Nævnet har herefter lagt Landbrugsstyrelsens oplysning om, at opgaven blev tildelt Tømrefirmaet Henrik Hedeager til grund for afgørelsen.

⁴ Se hertil EU-Domstolens dom i C-21/03, Fabricom, præmis 27.

⁵ Forarbejderne til tilbudslovens § 2.

Miljø- og Fødevareklagenævnet har herefter lagt vægt på de i sagen vedlagte fakturaer, hvoraf det fremgår, at Tømrerfirmaet Henrik Hedeager alene har udført tømrerarbejdet. Hertil har nævnet lagt vægt på, at jord-, kloak-, og støbearbejdet er udført af Glesborg Murerforretning ApS, mens opgravningsarbejdet er udført af Brokkedal Landbrug/Maskin-station v/Jørgen Hougaard.

Det er Miljø- og Fødevareklagenævnets vurdering, at delvise køb fra andre end den tilbudsgiver, som oprindeligt blev tildelt ordren på den samlede opgave, udgør forskelsbehandling af tilbudsgiverne i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3. Nævnet har her lagt vægt på, at klager oprindeligt har indhentet tilbud på den samlede opgave med etablering af ny starterstald i form af totalentreprise, og at klager efterfølgende har indhentet separate tilbud på dele af opgaven som delentreprise. Nævnet har i den forbindelse lagt til grund, at andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne til at deltage potentielt kunne have afgivet tilbud, hvis opgaverne på daværende tidspunkt var udbudt som separate opgaver. Yderligere har nævnet vurderet, at en sådan opdeling af opgaven, potentielt ville have gjort det muligt at acceptere et andet tilbud end det, som oprindeligt blev antaget. Det er indgået som et moment i nævnets vurdering, at klager ikke har fremsendt opfordringsskrivelser eller i øvrigt beskrevet den udbudte opgave, hvorfor det ikke er klart for nævnet, hvordan tilbudsgiverne er blevet opfordret til at afgive tilbud, herunder specifikationerne for den udbudte opgave. Dette gælder både for så vidt angår de oprindeligt indhentede tilbud på totalentrepriser samt de efterfølgende tilbud på delentrepriser. Det er på den baggrund nævnets opfattelse, at klager ikke har dokumenteret at have indhentet tilbud på en klart beskrevet opgave, der er enslydende for alle potentielle tilbudsgivere.

Miljø- og Fødevareklagenævnet har endvidere vurderet, at det ikke har været tilstrækkeligt klart, hvilket kriterie for tildeling af ordren tilbudsgiverne er blevet oplyst. Nævnet har herved lagt vægt på, at klager i høringssvar af 18. juli 2018 har anført, at det ved henvendelse til tilbudsgiverne blev oplyst, at tildelingskriteriet var billigste tilbud, mens det i klagen er anført, at tildelingskriteriet var økonomisk mest fordelagtige tilbud.

På baggrund af ovenstående finder Miljø- og Fødevareklagenævnet, at der ikke er tilstrækkelig sikkerhed for, at udbudsprocessen er gennemført uden forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3. Nævnet finder derfor også, at Landbrugsstyrelsen kan foretage en proportionel nedsættelse af den samlede værdi af de tilskudsberettigede udgifter til klagers projekt med henvisning til bekendtgørelsens § 25, stk. 1, nr. 4.

Afslutningsvis bemærker Miljø- og Fødevareklagenævnet, at det af sagens oplysninger ikke fremgår, om udbuddet på den samlede opgave som totalentreprise er blevet annulleret forud for indhentning af tilbud på opgaven som delentreprise. Skulle dette være tilfældet, vil det efter nævnets opfat-

telse ikke føre til, at sagen får et andet udfald. Nævnet har ved denne vurdering lagt vægt på, at der ikke er indhentet to underhåndsbud på hver delentreprise, hvorfor reglerne i tilbudslovens § 12, stk. 4, om indhentning af underhåndsbud i det tilfælde ikke vil være overholdt.

3.3 Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse

Miljø- og Fødevareklagenævnet giver ikke medhold i klage over Landbrugsstyrelsens afgørelse af 20. marts 2019 om nedsættelse af udbetaling til etablering af en ny starterstald under ordningen Miljøteknologi 2015 på A1 , Gjerrild, 8500 Grenå.