Organisation og HR
Børne- og Ungdomsforvaltningen

Notat

Til Børne- og Ungdomsudvalget

Orientering om ny juridisk vurdering af sagen om udmøntning af midler til skolekoncerter

13-05-2025

Sagsnummer I F2
2025 - 9976

Dokumentnummer i F2
7913647

Sagsnummer i eDoc
2025-0141537

Sagsbehandler
Tahira Sheikh

Børne- og Ungdomsforvaltningen (BUF) har efter beslutning fra Børne- og Ungdomsudvalget (BUU) indhentet en juridisk vurdering af sagen om udmøntning af bevilling til skolekoncerter.
Notatet orienterer om vurderingen.

Konklusion på DLA Pipers juridiske vurdering
DLA Piper vurderer, i overensstemmelse med forvaltningens og Hortens vurdering, at forvaltningen har handlet i overensstemmelse med sine forvaltningsretlige og udbudsretlige forpligtelser i sagen. Vurderingen er vedlagt i sin helhed, se bilag 1.

Baggrund
Forvaltningen vurderede i forbindelse med udmøntningen af bevillingen til skolekoncerter, at det var nødvendigt at indhente tilbud fra to eller flere leverandører for at sikre en fair og transparent konkurrence og sikre, at der blev købt ind på markedsmæssige vilkår. I forbindelse med denne vurdering modtog forvaltningen skriftlig rådgivning fra Horten.

BUU besluttede på den baggrund den 17. maj 2023, at bevillingen skulle udmøntes ved indhentning af tilbud fra forskellige leverandører efter de udbudsretlige regler. BUU besluttede den 5. februar 2025, at der skulle foretages en ny vurdering af et andet advokathus for at få belyst, om Levende Musik i Skolen (LMS) kunne have været tildelt opgaven med skolekoncerter ved direkte tildeling.

BUU besluttede på møde den 12. marts 2025, at den juridiske vurdering skulle omfatte tre hovedspørgsmål. Spørgsmålene og den juridiske vurdering af 2. maj 2025, foretaget af advokatvirksomheden DLA Piper, fremgår af bilag 1.

DLA Piper er en af de tre advokathuse, der i henhold til Københavns Kommunes rammeaftaler om indkøb af juridisk bistand leverer rådgivning til alle forvaltninger.

Organisation og HR
Gyldenløvesgade 15
1600 København V

DLA Piper er udvalgt som det mest kvalificerede advokathus til opgaven, da de har stor erfaring i at rådgive offentlige myndigheder og private tilbudsgivere om udbudsprocesser, herunder udbudsstrategi, selve udbudsprocessen og kontraktens gennemførelse.

Orientering om screeningsbesøg af skolekoncerter
Københavns Kommunes Indsatsteam mod social dumping (Indsatsteamet) har foretaget to uanmeldte fysiske screeningsbesøg af leverandøren Mikkels Musikskole ifm. skolekoncerter afholdt hhv. den 19. og 28. marts 2025. Formålet med de uanmeldte besøg var at vurdere, om vilkårene for musikerne levede op til referenceoverenskomsten fra LMS, som Dansk Musiker Forbund (DMF) oplyser er referenceoverenskomst.

Ved begge lejligheder blev musikere interviewet om løn- og arbejdsvilkår. Indsatsteamet vurderede, at der ikke var risiko for brud på arbejdsklausulen, og at der i den forbindelse ikke var grund til yderligere kontrol. Indsatsteamet har fremsendt konklusionerne til Mikkels Musikskole, og sagen er lukket.

DLA Piper Denmark
Advokatpartnerselskab
Oslo Plads 2
2100 København Ø
Danmark

T +45 33 34 00 00
CVR 35 20 93 52
dlapiper.dk

Notat

Til Børne- og Ungdomsforvaltningen
Københavns Kommune

Reference
424092/MSB

Fra Mikala Berg Dueholm
Partner, Advokat

Anders Nørgaard
Partner, Advokat

Dato 2. maj 2025

Udbudsretlig vurdering af levende musik i skolen (UDB)

1 Introduktion

I Københavns Kommunes budgetaftale 2023 ("Budgetaftalen"), blev det besluttet at afsætte midler til at sikre Københavns folkeskoleelever mindst én koncertoplevelse om året.

Af Budgetaftalen fremgår, at midlerne afsættes til deltagelse i Levende Musik i Skolens koncertordning.

Børne- og Ungdomsforvaltningen ("BUF") besluttede i foråret 2024 at gennemføre en tilbudsindhentning vedrørende rammeaftale om arrangering og afholdelse af skolekoncerter ("Rammeaftalen") med afsæt i de regler for konkurrenceudsættelse, som følger af udbudslovens § 193 ved offentlige indkøb under tærskelværdien uden klar grænseoverskridende interesse.

BUFs beslutning beroede ifølge dennes svar på en forespørgsel til Børne- og Ungdomsborgmesteren om "underbetaling af musikere i forbindelse med skolekoncerter – BR" den 12. december 2024 på følgende vurdering (vores fremhævning):

> *"Spm. 2.*
>
> *Hvorfor man ikke har nøjedes med en markedsafdækning og indhentet ét tilbud på baggrund af de ønsker, der lå i det vedtagne budgetønske, der eksplicit nævner Levende Musik i Skolen?*
>
> *Forvaltningen undersøgte indledningsvist om kontrakten med indkøb af skolekoncerter kunne tildeles direkte til LMS, eller om der skulle indhentes to eller flere tilbud.* ***Efter at have foretaget en markedsafdækning, der viste at der var flere interesserede leverandører, og grundet forvaltningens begrænsede markedskendskab blev det vurderet, at det ikke kunne sikres og dokumenteres, at indkøbet ville ske på markedsmæssige vilkår, hvis forvaltningen foretog en direkte tildeling til Levende Musik i Skolen (LMS).***

DLA Piper er en global advokatvirksomhed, der driver virksomhed gennem en række særskilte juridiske enheder. For yderligere oplysninger om disse enheder og DLA Pipers struktur henvises til siden Legal Notices på vores globale hjemmeside.

Vurderingen var derfor, at det var nødvendigt at indhente tilbud fra to eller flere leverandører for at sikre en fair og transparent konkurrence, og sikre at der blev købt ind på markedsmæssige vilkår. […]"

BUF indgik på baggrund af tilbudsindhentningen rammeaftale med leverandøren Mikkels Musikskole. BUF har herefter bedt DLA Piper vurdere følgende:

"Forvaltningen ønsker jeres juridiske vurdering af følgende:

Spørgsmål 1 *Var forvaltningen i henhold til udbudsreglerne eller øvrige forvaltningsretlige regler forpligtet til at indhente tilbud fra potentielle leverandører inden tildeling af en kontrakt til en privat leverandør af skolekoncerter, Mikkels Musikskole, eller kunne forvaltningen lovligt have tildelt midlerne direkte til anden leverandør "Levende Musik i Skolen" (herefter 'LMS')?*

a) *Var der allerede med Budgetaftalen 2023 hjemmel til at tildele midlerne direkte til LMS?*

b) *Er LMS den eneste aktør på markedet, som kan levere det, som var intentionen bag de afsatte midler i Budgetaftalen 2023?*

c) *Hvis der svares afkræftende på a) og b) ønskes det afdækket, om Københavns Kommune efter en udførlig markedsafdækning kunne have nøjes med kun at indhente tilbud fra LMS?*

Spørgsmål 2 *Hvis midlerne lovligt kunne have være direkte tildelt LMS, hvilke krav skulle da have været opfyldt?*

Spørgsmål 3 *Hvis det vurderes, at forvaltningen lovligt kunne tildele kontrakten til LMS uden en tilbudsindhentning, kan forvaltningen så ud fra udbuds-, aftale- eller offentligretlige regler lovligt opsige kontrakten med den nuværende leverandør med henblik på at tildele kontrakten til anden side for den resterende kontraktsum?"*

Til brug for vurderingen har vi modtaget:

- Mail af 9. december 2022 fra advokatfirmaet Horten, vedr. muligheden for direkte tildeling
- Københavns Kommunes budgetaftale 2023
- Københavns Kommunes budgetnotat
- Tilbudsindhentningsmateriale
- Hortens notat af 7. juni 2024 vedr. mulige konkurrencefordele som følge af statsstøtte

- Rammeaftale af 20. september 2024
- Klage af 1. oktober 2024 inkl. bilag
- Udkast til svarskrift af 10. oktober 2024
- Københavns Kommunes notat af 5. december 2024, der besvarer spørgsmål vedr. tildeling af Rammeaftalen
- Københavns Kommunes notat af 9. december 2024: "Oversigt over forløb med udmøntning af midler til skolekoncerter"

2 Konklusion

På baggrund af vurderingen under punkt 6 kan de stillede spørgsmål besvares kortfattet som følger:

1	"Var forvaltningen i henhold til udbudsreglerne eller øvrige forvaltningsretlige regler forpligtet til at indhente tilbud fra potentielle leverandører inden tildeling af en kontrakt til en privat leverandør af skolekoncerter, Mikkels Musikskole, eller kunne forvaltningen lovligt have tildelt midlerne direkte til anden leverandør "Levende Musik i Skolen" (herefter 'LMS')? "	Det er mest nærliggende, at BUF var forvaltningsretligt forpligtet til at indhente tilbud fra flere end en enkelt leverandør. Vi lægger navnlig vægt på, at BUF efter egen opfattelse havde begrænset markedskendskab, og at BUF i disse situationer formentlig er forpligtet til at foranstalte en markedsafsøgning, som ligger ud over ud over benchmarkundersøgelser eller iboende viden om markedet eller erfaring fra tidligere indkøb.
a	"Var der allerede med Budgetaftalen 2023 hjemmel til at tildele midlerne direkte til LMS? "	Nej.
b	"Er LMS den eneste aktør på markedet, som kan levere det, som var intentionen bag de afsatte midler i Budgetaftalen 2023?"	Med forbehold for manglende musikfaglig indsigt finder vi det mest nærliggende, at spørgsmålet må besvares benægtende.
c	"Hvis der svares afkræftende på a) og b) ønskes det afdækket, om Københavns Kommune efter en udførlig markedsafdækning kunne have nøjes med kun at indhente tilbud fra LMS?"	Det ville med stor sandsynlighed ikke have været tilstrækkeligt alene at indhente tilbud fra LMS. Se besvarelsen af spørgsmål 1.
2	"Hvis midlerne lovligt kunne have være direkte tildelt LMS, hvilke krav skulle da have været opfyldt?"	Undtagelsesbestemmelserne vurderes ikke at finde anvendelse. Se desuden besvarelsen af spørgsmål 1.
3	"Hvis det vurderes, at forvaltningen lovligt kunne tildele kontrakten til LMS uden en tilbudsindhentning, kan forvaltningen så ud fra udbuds-, aftale- eller offentligretlige regler lovligt opsige kontrakten med den	Se besvarelsen af spørgsmål 1 og 2.

	nuværende leverandør med henblik på at tildele kontrakten til anden side for den resterende kontraktsum?"	

3 Sagens forløb

Københavns Kommune afsatte ved Budgetaftalen midler til, at alle folkeskoleelever i Københavns Kommune kunne få koncertoplevelser i skolen. Af Budgetaftalen fremgår:

> ***"BU083 Levende musik i skolen***
> *Parterne er enige om, at Københavns folkeskoleelever fra 0-9. klasse skal sikres mindst én koncertoplevelse om året.*
>
> *Der afsættes:*
>
> *- 0,8 mio. kr. på service i 2023 og 1,8 mio. kr. årligt i 2024-2026 til deltagelse i Levende Musik i Skolens koncertordning."*

Som supplement hertil udarbejdede Børn- og ungdomsforvaltningen et budgetnotat ("Budgetnotatet").

BUF vurderede på baggrund af en markedsafdækning foretaget i vinteren 2022/2023, at der var flere mulige leverandører af koncertoplevelser i folkeskolen. BUF vurderede derfor, at Rammeaftalen ikke lovligt kunne tildeles Levende Musik i Skolen ved direkte tildeling.

Ved opfordringsskrivelse af 17. april 2024 ("Opfordringsskrivelsen") iværksatte BUF en tilbudsindhentning, hvor otte aktører blev opfordret til at afgive tilbud. BUF modtog tilbud fra tre aktører, heriblandt Levende Musik i Skolen og Mikkels Musikskole. På baggrund af kriterierne fastsat i tilbudsindhentningsmaterialet blev Rammeaftalen tildelt Mikkels Musikskole den 16. august 2024.

Københavns Kommune og Mikkels Musikskole indgik Rammeaftalen 20. september 2024.

Den 1. oktober 2024 klagede Levende Musik i Skolen over Københavns Kommunes beslutning om at tildele Rammeaftalen til Mikkels Musikskole uden forudgående EU-udbud. Klagen blev dog trukket tilbage, og Klagenævnet for Udbud har således ikke taget stilling i klagen.

4 Udvalgte aktører

4.1 Levende Musik i Skolen

Levende Musik i Skolen er en forening, der formidler skolekoncerter. Af foreningens hjemmeside fremgår blandt andet:

> *"Levende Musik i Skolen formidler først og fremmest skolekoncerter. Vores fokus er, at kvaliteten er høj, udbuddet stort, administrationen minimal og prisen attraktiv. Samtidig er ordningen fleksibel i forhold til særlige ønsker fra kommunen.*
>
> *LMS Koncertordning går i korte træk ud på at give alle kommunens skoleelever mindst én professionel koncert om året med tilhørende undervisningsmateriale. Undervisningsmaterialet er rettet til efter trinmålene for netop de årgange, der skal opleve koncerten."*

Levende Musik i Skolen er desuden beskrevet i Budgetnotatet, hvoraf fremgår:

> *"Levende Musik i Skolen (LMS) er en selvejende institution, der blandt andet leverer skolekoncerter til elever i folkeskolen. LMS arbejder med et koncept for skolekoncerter, hvor skolerne modtager en samlet pakke, der indeholder koncertoplevelser med professionelle musikere fra alle genrer og målrettet undervisningsmateriale til skolen i forbindelse med hver koncert. Med deltagelse i LMS' koncertordning sikres alle børn og unge i kommunens folkeskoler mindst én koncertoplevelse om året lige fra symfoniske koncerter over jazz, rock og folkemusik til opera, electronica og musik fra andre kulturer."*

4.2 Mikkels Musikskole

Mikkels Musikskole er en enkeltmandsvirksomhed, som blandt andet tilbyder musikundervisning og skolekoncerter. Af virksomhedens hjemmeside fremgår blandt andet:

> *"Vi tilbyder et bredt udvalg af koncerter, hvor indholdet er nøje tilpasset børn på alle alderstrin. Hver koncert ledsages af spændende undervisningsmaterialer, som inkluderer historiefortælling, interaktive elementer og meget mere. Disse materialer er tilgængelige for alle og er skræddersyet til indskolingen, mellemtrinnet og udskolingen.*
>
> *Vi har stor fokus på at skabe den bedst mulige koncertoplevelse for børn, så de ikke kun bliver underholdt, men også lærer og reflekterer over musikken. Vores koncerter vækker nysgerrighed og indlevelse, og vi sikrer, at alle får noget unikt ud af oplevelsen."*

5 Udbudsretlige rammer for tildeling

Rammeaftalen indgået med Mikkels Musikskole vedrører arrangering og afholdelse af skolekoncerter. Ydelsen skal efter vores vurdering kategoriseres i CPV-kode 79952100-3 *Tilrettelæggelse af kulturelle arrangementer*. Rammeaftalen vedrører dermed en "light-ydelse", jf. udbudslovens § 7, som afhængig af aftalens værdi og evt. grænseoverskridende interesse kan være omfattet af enten udbudslovens afsnit III, IV eller V.

Rammeaftalen er omfattet af udbudslovens afsnit III, hvis aftalens estimerede værdi overstiger 5.581.350 kr. ekskl. moms. Efter det oplyste er dette ikke tilfældet.

Aftaler, hvis værdi ikke overstiger tærskelværdien, er omfattet af udbudslovens afsnit IV, hvis de har klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens § 10, eller af udbudslovens afsnit V, hvis de ikke har klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens 11.

Visse typer af ydelser er som følge af særlige forhold undtaget udbudspligt. Dette gør sig bl.a. gældende for ydelser nævnt i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 1 (undtagelse til udbudslovens afsnit II, men finder formentligt også anvendelse på afsnit III, IV og V), hvorefter en kunstnerisk optræden under visse omstændigheder kan tildeles efter udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse (direkte tildeling) (vores understregning):

> *"En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør på grund af,*
>
> *1) at udbuddet har til formål at skabe eller erhverve et unikt kunstværk eller en unik kunstnerisk optræden,*
>
> *2) […]"*

Af bestemmelsens forarbejder følger (vores understregning):

"Bestemmelsen i stk. 3 fastslår, at hvis kontrakten kun kan leveres af en bestemt aktør, kan proceduren anvendes, hvis en af betingelserne i bestemmelsen er opfyldt. Det afgørende i forhold til om der er en bestemt aktør, er om der er andre forsyningskilder på markedet. I den forbindelse er det ikke tilstrækkeligt, at en aktør anses for at være bedst egnet til at udføre den pågældende opgave. Ordregiver kan ikke tilrettelægge sine krav således, at det er alene er en bestemt leverandør, der har mulighed for at opfylde dem.

Bestemmelsen i stk. 3, nr. 1, fastslår, at proceduren kan anvendes, hvis formålet med udbuddet er skabelse eller erhvervelse af et unikt kunstværk eller en unik kunstnerisk optræden.

[..]

Kun situationer med objektiv eksklusivitet kan berettige anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse, hvor situationen med eksklusivitet ikke er skabt af ordregiveren selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure."

Tilsvarende følger af udbudsdirektivets præambelbetragtning 50:

"I betragtning af de negative konsekvenser for konkurrencen bør udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kun anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder. Denne undtagelse bør begrænses til tilfælde, hvor offentliggørelse enten ikke er mulig af tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives den ordregivende myndighed, eller hvor det fra begyndelsen er klart, at offentliggørelse ikke vil udløse mere konkurrence eller give bedre indkøbsresultater, ikke mindst fordi der objektivt kun er én økonomisk aktør, der kan udføre kontrakten. Dette gælder for kunstværker, hvor kunstnerens identitet i sig selv bestemmer selve kunstværkets unikke karakter og værdi. Der kan også være andre grunde til eksklusivitet, men kun situationer med objektiv eksklusivitet kan berettige anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse, hvor situationen med eksklusivitet ikke er skabt af den ordregivende myndighed selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure."

Der findes ikke dansk praksis om bestemmelsen.

5.1 **Ad Spørgsmål 1**

"*Var forvaltningen i henhold til udbudsreglerne eller øvrige forvaltningsretlige regler forpligtet til at indhente tilbud fra potentielle leverandører inden tildeling af en kontrakt til en privat leverandør af skolekoncerter, Mikkels Musikskole, eller kunne forvaltningen lovligt have tildelt midlerne direkte til anden leverandør "Levende Musik i Skolen" (herefter 'LMS')?*"

5.2 Udbudslovens § 193: Indkøb under tærskelværdien uden klar, grænseoverskridende interesse og på markedsmæssige vilkår

Udbudslovens afsnit V fastsætter regler for offentlige ordregiveres indkøb under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse.

Vi har i overensstemmelse med BUFs vurdering forud for tilbudsindhentningen lagt til grund, at Rammeaftalens estimerede værdi ikke oversteg tærskelværdien for EU-udbud for ydelser omfattet af udbudslovens afsnit III, og at Rammeaftalen ikke har klar grænseoverskridende interesse, hvorfor indkøbet er omfattet af udbudslovens afsnit V frem for afsnit IV.

Af udbudslovens § 193 følger:

> *"En ordregiver skal forud for indgåelse af vare- og tjenesteydelseskontrakter uden klar grænseoverskridende interesse, jf. § 11, sikre sig, at indkøbet foregår på markedsmæssige vilkår. Dette kan eksempelvis ske, ved at ordregiveren*
>
> *1) gennemfører en markedsafdækning og på grundlag af denne indhenter ét tilbud,*
>
> *2) indhenter to eller flere tilbud eller*
>
> *3) annoncerer på ordregiverens hjemmeside eller i overensstemmelse med de regler, der er indført i medfør af § 191, stk. 2.*
>
> *[…]*
>
> *Stk. 4.*
> *Ordregiveren skal i fornødent omfang kunne dokumentere, at købet er foregået på markedsmæssige vilkår, jf. stk. 1."*

Det har ifølge lovbemærkningerne undtagelsens karakter, at en kontrakt omfattet af afsnit V kan tildeles direkte til en leverandør. Dette forudsætter, at Kommunen havde aktuel viden om

markedet, eksempelvis via benchmarkundersøgelser eller ved nylig erfaring fra tidligere indkøb.

I tilfælde uden dette forudgående kendskab er der næppe adgang til at indgå kontrakt uden at foretage en reel afsøgning af markedet i form af indhentelse af flere tilbud, som § 193 ellers giver adgang til, jf. de specielle bemærkninger herom.

BUF har i sit svar på en forespørgsel til Børne- og Ungdomsborgmesteren om *"underbetaling af musikere i forbindelse med skolekoncerter – BR"* den 12. december 2024 oplyst følgende:

> *"BUF havde efter egen opfattelse **begrænset markedskendskab** og vurderede, at det **ikke kunne sikres og dokumenteres, at indkøbet ville ske på markedsmæssige vilkår**, hvis forvaltningen foretog en direkte tildeling til Levende Musik i Skolen (LMS)."*

Det falder udenfor nærværende notat at vurdere BUFs egen opfattelse af, at BUF ikke besad et markedskendskab som angivet, eller om BUF kunne have opnået et sådant markedskendskab.

Udgangspunktet vil dog være, at BUF i tilfælde af et begrænset markedskendskab er forvaltningsretligt forpligtet til at gennemføre en markedsafsøgning, som ligger ud over benchmarkundersøgelser eller iboende viden om markedet eller erfaring fra tidligere indkøb.

Synspunktet støttes videre af LMS' særlige forvaltningsretlige stilling som støttet aktør samt af det forhold, at LMS efter det oplyste var 16 % dyrere pr. elev end Mikkels Musikskole (det lægges til grund, at tilbuddet fra LMS ikke indeholdt øvrige fordele, som opvejede denne højere pris; dette bør i modsat fald undersøges).

Bestemmelsens stk. 1, nr. 3, giver også adgang til hjemmesideannoncering, men dette ville ved flere interessetilkendegivelser potentielt kunne udmønte sig i konkurrence mellem flere, hvorfor denne fremgangsmåde ikke ses at være relevant i forhold til det stillede spørgsmål.

5.3 Ikke-udbud: Udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 1 og andre undtagelsesbestemmelser

Det er relevant at overveje, om Rammeaftalen kunne tildeles uden at følge udbudslovens procedureregler med afsæt i principperne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 1 om indkøb af en kunstnerisk optræden.

Rammeaftalen vedrører, jf. afsnit 5, en "light-ydelse", som afhængig af aftalens værdi og evt. grænseoverskridende interesse kan være omfattet af enten udbudslovens afsnit III, IV eller V.

Det følger af Opfordringsskrivelsen, at tilbuddets samlede kontraktsum maksimalt måtte være op til 4.125.000 kr. ekskl. moms. Rammeaftalens estimerede værdi oversteg derfor ikke tærskelværdien for udbudslovens afsnit III på 5.581.350 kr. ekskl. moms.

Udgangspunktet er herefter, at Rammeaftalen er omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V, afhængigt af, om Rammeaftalen har klar grænseoverskridende interesse. Rammeaftalen har efter vores vurdering ikke klar grænseoverskridende interesse og er derfor omfattet af afsnit V.

Eftersom indkøbet er omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V, finder undtagelsen i udbudslovens § 80 ikke direkte anvendelse, da denne er placeret i udbudslovens afsnit II.

Vi vurderer dog, at principperne i udbudslovens § 80 også finder anvendelse på indkøb omfattet af udbudslovens afsnit IV og V, idet § 80 er en udmøntning af udbudslovens grundlæggende principper, navnlig proportionalitetsprincippet, og idet disse principper også danner rammerne for indkøb efter udbudslovens afsnit IV og V. Det ville i øvrigt modvirke hensynet bag de mere lempelige procedurer i udbudslovens afsnit IV og V, hvis indkøb omfattet heraf ikke kunne undtages fra procedurerne på samme betingelser, som indkøb omfattet af udbudslovens afsnit II kan undtages.

Vi vurderer således, at principperne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 1 om indkøb af kunstnerisk optræden kan anvendes til at undtage indkøbet fra udbudslovens procedureregler, hvis betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt.

Den ydelse, der indkøbes, er arrangering og afholdelse af skolekoncerter. Hverken Budgetaftalen eller Budgetnotatet afgrænser nærmere, hvilket kunstnerisk udtryk der ønskes, bortset fra, at dokumenterne identificerer Levende Musik i Skolen som leverandør. Det følger desuden af Budgetnotatet, at Levende Musik i Skolen tilbyder koncerter inden for mange forskellige genrer. Det afgørende for valget synes således at være muligheden for variation i de koncerter, der tilbydes.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 3, såvel som udbudsdirektivets præambelbetragtning 50, at en forudsætning for at anvende undtagelsesbestemmelserne er, at der foreligger objektiv eksklusivitet.

Baseret på beskrivelserne fra hjemmesiden for Levende Musik i Skolen hhv. Mikkels Musikskole, vurderer vi, at de to aktører leverer sammenlignelige ydelser, og at der således umiddelbart ikke foreligger objektiv eksklusivitet. Begge aktører tilbyder således også koncertoplevelser inden for en række forskellige genrer. Med andre ord er der flere aktører, der tilbyder samme ydelse, og der er således objektivt mulighed for at gennemføre en konkurrenceudsættelse. BUF identificerede i overensstemmelse hermed otte relevante aktører i en markedsafdækning forud for tilbudsindhentningen.

Konkurrenceudsættelse kan dog undlades, hvis Kommunens behov af kunstneriske årsager kun kan opfyldes af én leverandør. Dette er ifølge udbudsdirektivets præambelbetragtning 50 tilfældet, hvis "*kunstnerens identitet i sig selv bestemmer selve kunstværkets unikke karakter og værdi*".

Vi vurderer, at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 1, ikke er opfyldt i Københavns Kommunes tilfælde. Det skyldes navnlig, at der ikke indkøbes en konkret kunstnerisk optræden, som skal opfylde kommunens behov af kunstnerisk karakter. Det, der indkøbes, er derimod en kombination af uspecificerede kunstneriske ydelser, ydelser med uddannelsesformål og administrative ydelser.

Derudover vurderer vi, at udbudslovens øvrige undtagelsesbestemmelser ikke har relevans for vurderingen.

Endelig bemærker vi, at den politiske beslutning i Budgetaftalen ikke i sig selv kan begrunde fravigelse af udbudsreglerne.

Spørgsmål 1 må derfor besvares sådan, at de forvaltningsretlige regler som det mest nærliggende forpligtede BUF til at indhente tilbud fra potentielle leverandører inden tildeling af en kontrakt til en privat leverandør af skolekoncerter.

5.4 Ad Spørgsmål a

"*Var der allerede med Budgetaftalen 2023 hjemmel til at tildele midlerne direkte til LMS?*"

Spørgsmål a må besvares benægtende, jf. punkt 5.1 - 5.3 ovenfor.

5.5 Ad Spørgsmål b

"*Er LMS den eneste aktør på markedet, som kan levere det, som var intentionen bag de afsatte midler i Budgetaftalen 2023?*"

Det fremgik af budgetaftalen 2023, at

"BU083 Levende musik i skolen Parterne er enige om, at Københavns folkeskoleelever fra 0-9. klasse skal sikres mindst én koncertoplevelse om året. "

Endvidere fremgik det af Budgetnotatet, at koncertoplevelsen omfatter

"[…] lige fra symfoniske koncerter over jazz, rock og folkemusik til opera, electronica og musik fra andre kulturer […]"

Vi har ikke det musikfaglige belæg for at besvare det stillede Spørgsmål b med vished.

Henset til budgetaftalens brug af formuleringen, "koncertoplevelse", som må forstås med en vis bredde, finder vi det mest nærliggende at besvare Spørgsmål 2b) benægtende, også henset til at der synes at være i hvert fald to aktører, jf. afsnit 4 ovenfor.

5.6 **Ad c)**

"*Hvis der svares afkræftende på a) og b) ønskes det afdækket, om Københavns Kommune efter en udførlig markedsafdækning kunne have nøjes med kun at indhente tilbud fra LMS?*"

Henset til oplysningerne om forvaltningens kendskab og ikke mindst resultatet af tilbudsindhentningen ville det med stor sandsynlighed ikke have været tilstrækkeligt at indhente tilbud fra LMS.

Der henvises desuden til svaret på Spørgsmål 1 og 2.

5.7 **Ad Spørgsmål 2**

"*Hvis midlerne lovligt kunne have være direkte tildelt LMS, hvilke krav skulle da have været opfyldt?*"

I så fald skulle omstændighederne tilsige, at Kommunen kunne bringe en af undtagelsesbestemmelser i udbudslovens i anvendelse. De relevante kunne være:

- Udbudslovens § 80, stk. 3, hvor kun én leverandør kan levere ydelsen, eksempelvis fordi det drejer sig om et unikt kunstværk eller kunstnerisk optræden (denne behandles under spørgsmål 1), der ikke er konkurrence af tekniske grunde, eller leverandøren har en eksklusiv rettighed, fx ophavsret, eller

- Udbudslovens § 80, stk. 5, hvor det er strengt nødvendigt, og uforudsete, tvingende omstændigheder gør det umuligt at overholde de normale udbudsfrister, eller

- Udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 2, ved supplerende leverancer fra den oprindelige leverandør, hvis et leverandørskifte ville medføre teknisk uforenelighed eller urimelige tekniske problemer i drift og vedligeholdelse, eller

- Hvor det utvivlsomt kan konstateres, at kun én leverandør kan levere det udbudte, og årsagen hertil ikke skyldes en kunstig indskrænkning af konkurrencen.

Undtagelserne vurderes imidlertid ikke at kunne anvendes på den konkrete anskaffelse.

5.8 **Ad Spørgsmål 3**

"*Hvis det vurderes, at forvaltningen lovligt kunne tildele kontrakten til LMS uden en tilbudsindhentning, kan forvaltningen så ud fra udbuds-, aftale- eller offentligretlige regler lovligt opsige kontrakten med den nuværende leverandør med henblik på at tildele kontrakten til anden side for den resterende kontraktsum?*""

Der henvises til besvarelsen af Spørgsmål 1 og 2 angående adgangen til at tildele aftalen med LMS uden tilbudsindhentning.

Uanset denne vurderinger bemærker vi, at det følger af Aftalens punkt 8, at denne kan opsiges af begge Parter til udgangen af en måned med et skriftligt varsel på 3 måneder. Opsigelsesadgangen er fri.

Med venlig hilsen

Mikala Berg Dueholm
Partner, Advokat
DLA Piper Denmark Advokatpartnerselskab

M +4521298756
E mikala.berg.dueholm@dk.dlapiper.com