

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor
klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Fonden Amager Bio og BETA under stiftelse
ved stifterne Leif Skov, Bjørn Karsholt og Jan Elving
(advokat Lotte Cederskjold og advokat Henrik Puggaard, Aarhus)

mod

Københavns Kommune
(advokat Anders Nørgaard og advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Klagenævnet har den 9. december 2024 modtaget en klage fra Fonden Amager Bio og BETA under stiftelse ved stifterne Leif Skov, Bjørn Karsholt og Jan Elving (herefter "FAB").

FAB har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1, 2, 3, 3.1, 4 og 5, svarskrift, replik med bilag 1a, 1b, 2, 3a og 3b, duplik, FAB's proceskrift 1 og Københavns Kommunes mail af 6. januar 2025.

Under hensyn til, at udbuddet er omfattet af koncessionsdirektivet, har klagenævnet den 12. december 2024 i medfør af § 12, stk. 1, i lov om Klage-

nævnet for Udbud besluttet at tillægge klagen midlertidig opsættende virkning, indtil klagenævnet har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges (fortsat) opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Det blev samtidig meddelt, at klagenævnet forventede at træffe afgørelsen om (fortsat) opsættende virkning senest den 8. januar 2025.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande foruden anmodningen om opsættende virkning (påstand 1):

”Påstand 1

[opsættende virkning]

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Kulturbegivenhedsfonden Odd Productions, idet beslutningen om tildelingen var behæftet med fejl, idet Københavns kommune i evalueringen af Fondens [FAB's] tilbud har foretaget en åbenbar urigtig bedømmelse af Fondens [FAB's] tilbud i relation til underkriterierne ”Musikprofil” og ”Frivillighed”.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at sikre, at udbudsmaterialets beskrivelse af kravene til underkriterierne ”Musikprofil” og ”Frivillighed” er klare, nøjagtige og utvetydige.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Kommunes beslutning om at tildele den udbudte kontrakt om drift af Amager Bio og BETA til Kulturbegivenhedsfonden Odd Productions.”

Københavns Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 512200-2024 af 27. august 2024 udbød Københavns Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2014/23/EU (koncessionsdirektivet) en koncessionsaftale om drift af Amager Bio og BETA. Aftalen har en varighed på 6 år med mulighed for forlængelse i op til 24

måneder. Aftalens anslåede værdi er 258.791.992 kr. for 8 år. Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne ”Musikprofil” med en vægtning på 45 %, ”Frivillighed” med en vægtning på 35 % og ”Nøglepersoners erfaring med drift af spillesteder” med en vægtning på 20 %.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”7 Tildeling af kontrakt

7.1 Kriterier for tildeling

...

Ved vurdering af de kvalitative underkriterier, anvender Ordregiver følgende absolutte skala:

Vurdering af underkriteriet	Point
Bedst mulig opfyldelse af kriteriet	8
Glimrende opfyldelse af kriteriet	7
God opfyldelse af kriteriet	6
Over middel opfyldelse af kriteriet	5
Middel opfyldelse af kriteriet	4
Under middel opfyldelse af kriteriet	3
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Ringe opfyldelse af kriteriet	1
Dårlig opfyldelse af kriteriet	0

7.2 Vurdering af underkriteriet ”Musikprofil”

Ved vurderingen af underkriteriet vil Ordregiver lægge vægt på følgende karakteristika ved den tilbudte musikprofil:

- Antal tilbudte Koncertdage ud over de kravspecificerede 100 Koncertdage i Amager Bio og 90 Koncertdage i BETA (jo flere, jo bedre)
- Variationen i musikgenrer for de tilbudte Koncertdage
- Antallet af bands, som optræder med musik, som er skrevet og oprindeligt indspillet af bandet selv (jo flere, jo bedre)
- Understøttelse af upcoming- og nichebands i BETA inden for de beskrevne genrer og undergenrer, jf. Bilag 1 (Teknisk specifikation)
- Understøttelse af lokalt forankrede bands

Det vægtes desuden positivt, at tilbudsgiver beskriver, hvordan man generelt vil arbejde med diversitet – i organiseringen såvel som både på og udenfor scenen.

Til brug for vurdering af underkriteriet skal tilbudsgiver medsende beskrivelse af opfyldelse af ovenstående elementer samt oplæg til ønsket program for 2026 hvor de bands, som tilbudsgiver planlægger at booke, fremgår, og hvor der er taget hensyn til ovenstående.

7.3 Vurdering af underkriteriet "Frivillighed"

Ved vurderingen af underkriteriet vil Ordregiver lægge vægt på følgende karakteristika ved den tilbudte frivillighedsstrategi:

- At der forventes at indgå et højt antallet af frivillige i planlægning og koncertafvikling i Amager Bio og BETA
- At samarbejde med frivillige, som er lokalt forankrede, understøttes
- At de frivillige løser et bredt udvalg af opgaver ifm. koncertafvikling, jf. pkt. 2.3.1 i Bilag 1 (Teknisk specifikation)
- At de frivillige får mulighed for at præge flest mulige aspekter ved spillestedet
- At der tilbydes hensigtsmæssig kompetenceudviklingstiltag for de frivillige

Til brug for vurdering af underkriteriet "Frivillighed" skal tilbudsgiver medsende den tilbudte frivillighedsstrategi, der vil blive anvendt ved udførelsen.

...

7.5 Samlet evaluering

Tilbudsgivers samlede pointantal bliver derefter udregnet ud fra formelen:

$$\text{Samlet pointtal} = (\text{Point for "Musikprofil"} * 0,45) + (\text{Point for "Frivillighed"} * 0,35) + (\text{Point for "Nøglepersoners erfaring med drift af spillesteder"} * 0,20)$$

Tilbudsgiver med det højest samlede antal point tildes Aftalen."

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 16. september 2024 havde Kulturbegivenhedsfonden Odd Productions (herefter "KOP"), Inglen ApS og FAB afgivet tilbud. Den 27. november 2024 meddelte Københavns Kommune, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til KOP. Af underretningen om tildelingsbeslutningen fremgår:

"...

Københavns Kommune har gennemført en grundig gennemgang af de 3

indkomne tilbud, som alle var konditionsmæssige, og vurderet disse på baggrund af de i udbudsbetingelserne nævnte tildelingskriterier.

...

Ordregiver har evalueret tilbuddene på baggrund af den angivne evalueringsmetode, og har alene lagt vægt på det skriftlige indhold af tilbuddene for hver af underkriterierne.

Ved evalueringen af hvert underkriterie fremgår, hvad ordregiver har tilagt positiv betydning ved vurderingen af tilbuddene. De forhold, som er markeret med **fed skrift**, udgør det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele.

Der henvises til bilag 1: Evalueringsark for udbud af drift af Amager Bio og BETA

1. Samlet vurdering

På baggrund af ovenstående evaluering af underkriterierne med de dertilhørende vægtninger, bliver den samlede evaluering følgende:

Tilbudsgiver	Point "Musikprofil"	Point "Frivillighed"	Point "Nøglepersoners erfaring med drift af spillesteder"	Point samlet
Kulturbegivenhedsfonden Odd Productions	3,15	2,1	1	6,25
Inglen ApS	2,7	2,1	1	5,8
Fonden Amager Bio og BETA under oprettelse	2,25	1,75	1	5

...

Skemaet viser som anført de vægtede point. Københavns Kommune har ud fra sit evalueringsark opstillet følgende skema over tildelte uvægtede point:

Tilbudsgiver	Point "Musikprofil"	Point "Frivillighed"	Point "Nøglepersoners erfaring med drift af spillesteder"
Kulturbegivenhedsfonden Odd Productions	7	6	5
Inglen ApS	6	6	5
Klager Amager Bio og BETA under oprettelse	5	5	5

Københavns Kommune sendte sit evalueringsark til tilbudsgiverne sammen med underretningen om tildelingsbeslutningen. Evalueringsarket indeholder en række for hvert at de fastsatte delkriterier til de tre underkriterier, og Københavns Kommune har indsat sine bemærkninger til tilbuddene i forhold til hvert enkelt delkriterium.

Københavns Kommune har på baggrund af klagen uddraget følgende relevante dele af evalueringsarket, hvor række 1-3 er delkriterier til underkriteriet ”Musikprofil”, og række 4 er et delkriterium til underkriteriet ”Frivillighed”:

	Kulturbegivenhedsfonden Odd Production	Inglen	Klager
<i>"Antal tilbudte Koncertdage ud over de kravspecificerede 100 Koncertdage i Amager Bio og 90 Koncertdage i BETA (jo flere, jo bedre)"</i>	Der tilbydes 110 (10 over de kravspecificerede 100) i Amager Bio og 100 (10 over de kravspecificerede 90) i BETA.	Der tilbydes 145 (45 over de kravspecificerede 100) i Amager Bio og 110 (20 over de kravspecificerede 90) i BETA	115-150 koncertdage årligt i Amager Bio og 100-150 årlige koncertdage i BETA. Det vil sige, der tilbydes 115 (15 over de kravspecificerede) i Amager Bio og 100 (10 over de kravspecificerede) for BETA
<i>"Understøttelse af upcoming- og nichebands i BETA inden for de beskrevne genrer og undergenrer, jf. Bilag 1 (Teknisk specifikation)"</i>	Talentudvikling, side 7-8, upcoming, side 4, mangfoldighed om BETA Talentprogrammer samt månedlig showcase-aften Talentudvikling via internationale netværk	Mål at gøre BETA til en af de mest progressive scener i Danmark, når det kommer til at fremme diversitet i genrer, der historisk har haft mindre repræsentation	Musikalsk og karrieremæssig rådgivning af erfarne musikere og branchefolk.
<i>"Hvordan man generelt vil arbejde med diversitet – i organisationen såvel som både på og udenfor scenen."</i>	Mange former for diversitetsarbejde: Koncertprogrammet er divers. Mange former for diversitet, køn, handicap, etnicitet, dokumenteret erfaring (side 5 fx). Familievenlig aktivitet	Frivillige kommer til at spille en aktiv rolle i bookingprocessen, hvor de kan bringe deres perspektiver ind og hjælpe med at sikre øje for diversitet i programmet.	Kommende leder vil få diversitetsopmærksomhed som en væsentlig del af sine opgaver Fokus på kønsfordeling blandt de frivillige
<i>"At der forventes at indgå et højt antal af frivillige i planlægning og koncertafvikling i Amager Bio og BETA"</i>	Trækker på stor og bred erfaring ift. rekruttering og fastholdelse af frivillige. Råder over en gruppe på 3.000 frivillige, som der kan rekrutteres fra	Der forventes at blive tilknyttet 300 frivillige	Der forventes at blive tilknyttet 250 frivillige til Amager Bio og en del til BETA

Som anført i Københavns Kommunes underretning om tildelingsbeslutningen er KOP's tilbuds karakteristika og relative fordele markeret med fed skrift i evalueringsarket. Ved Københavns Kommunes uddrag af de relevante dele af evalueringsarket er følgende bemærkning til KOP's tilbud i forhold

til delkriteriet ”Hvordan man generelt vil arbejde med diversitet – i organiseringen såvel som både på og udenfor scenen” (række 3) ved en fejl ikke markeret med fed skrift: ”Mange former for diversitetsarbejde:”.

Af KOP's ”frivillighedsstrategi” fremgår:

”...

Frivillighed

Baggrund

Amager Bio/BETA har altid været et stærkt lokalt forankret spillested via en foreningsbaseret frivillighed i musikforeningen femøren.

Som underleverandør til Odd Productions, ser Roskilde Festival Gruppen en fantastisk mulighed for at udvikle og styrke den frivillige organisering omkring Amager Bio/BETA og bidrage med erfaringer og kapacitet, som kan styrke spillestedets fortsatte udvikling og skabe et foregangseksempel på kulturfrivillighedens potentialer i udviklingen af åbne og mangfoldige fællesskaber, der gør en forskel lokalt.

...

Planlægningen, ledelsen og udviklingen Roskilde Festival samskabes mellem ansatte og 3000 dedikerede ildsjæle der lægger deres engagement året igennem. Mere end 200 foreninger og organisationer er ligeledes engageret i Roskilde Festival ligesom et stort antal af eksterne leverandører.
...”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

FAB har under henvisning til det, som er anført ad påstand 2-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Københavns Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 2-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 2 har FAB gjort gældende, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved sin evaluering af tilbuddene. Kommunen har foretaget en evaluering af tilbuddene på en måde, som har favoriseret enkelte tilbudsgivere og efterladt

andre uden en retfærdig og objektiv vurdering. Tilbuddene er blevet vurderet forskelligt på baggrund af subjektive og uigennemskuelige kriterier. Derudover er der lagt forskellig vægt på samme aspekter af tilbuddene, og tilbuddene er derved ikke blevet evalueret på samme måde.

Delkriteriet om koncertdage til underkriteriet "Musikprofil"

Københavns Kommune har i forhold til underkriteriet "Musikprofil" vurderet FAB's tilbud ud fra det laveste antal koncertdage i spændet af koncertdage, som FAB har tilbudt. Hvis kommunen i stedet havde anvendt det højeste antal tilbudte dage, alternativt gennemsnittet af de tilbudte koncertdage, ville det have resulteret i et betydeligt højere pointtal og dermed en bedre placering af FAB's tilbud. Københavns Kommune burde have kontaktet FAB, hvis kommunen var i tvivl om det tilbudte spænd af koncertdage, eller hvis kommunen ønskede et fast antal dage tilbudt.

Ved at angive et interval introducerede FAB ikke en uklarhed, men blot et spænd, inden for hvilket det gennemsnitlige antal koncertdage skal findes. Da der i udbudsmaterialet ikke er krævet et fast antal dage, var FAB berettiget til at angive et interval, og det bør ikke komme FAB til skade. Der er ikke i udbudsmaterialet et forbud mod at angive et interval. En sådan uklarhed i udbudsmaterialet og uoverensstemmelse mellem, hvad kommunen ønsker, og hvad den skriver i udbudsmaterialet, skal ikke komme en tilbudsgiver til skade. Kommunen er ansvarlig for indholdet af udbudsmaterialet og skal evaluere inden for de fastsatte krav.

Der er ikke noget i FAB's tilbud, som indikerer, at FAB alene forpligter sig til det laveste antal koncertdage i intervallet. Hvis dette var tilfældet, havde FAB alene angivet det laveste antal koncertdage. Kommunen burde derfor have evalueret ud fra det højeste antal koncertdage, alternativt et gennemsnit af intervallet, da dette havde været den eneste rimelige tilgang til evalueringen af koncertdage.

Ved kun at medtage det laveste antal dage i intervallet har Københavns Kommune handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, da FAB ikke er blevet behandlet på lige vilkår med de øvrige tilbudsgivere. Kommunen har også handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved evalueringen af FAB's tilbud, da kommunen har handlet ud fra et fiktivt krav om, at tilbudsgiverne skulle have tilbudt et fast antal dage og derfor ikke måtte tilbyde et interval.

Det ville ikke have været uforeneligt med forhandlingsforbuddet, hvis kommunen havde henvendt sig til FAB med henblik på en afklaring af det tilbudte interval. Kommunen kan ved eventuelle fejl og mangler i de indkomne tilbud rette henvendelse til tilbudsgiverne for at få præciseret, suppleret eller fuldstændiggjort oplysninger.

Delkriteriet om understøttelse af upcoming- og nichebands til underkriteriet "Musikprofil"

FAB oplyste i sit tilbud om konkrete initiativer i forhold til underkriteriet "Musikprofil", som f.eks. "musikalsk og karrieremæssig rådgivning af erfarne musikere og branchefolk". Dette lader ikke til at være blevet tillagt særlig vægt, hvorimod KOP's tilbud om talentprogrammer er tillagt vægt.

Delkriteriet om antal frivillige til underkriteriet "Frivillighed"

Kommunen forventer, at der indgår et højt antal frivillige i planlægningen og afviklingen af koncerter. FAB har i den forbindelse tilbudt et konkret antal frivillige, der vil blive tilknyttet fonden, hvorimod KOP alene har angivet en gruppe frivillige, der "rådes over". Kommunen mener, at begge "tilgange" – et konkret antal frivillige (FAB's tilbud) og et antal frivillige, der rådes over (KOP's tilbud) – kan rummes inden for evalueringskriteriet.

FAB er uforstående overfor, at det kommer KOP til gavn, at KOP alene har anført et antal frivillige, der rådes over. KOP tilbyder ikke konkret en rådighed over 3.000 frivillige, men skriver alene, at Roskilde Festival samskabes med bl.a. 3.000 ildsjæle. Københavns Kommune bør derfor ikke medtælle 3.000 frivillige i tilbuddet. Desuden kvalificerer frivilliges håndtering af en meget stor festival (Roskilde Festival) med 120.000 publikummer i fem dage én gang om året ikke til at kunne deltage i driften af et spillested som Amager Bio og BETA. Frivillighedsprofilen på Roskilde Festival er således meget forskellig fra den kontinuerlige, daglige drift af Amager Bio og BETA.

Det er ikke kommet FAB til gavn, at FAB som den eneste tilbudsgiver har tilbudt et konkret antal frivillige, som virksomheden allerede råder over og kan tilbyde til driften af Amager Bio og BETA. Der er desuden tale om 250 egnede frivillige – med lokal forankring – som allerede på nuværende tidspunkt er tilknyttet Amager Bio og BETA, og som FAB konkret vil kunne stille til rådighed for driften.

FAB anfægter således kommunens evaluering af tilbuddene i forhold til delkriteriet, eftersom der i de tre tilbud er stor forskel på opfyldelse af dels delkriteriet om antal frivillige, dels hele underkriteriet ”Frivillighed”. Antallet af frivillige må siges at have stor betydning for evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Frivillighed”, eftersom det er præciseret, at der lægges vægt herpå. Et konkret tilbudt antal faktiske frivillige bør derfor alt andet lige vægtes højere end et ukonkret forventede antal frivillige eller endda en hypotetisk beskrivelse af antal frivillige.

Delkriteriet om diversitet til underkriteriet ”Musikprofil”

FAB var den eneste tilbudsgiver, der i tilbuddet gav svar på Københavns Kommunes spørgsmål om, hvordan diversiteten i organiseringen vil blive sikret. De øvrige tilbudsgivere har alene overordnet angivet deres hensigter om at fokusere på diversitet generelt. Kommunen har i evalueringsarket med fed skrift angivet, at KOP’s svar: ”Mange former for diversitetsarbejde” udgør en relativ fordel, selv om KOP i dette svar ikke angiver, hvordan virksomheden vil sikre diversitet i organiseringen, men alene i forhold til koncertprogrammet. Det var dog ikke det, der skulle sikres efter udbudsmaterialet.

Udbudsmaterialet er også på dette punkt uklart formuleret. Formuleringen af delkriteriet ”Det vægtes desuden positivt, at tilbudsgiver beskriver, hvordan man generelt vil arbejde med diversitet – i organiseringen såvel både på som udenfor scenen” kan forstås på to måder. Delkriteriet kan forstås således, at der menes 1) diversitet i organiseringen, og at der menes organiseringen både på som uden for scenen, eller 2) diversitet i organiseringen og diversitet på scenen og diversitet uden for scenen. Den korrekte sproglige fortolkning bør være, at delkriteriet forstås som diversitet i organiseringen både på og uden for scenen.

Kommunen anfører, at det er vurderet særligt positivt, at tilbuddet fra KOP anskuer diversitet fra flere forskellige vinkler, såsom køn, handicap og etnicitet, og at dette adskiller sig fra de øvrige tilbudsgiveres tilbud. Køn, handicap og etnicitet er dog indbegrebet af diversitet og ligger dermed implicit i betydningen af diversitet. Det burde derfor ikke tillægges særlig betydning ved evaluering af tilbuddet.

Delkriteriet om diversitet til underkriteriet ”Musikprofil” er således formule-

ret uklart, og kommunen har dermed handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 2 har Københavns Kommune gjort gældende, at kommunen har evalueret tilbuddene i overensstemmelse med evalueringskriterierne og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Efter fast praksis har en ordregiver et vidt skøn ved den kvalitative evaluering af tilbuddene, og kommunen ikke har overskredet grænserne for det vide skøn.

Delkriteriet om koncertdage til underkriteriet "Musikprofil"

Kommunen har ved evalueringen af FAB's tilbud anvendt den laveste værdi i det interval for antallet af koncertdage, som FAB har tilbudt. Kommunen er alene berettiget til at lægge vægt på forpligtende angivelser i tilbuddene. FAB's interval for antal koncerter introducerer en uklarhed om, hvorvidt FAB har til hensigt at afvikle flere koncertdage end det laveste antal i intervallet.

Efter klagenævnets faste praksis påhviler risikoen for uklarheder i tilbuddet tilbudsgiveren. Denne uklarhed kommer FAB til skade ved evalueringen. Det ville således være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis kommunen indtog et højere antal anslåede koncertdage i evalueringen end det lavest tilbudte i intervallet.

Der var ikke efter udbudsreglerne pligt for Københavns Kommune til at kontakte FAB, "hvis kommunen var i tvivl om det tilbudte spænd af koncertdage, eller hvis kommunen ønskede et fast antal dage tilbudt". En henvendelse som foreslået ville have været uforenelig med forhandlingsforbuddet.

Delkriteriet om understøttelse af upcoming- og nichebands til underkriteriet "Musikprofil"

FAB's tilbud om musikalsk og karrieremæssig rådgivning af erfarne musikere og branchefolk er indgået i evalueringen og tillagt positiv vægt. KOP's tilbud indeholder flere konkrete initiativer, herunder talentprogrammer, månedlig showcase-aften og talentudvikling via internationale netværk. Disse er tillagt positiv vægt ved evalueringen af KOP's tilbud. Evalueringen af KOP's tilbud er i evalueringsarket fremhævet med fed skrift, da KOP's tilbud

adskiller sig fra de øvrige ved at indeholde flere konkrete tiltag, der understøtter upcoming- og nichebands. Fedmarkeringen er anvendt til at fremhæve elementer, der adskiller KOP's tilbud fra de øvrige tilbud. Det forhold, at der ikke er fedmarkeringer i evalueringen af FAB's tilbud, er således ikke udtryk for, at kommunen ikke har vurderet elementer i virksomhedens tilbud som positive.

Delkriteriet om antal frivillige til underkriteriet "Frivillighed"

Tilbudsgiverne har grebet dette element forskelligt an i deres tilbud. To tilbudsgivere, herunder FAB, har angivet antallet af frivillige, der forventes tilknyttet Amager Bio og BETA, mens KOP har angivet antallet af frivillige, som virksomheden har til rådighed og vil rekruttere frivillige fra. Begge tilgange kan rummes inden for delkriteriet, som det er beskrevet.

Kommunen har vurderet, at både FAB's forventning om at tilknytte 250 frivillige til Amager Bio og BETA, og KOP's forventning om at rekruttere frivillige fra en gruppe på 3.000, som KOP råder over, demonstrerer, at der forventes at indgå et højt antal af frivillige. Tilbuddenes opfyldelse af delkriteriet er således generelt indgået med positiv vægt i evalueringen. Antallet af frivillige indgår som et delkriterium til underkriteriet "Frivillighed", og antallet af frivillige var ikke konkret udslagsgivende for den samlede evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Frivillighed". Dette understøttes af, at antallet af frivillige ikke er fremhævet med fed i evalueringsarket. Underkriteriet "Frivillighed" består af fem delkriterier, og pointtildeling er sket ud fra en helhedsvurdering af opfyldelsen af alle delkriterier, som alle er vægtet ens.

Delkriteriet om diversitet til underkriteriet "Musikprofil"

Delkriteriet vedrører efter sin ordlyd både diversitet i organiseringen, diversitet på scenen og diversitet uden for scenen. Det er derfor ikke rigtigt, når FAB anfører, at det alene var diversitet i organiseringen, som kommunen efterspurgte i udbudsmaterialet.

Kommunen har ved evalueringen lagt positiv vægt på tilbudsgivernes arbejde med diversitet i organiseringen, på scenen og uden for scenen. I forhold til KOP's tilbud er det vurderet særligt positivt, at tilbuddet anskuer diversitet fra flere forskellige vinkler, såsom køn, handicap og etnicitet, hvilket adskiller sig fra de øvrige tilbudsgiveres tilbud. Diversitet er desuden indtænkt på og uden for scenen, og kommunen har således vurderet, at KOP's arbejde

med diversitet er bredt forankret, hvilket er evalueret positivt.

Efter delkriteriets formulering kan arbejde med diversitet komme til udtryk flere steder i leverandørens arbejde. Kommunen har med delkriteriet markeret, at der efterspørges bredde i arbejdet med diversitet, idet det klart fremgår, at det vægtes positivt, at tilbudsgiveren arbejder med diversitet både i organiseringen, på scenen og uden for scenen.

Den gennemførte evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Musikprofil”, herunder delkriteriet om diversitet, er foretaget i overensstemmelse med udbudsmaterialets beskrivelser og de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Særligt vedrørende påstand 3 har FAB gjort gældende, at Københavns kommune ved sin evaluering af tilbuddene har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Der mangler således gennemsigtighed i evalueringen, idet det ikke fremgår tilstrækkeligt klart, hvordan de evalueringskriterier, der blev anvendt, er blevet vægtet og anvendt i praksis. Derudover fremstår begrundelserne modstridende og ufuldstændige, og det skaber en mangel på gennemsigtighed i beslutningsprocessen, som er en overtrædelse af principperne om både ligebehandling og gennemsigtighed.

Københavns Kommune har således ved evalueringen af FAB’s tilbud i forhold til delkriteriet om antal koncertdage anvendt FAB’s laveste antal tilbudte koncertdage, selv om FAB har angivet et spænd. Københavns Kommune har ikke anført i udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne ikke måtte tilbyde et spænd over antal koncertdage. En retfærdig vurdering af de tilbudte koncertdage burde derfor foretages ud fra det højeste tilbudte antal koncertdage, alternativt et gennemsnit af de tilbudte koncertdage.

FAB har desuden som den eneste i forhold til delkriteriet om antal frivillige anført konkrete samarbejdspartnere ved navn, hvorimod de øvrige tilbudsgivere blot nævner overordnede mulige samarbejdspartnere.

Særligt vedrørende påstand 3 har Københavns Kommune gjort gældende, at udbudsmaterialets beskrivelse af kravene til underkriterierne ”Musikprofil” og ”Frivillighed” er klare, nøjagtige og utvetydige. FAB’s anbringender støtter ikke den nedlagte påstand, da anbringenderne ikke identificerer uklarheder i udbudsmaterialets beskrivelse af underkriterierne.

Særligt vedrørende påstand 4 har FAB gjort gældende, at der er en meget lille spredning mellem de tildelte point, og de fejl, som FAB har identificeret, må formodes at kunne gøre en forskel i den samlede evaluering af tilbuddene i forhold til hvert underkriterium og dermed den samlede pointtildeling.

Også den uvægtede pointtildeling ligger meget tæt, eftersom der er givet henholdsvis 5, 6 og 7 point i forhold til underkriteriet "Musikprofil", 5, 6 og 6 i forhold til underkriteriet "Frivillighed" og 5, 5, og 5 i forhold til underkriteriet om "Nøglepersoner". Med en så lille spredning i pointtallene må det formodes, at en ændring i evalueringen i forhold til et enkelt delkriterium vil kunne forrykke de uvægtede pointtal, således at et tilbud der har fået 5 point, f.eks. kunne få 6 eller 7 point.

Hvis FAB's tilbudte antal koncertdage i forhold til underkriteriet "Musikprofil" var blevet vurderet ud fra det højeste antal dage i det tilbudte interval eller i det mindste som et gennemsnit af det tilbudte interval, kunne FAB's tilbud have fået 6 eller 7 point i forhold til underkriteriet "Musikprofil" i stedet for 5 point. Det højeste antal koncertdage, som FAB tilbød, lå væsentlig over de to øvrige tilbudsgiveres tilbud, og FAB's tilbud ville sandsynligvis have fået 7 point. Herefter ville FAB's tilbud være blevet tildelt $7 * 0,45 = 3,15$ vægtede point. Det samlede pointtal ville alene af den grund være 5,9 i stedet for 5. Hvis KOP's tilbud som følge af det laveste antal tilbudte koncertdage af de tre tilbudsgivere havde fået 5 point, ville KOP's tilbuds samlede vægtede point maksimalt være $5 * 0,45 = 2,25 + 2,1 + 1 = 5,35$. Herefter ville KOP's tilbud ikke være blevet tildelt det højeste antal samlede point, og KOP ville ikke være blevet tildelt kontrakten.

Tilsvarende hvis FAB's antal tilbudte frivillige var blevet evalueret korrekt i forhold til underkriteriet "Frivillighed". FAB tilbød som den eneste tilbudsgiver 250 frivillige. De to øvrige tilbudsgivere havde alene beskrevet, hvor mange frivillige en underleverandør havde gjort brug af tidligere, og hvilken forhåbning tilbudsgiverne havde om at kunne tiltrække frivillige. Det må formodes, at FAB's tilbud ville have fået flest point i forhold til underkriteriet "Frivillighed", og at FAB's tilbud i det mindste ville have fået 6 point, hvorimod de to øvrige tilbudsgiveres tilbud ville have fået 5 point. I det tilfælde ville FAB's tilbud være blevet tildelt $6 * 0,35 = 2,1$ vægtede point i forhold til underkriteriet "Frivillighed". Det samlede pointtal ville alene af den grund være 5,35 i stedet for 5. Hvis KOP's tilbud havde fået 5 point, som følge af

at KOP ikke tilbød et konkret antal frivillige og ikke gav udtryk for, hvor mange frivillige KOP forventer vil kunne knyttes til Amager Bio og BETA, ville KOP's tilbuds samlede vægtede point maksimalt være $3,15 + (5 * 0,35 = 1,75) + 1 = 5,9$ i stedet for 6,25.

De tre tilbudsgivere har desuden ved flere af besvarelsene af de enkelte delelementer givet enslydende svar, hvilket understøtter formodningen for, at en lille ændring i vurderingen af et delelement kan få afgørende betydning for den samlede pointtildeling.

Københavns Kommunes forskelsbehandling af tilbudsgiverne i strid med ligebehandlingsprincippet, og kommunens uklare udbudsmateriale i strid med gennemsigtighedsprincippet har medført en ukorrekt pointtildeling baseret på en ukorrekt evaluering. Evalueringen af tilbuddene i forhold til de forskellige delelementer har stor betydning for den samlede pointtildeling, eftersom der er en meget lille spredning i pointtallene.

Særligt vedrørende påstand 4 har Københavns Kommune gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, da kommunen ikke har overtrådt udbudsreglerne, jf. det anførte ad påstand 2 og 3.

Selv hvis FAB skulle få medhold i en eller flere påstande, vil det ud fra en konkret væsentlighedsbedømmelse ikke give grundlag for annulation af tildelingsbeslutningen. De fejl, som FAB mener at have identificeret, vedrører mindre enkeltelementer i evalueringen, og selv hvis FAB måtte få medhold i, at der er tale om fejl, vedrører fejlene så begrænsede elementer, at de ikke vil give udslag i en ændret pointtildeling.

Pointene til de enkelte tilbud er tildelt i overensstemmelse med det beskrevne i udbudsmaterialet og inden for rammerne af Københavns Kommunes vide skøn. FAB's hypotetiske pointevaluering kan ikke lægges til grund.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet:

Ad påstand 2

FAB har gjort gældende, at Københavns Kommune ved sin evaluering har foretaget en åbenbar urigtig bedømmelse af FAB's tilbud i forhold til underkriterierne ”Musikprofil” og ”Frivillighed”. I forhold til underkriteriet ”Musikprofil” drejer det sig om delkriterierne om koncertdage, om understøttelse af upcoming- og nichebands og om diversitet, mens det i forhold til underkriteriet ”Frivillighed” drejer sig om delkriteriet om antal frivillige.

Delkriteriet om koncertdage

Efter udbudsbetingelserne ville Københavns Kommune ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Musikprofil” bl.a. lægge vægt på: ”Antal tilbudte Koncertdage ud over de kravspecificerede 100 Koncertdage i Amager Bio og 90 Koncertdage i BETA (jo flere, jo bedre)”.

FAB tilbød 115-150 koncertdage årligt i Amager Bio og 100-150 årlige koncertdage i BETA. Ved Københavns Kommunes evaluering af antallet af koncertdage i tilbuddet, lagde kommunen vægt på: ”Det vil sige, der tilbydes 115 (15 over de kravsspecificerede) i Amager Bio og 100 (10 over det kravsspecificerede) for BETA”.

Det er klagenævnets vurdering, at Københavns Kommune var berettiget til at anvende den laveste værdi i det tilbudte interval for antallet af koncertdage ved sin evaluering af FAB’s tilbud. Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at FAB ved at tilbyde et interval af koncertdage alene forpligtede sig til at afholde det laveste antal koncertdage i intervallet. FAB bærer risikoen for den uklarhed, som et tilbud med et interval for antallet af koncertdage efter sin karakter indeholder, og Københavns Kommune havde ikke efter udbudsreglerne en pligt til at søge uklarheden afklaret ved at kontakte FAB.

Delkriteriet om understøttelse af upcoming- og nichebands

Tilbudsgiverne skulle efter udbudsbetingelserne tilbyde: ”Understøttelse af upcoming- og nichebands i BETA inden for de beskrevne genrer og undergenrer”.

FAB tilbød ”Musikalsk og karrieremæssig rådgivning af erfarne musikere og branchefolk”, mens KOP tilbød ”Talentprogrammer samt månedlig showcase-aften” og ”Talentudvikling via internationale netværk”, som begge var markeret med fed skrift i evalueringsarket for at tilkendegive, at det udgjorde det vindende tilbuds (KOP’s tilbud) karakteristika og relative fordele.

Den omstændighed, at Københavns Kommune har vurderet, at KOP’s tilbud i forhold til delkriteriet var det bedste, er ikke ensbetydende med, at FAB’s tilbud om musikalsk og karrieremæssig rådgivning af erfarne musikere og branchefolk ikke blev tillagt positiv vægt ved evalueringen. Delkriteriet er blot et ud af fem til underkriteriet ”Musikprofil”, og klagenævnet har ikke grundlag for at tilsidesætte Københavns Kommunes skønsmæssige vurdering af tilbuddenes opfyldelse af delkriteriet.

Delkriteriet om antal frivillige til underkriteriet "Frivillighed"

Københavns Kommune stillede som krav: "At der forventes at indgå et højt antallet af frivillige i planlægning og koncertafvikling i Amager Bio og BETA".

FAB oplyste, at "Der forventes at blive tilknyttet 250 frivillige til Amager Bio og en del til BETA", mens KOP oplyste: "Trækker på stor og bred erfaring ift. rekruttering og fastholdelse af frivillige" og "Råder over en gruppe på 3.000 frivillige, som der kan rekrutteres fra".

Et tilbud om et konkret antal frivillige (FAB's tilbud) og et tilbud om et antal frivillige, der rådes over (KOP's tilbud), kan begge rummes inden for det fastsatte delkriterium. Dette medfører ikke, at kriteriet er uklart, eller at kommunen ved evalueringen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Delkriteriet om diversitet til underkriteriet "Musikprofil"

Tilbudsgiverne skulle oplyse: "Hvordan man generelt vil arbejde med diversitet – i organiseringen såvel som både på og udenfor scenen". Klagenævnet finder, at tilbudsgiverne efter det stillede delkriterium skulle oplyse om det generelle arbejde med diversitet i organiseringen, på scenen og uden for scenen, dvs. "hele vejen rundt". Klagenævnet har herefter ikke grundlag for at tilsidesætte Københavns Kommunes skønsmæssige vurdering af tilbuddenes opfyldelse af delkriteriet, herunder at KOP's tilbud var bedst i forhold til delkriteriet.

Efter det anførte er der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

FAB har gjort gældende, at Københavns Kommune ikke sikrede, at udbudsmaterialets beskrivelse af kravene til underkriterierne "Musikprofil" og "Frivillighed" var klare, nøjagtige og utvetydige. Det er nærmere præciseret, at der er uklarheder ved delkriteriet om koncertdage til underkriteriet "Musikprofil" og delkriteriet om antal frivillige til underkriteriet "Frivillighed".

Som anført ad påstand 2 har klagenævnet ikke fundet grundlag for at konstatere, at Københavns Kommune ved evalueringen af tilbuddene i forhold til delkriterierne har handlet i strid med udbudsreglerne, og klagenævnet finder heller ikke, at de stillede krav er uklare, unøjagtige eller tvetydige.

FAB har ikke præciseret, hvilken del af evalueringen der i øvrigt mangler gennemsigtighed, eller hvilke af Københavns Kommunes begrundelser der er modstridende og ufuldstændige. Klagenævnet kan derfor ikke konstatere, at kommunen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Der er herefter på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Der er på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at FAB vil få medhold i påstand 2 og 3, og der er derfor heller ikke udsigt til, at påstand 4 om annulation af beslutningen om at tildele koncessionsaftalen til KOP vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om *fumus boni juris* er herefter ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anja Vibe Visby Bunch
Sekretær