



FOLKETINGET
RIGSREVISIONEN

April 2020

Rigsrevisionens notat om

**udbuddet i 2019 af den
digitale public service-
radiokanal med fokus
på kultur**

Udbuddet i 2019 af den digitale public service-radiokanal med fokus på kultur

30. marts 2020

RN 404/20



Konklusion

Kulturministeren udstedte den 9. juli 2019 en bekendtgørelse om udbud af en digital public service-radiokanal med fokus på kultur (den nye DAB-kanal). Med hjemmel i udbudsbekendtgørelsen offentliggjorde Radio- og tv-nævnet den 26. juli 2019 udbuddet af den nye DAB-kanal. Det fremgik af udbudsmaterialet, at ansøgningerne ville blive vurderet ud fra 3 vægtede vurderingskriterier. Interesserede parter kunne inden ansøgningsfristen deltage på et informationsmøde og i en efterfølgende spørgerunde. Ved ansøgningsfristen den 20. september 2019 havde nævnet modtaget 3 ansøgninger. Nævnet vurderede, at alle 3 ansøgninger havde mangler, og indhentede derfor yderligere dokumentation hos ansøgerne. Nævnet indhentede ekstern revisionsbistand som bidrag til vurderingen af ansøgningerne. Afgørelsen blev truffet af nævnet på et møde den 22. oktober 2019.

Rigsrevisionen vurderer, at Radio- og tv-nævnet i al væsentlighed har fulgt de gældende forvaltningsretlige regler på området og har overholdt bestemmelserne i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og udbudsbekendtgørelsen i forbindelse med afgørelsen om den nye DAB-kanal. Rigsrevisionen baserer denne del af konklusionen på følgende:

- Nævnets udbudsmateriale inkl. ansøgningsskemaer, informationsmøde og spørgerunde lever op til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne.
- Nævnets indhentning af supplerende oplysninger skete under hensyntagen til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne.
- Nævnets udsendte begrundelse for afgørelsen er i overensstemmelse med forvaltningslovens formelle krav.

Det er Rigsrevisionens vurdering, at nævnet på enkelte områder i højere grad kunne have iagttaget god praksis og nævnets forretningsorden, samt at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne kunne have været understøttet yderligere. Rigsrevisionen baserer denne del af konklusionen på følgende:

- Det ville være udtryk for god praksis, hvis Radio- og tv-nævnet havde nedskrevne retningslinjer og procedurer, der understøtter, at habilitetsreglerne iagttages. Der er dog ingen indikationer på inhabilitet i forbindelse med afgørelsen.

- Det ville have været hensigtsmæssigt, hvis Radio- og tv-nævnets overvejelser om partshøring, på det tidspunkt hvor nævnet havde modtaget den eksterne revisionsrapport, var dokumenteret.
- Det ville have været hensigtsmæssigt, hvis Radio- og tv-nævnet havde dokumenteret, at alle nævnsmedlemmer havde tilsluttet sig, at forretningsordenens tidsfrist kunne fraviges.
- Det vil øge gennemsigtigheden for ansøgerne, hvis alle dele af evalueringsmetoden i fremtidige udbud entydigt fastlægges og beskrives i udbudsmaterialet. Det vil desuden understøtte hensynet til ligebehandling af ansøgerne, idet evalueringsmetoden derved ikke kan bero på Radio- og tv-nævnets valg eller vurdering efter åbning af ansøgningerne.
- Radio- og tv-nævnets valg af afrundingsmetode i udbudsmaterialet indebærer generelt en lille risiko for, at den endelige vinder ikke er den ansøger, der har fået flest point for de enkelte underkriterier. I denne sag ville en anden praksis dog ikke i sig selv have betydet, at afgørelsen var blevet en anden.

I. Indledning

Baggrund

1. Dette notat handler om udbuddet af den digitale public service-radiokanal med fokus på kultur (den nye DAB-kanal), som blev gennemført i 2. halvår 2019.

2. Baggrunden for notatet er en anmodning fra Statsrevisorerne den 2. december 2019. Statsrevisorerne begrundet bl.a. anmodningen med, at der efter afgørelsen af udbuddet har været kritik af Radio- og tv-nævnets sagsbehandling, herunder kritik af manglen på klageadgang over nævnets afgørelser, samt det forhold, at radiokanalen Radio24syv den 22. november 2019 indledte en retssag mod nævnet.

Statsrevisorerne har anmodet Rigsrevisionen om et notat, der indeholder følgende:

- en faktuel beskrivelse af sagsforløbet i forbindelse med Radio- og tv-nævnets behandling af og stillingtagen til udbudsmaterialet fra de 3 ansøgere
- en vurdering af, om gældende love og regler på området er blevet overholdt.

Afgrænsning og metode

3. Den faktuelle beskrivelse af sagsforløbet gennemgås i kapitel II. Vurderingen af, om gældende love og regler på området er blevet overholdt, besvares i kapitel III.

Rigsrevisionen har overvejet at afgive undersøgelsen som en beretning. Radio- og tv-nævnet og Kulturministeriet har imidlertid bebudet en række initiativer på baggrund af Rigsrevisionens undersøgelse. Der er derfor efter Rigsrevisionens vurdering ikke behov for at afgive en beretning, som kulturministeren efterfølgende vil skulle forholde sig til i en redegørelse til Statsrevisorerne, jf. rigsrevisorlovens § 18, stk. 2.

Radio- og tv-nævnet

Radio- og tv-nævnet varetager en række opgaver på radio- og tv-området. Nævnet rådgiver kulturministeren, uddeler tilladelser og yder tilskud til programvirksomhed, fører tilsyn med public servicevirksomheder og træffer afgørelser vedrørende reklamer samt DR og TV2-regio-nerne.

4. Udbuddet er gennemført i henhold til bekendtgørelse om udbud af digital public-service-radiokanal med fokus på kultur (bekendtgørelse nr. 719 af 9. juli 2019). Udbudsbekendtgørelsen er udstedt i medfør af § 45, stk. 5, i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed (lovbekendtgørelse nr. 248 af 16. marts 2019). Det fremgår af udbudsmaterialet, at Radio- og tv-nævnet udbyder tilladelse til at udøve public service-programvirksomhed i form af en digital radiokanal med tilskud.

Radio- og tv-nævnets afgørelse om tilladelse til programvirksomhed er truffet med hjemmel i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed § 42, stk. 1, nr. 1. Ifølge lovens § 40, stk. 1, kan Radio- og tv-nævnets afgørelser efter § 41-44 b ikke indbringes for anden administrativ myndighed. Det følger umiddelbart heraf, at ansøgere, der ikke vinder udbuddet, ikke har nogen administrativ klageadgang – fx til Klagenævnet for Udbud.

Radio- og tv-nævnets udbudsproces er ikke omfattet af reglerne i udbudsloven, idet der ikke er tale om indgåelse af en offentlig kontrakt. Nævnets afgørelse er derimod en begunstigende forvaltningsafgørelse (for den vindende ansøger), som indeholder 2 dele – udstedelse af en tilladelse til programvirksomhed og tildeling af et tilskud.

5. I vores vurdering i kapitel III af, om gældende love og regler på området er overholdt, har vi ud over bestemmelserne i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, udbudsbekendtgørelsen og forretningsordenen for Radio- og tv-nævnet lagt forvaltningsloven og de forvaltningsretlige principper til grund. Udbuddet kan have grænseoverskridende interesse, og Radio- og tv-nævnets afgørelse skal derfor også overholde de almindelige EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Besvarelsen i kapitel III er afgrænset til perioden, fra Radio- og tv-nævnet går i gang med at forberede udbuddet på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, og indtil nævnets afgørelse offentliggøres. Besvarelsen er således afgrænset fra at vurdere Kulturministeriets udarbejdelse af udbudsbekendtgørelsen.

Undersøgelsen tager afsæt i:

- lov om radio- og fjernsynsvirksomhed (lovbekendtgørelse nr. 248 af 16. marts 2019)
- bekendtgørelse om forretningsordenen for Radio- og tv-nævnet (bekendtgørelse nr. 1527 af 16. december 2013)
- bekendtgørelse om udbud af digital public service-radiokanal med fokus på kultur (bekendtgørelse nr. 719 af 9. juli 2019)
- udbudsmaterialet (26. juli 2019)
- forvaltningsloven (lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014).

6. Undersøgelsen er baseret på en gennemgang af materiale om forberedelsen og afgørelsen af sagen, som vi har modtaget fra Kulturministeriet, Slots- og Kulturstyrelsen og Radio- og tv-nævnet, eller som ligger offentligt tilgængeligt på styrelsens hjemmeside. Vi har desuden holdt møder med Kulturministeriets departement og styrelsen for at afdække forløbet.

7. Radio- og tv-nævnet er nedsat af kulturministeren og varetager en række opgaver på radio- og tv-området. Nævnet træffer bl.a. afgørelse om tilladelse af programvirksomhed, udsteder sådanne tilladelser og fører tilsyn med programvirksomheden. Slots- og Kulturstyrelsen yder sekretariatsbistand til nævnet, herunder indkaldelse og udsendelse af materiale til nævnsmøderne.

Sagsbehandlingen i denne sag har i perioden, fra Kulturministerens udstedelse af udbudsbekendtgørelsen den 9. juli 2019, til Radio og tv-nævnets møde den 22. oktober 2019, ligget i Slots- og Kulturstyrelsen i dens egenskab af sekretariat for nævnet.

8. Der foreligger et beslutningsreferat fra mødet i Radio- og tv-nævnet den 22. oktober 2019, hvor den endelige afgørelse blev truffet med udgangspunkt i en evalueringsrapport. Det fremgår alene heraf, at Slots- og Kulturstyrelsen gennemgik udkastet til evalueringsrapporten punkt for punkt med løbende drøftelser i nævnet. Referatet gengiver ikke, hvilke drøftelser nævnet havde om udkastet, og derfor har Rigsrevisionen ikke haft mulighed for at undersøge nævnets konkrete drøftelser på mødet.

9. Der var 3 ansøgere til programtilladelsen: 1. Kulturradio Danmark A/S (herefter LOUD), PeopleGroup Five A/S (herefter Radio24syv) og dk4-Radio ApS. Radio- og tv-nævnet afgjorde, at programtilladelsen skulle tilfalde LOUD. Radio24syv indstævnedede efterfølgende nævnet for Københavns Byret med påstand om, at nævnets afgørelse var ugyldig. Radio24syv gjorde følgende 3 anbringender gældende til støtte for påstanden:

1. Nævnet var inhabilt.
2. Nævnet burde have afvist ansøgningen fra LOUD, fordi den havde mangler.
3. Nævnet fastsatte evalueringsmetoden for sent.

Rigsrevisionen har ikke kompetence til at vurdere, om afgørelsen var ugyldig. Kompetencen til at afgøre dette ligger i første omgang hos Radio- og tv-nævnet selv og ellers hos domstolene. Rigsrevisionen har heller ikke kompetence til at vurdere nævnets konkrete faglige vurderinger. Derfor er dette notat afgrænset fra at behandle stævningens anbringende nr. 2. Rigsrevisionen har kompetence til at kunne vurdere, om gældende love og regler formelt er overholdt. Notatet behandler derfor stævningens anbringende nr. 1, fordi reglerne om inhabilitet er klart defineret i forvaltningsloven, og det er et spørgsmål, som Rigsrevisionen før har taget stilling til. Notatet behandler ligeledes stævningens anbringende nr. 3 ud fra ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne.

II. Faktuel beskrivelse af sagsforløbet

10. Udbuddet af den nye DAB-radiokanal udspringer af et forlig om medieaftalen for 2019-2023, der blev indgået den 29. juni 2018 mellem regeringen (Venstre, Liberal Alliance og Det Konservative Folkeparti) og Dansk Folkeparti. På den baggrund indgik forligspartierne den 3. maj 2019 en tillægsaftale om udbuddet af en DAB-radiokanal med fokus på en bred kulturdækning.

Den 27. juni 2019 tiltrådte en ny regering (Socialdemokratiet). Regeringen besluttede at fastholde udbuddet af DAB-radiokanalen. Efter aftale med medieordførerne fra regeringens støttepartier udstedte kulturministeren den 9. juli 2019 bekendtgørelsen for udbuddet. Bekendtgørelsen tog udgangspunkt i et udkast, der havde været i høring i perioden 3.-20. maj 2019 under den tidligere kulturminister. I forhold til udkastet blev den endelige bekendtgørelse ændret på 2 punkter. For det første blev det ikke tilladt kanalen at sende reklamer. For det andet blev opstartsdatoen ændret fra den 1. marts 2020 til valgfri opstartsdatoen i perioden 1. november 2019 - 1. april 2020. Det muliggjorde, at Radio24syv, hvis den vandt udbuddet, kunne begynde at sende på DAB-kanalen umiddelbart efter, at den hidtidige FM-tilladelse udløb den 31. oktober 2019.

11. Tabel 1 viser de væsentlige begivenheder for udbuddet af DAB-radiokanalen.

Tabel 1
Forløbet for udbuddet af DAB-radiokanalen

9. juli 2019	Kulturministeren udsteder udbudsbekendtgørelsen (ikrafttrædelsesdato den 12. juli 2019).
26. juli 2019	Åbning af udbud (udbudsmateriale offentliggøres).
19. august 2019	Informationsmøde om udbuddet.
26. august 2019	Skriftlig spørgsmåls- og svarrunde afsluttes og offentliggøres.
20. september 2019	Ansøgningsfrist – 3 ansøgninger modtages.
24.-25. september 2019	Slots- og Kulturstyrelsen kontakter de 3 ansøgere for at få supplerende oplysninger.
11. oktober 2019	Radio- og tv-nævnet modtager vurdering fra ekstern revisor.
22. oktober 2019	Radio- og tv-nævnet træffer afgørelse og udsteder tilladelsen til programvirksomhed til LOUD.
25.-29. oktober 2019	Spørgerunde for ansøgerne.
30. oktober 2019	Kammeradvokatens notat om muligheden for tilbagekaldelse af tilladelsen.
1. november 2019	Radio- og tv-nævnets svar på ansøgernes spørgsmål offentliggøres.
5. november 2019	Bredt ordførermøde i Kulturministeriet med deltagelse af formandskabet for Radio- og tv-nævnet.
5. november 2019	Kammeradvokatens notat om hældningsgraden.
22. november 2019	Radio24syv stævner Radio- og tv-nævnet.
23. december 2019	Radio- og tv-nævnets svarskrift til stævningen.
14. februar 2020	Kendelse fra Københavns Byret med afvisning af opsættende virkning og afvisning af henvisning til Østre Landsret.

Kilde: Rigsrevisionen.

12. Radio- og tv-nævnet er nedsat af kulturministeren og varetager en række opgaver på radio- og tv-området. Nævnet træffer bl.a. afgørelse om tilladelse af programvirksomhed, udsteder sådanne tilladelser og fører tilsyn med programvirksomheden. Slots- og Kulturstyrelsen yder sekretariatsbistand til nævnet, herunder indkaldelse og udsendelse af materiale til nævnsmøderne.

Sagsbehandlingen i denne sag har i perioden fra kulturministerens udstedelse af udbudsbekendtgørelsen den 9. juli 2019 og frem til Radio og tv-nævnets møde den 22. oktober 2019 ligget i Slots- og Kulturstyrelsen i dens egenskab af sekretariat for nævnet.

13. Radio- og tv-nævnet offentliggjorde udbudsmaterialet den 26. juli 2019. Udbudsmaterialet præciserede kravene til ansøgningerne, de kriterier, nævnet ville tildele programtilladelsen efter, og vilkårene for tilladelsen. Det fremgik af udbudsmaterialet, at nævnet efter modtagelsen af ansøgningerne først ville vurdere, om ansøgningerne indeholdt de krævede oplysninger, og herefter eventuelt tage kontakt til ansøgeren med henblik på supplering, præcisering eller fuldstændiggørelse af ansøgningen. Herefter ville nævnet foretage en samlet vurdering af ansøgningerne ud fra 3 vægtede vurderingskriterier:

- kvaliteten og realismen i ansøgers plan for driften (35 %)
- størrelsen af det samlede tilskud (25 %)
- indholdet af de i ansøgningen beskrevne programplaner (40 %).

Bedømmelsen af hvert af de 3 vurderingskriterier skulle ske ved en tildeling af point på en skala fra 0 til 8, som var defineret i udbudsmaterialet. Der var mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet forud for ansøgningsfristen.

14. Ved ansøgningsfristen den 20. september 2019 havde nævnet modtaget 3 ansøgninger. Slots- og Kulturstyrelsen vurderede indledningsvist, at alle 3 ansøgninger havde mangler, og kontaktede derfor ansøgerne for at få tilsendt yderligere dokumentation. Styrelsen vurderede herefter, at alle 3 ansøgninger levede op til betingelserne i udbudsmaterialet.

15. Slots- og Kulturstyrelsen anmodede den 25. september 2019 et eksternt revisionsfirma om bistand til brug for vurderingen af underkriteriet om budgettets kvalitet og realisme. Det eksterne revisionsfirmas vurdering af budgetternes realisme og ansøgernes finansielle formåen var baseret på ansøgernes vedlagte budgetter, seneste årsrapporter og revisorerklæringer. Det eksterne revisionsfirma afleverede sin vurdering til nævnet den 11. oktober 2019.

16. Afgørelsen blev truffet af Radio og tv-nævnet på et møde den 22. oktober 2019. Radio- og tv-nævnets behandling tog udgangspunkt i en indstilling fra Slots- og Kulturstyrelsen, der bestod i et udkast til en evalueringsrapport, et udkast til tilladelse og udkast til afgørelser til de 3 ansøgere. Nævnet vedtog evalueringsrapporten med 6 ændringer. Den ene ændring bestod af en indledende vurdering af LOUDs samarbejdsaftaler, og de 5 øvrige ændringer omhandlede tilføjelser eller omformuleringer i begrundelserne for pointreduktioner under enkelte underkriterier. Der blev ikke ændret i pointtildelingen.

Det fremgår af den offentliggjorte evalueringsrapport, at nævnet ud fra en samlet vurdering tildelte LOUD 6,65 point, Radio24syv 5,10 point og dk4-Radio 4,65 point. Nævnet udstedte derfor programtilladelsen til LOUD den 22. oktober 2019.

17. Efterfølgende var der i medierne kritik af afgørelsen. Radio- og tv-nævnet gav på den baggrund de 3 ansøgere mulighed for at fremsende administrative og juridiske spørgsmål til processen. Nævnet besvarede skriftligt de indsendte spørgsmål den 1. november 2019 og havde til grund herfor indhentet supplerende bidrag fra det eksterne revisionsfirma. Nævnet medgav, at der kunne have været anvendt en mere matematisk korrekt metode i forhold til, at et af underkriterierne skulle tillægges særlig vægt. Derudover vurderede nævnet, at såfremt den samlede opsummering fra det eksterne revisionsfirma havde afspejlet, at LOUDs budget havde enkelte mangler, kunne det have ført til en reduceret pointtildeling til LOUD i et specifikt underkriterie til kriteriet om ansøgers plan for driften. Nævnet bemærkede dog, at en anden vurdering af de 2 forhold ikke ville have ændret på det samlede resultat.

18. Kulturministeren inviterede medieordførerne fra alle Folketingets partier til møde den 5. november 2019 i Kulturministeriet, hvor forløbet blev drøftet. Radio- og tv-nævnets formandskab deltog på mødet.

19. Sideløbende indhentede Kulturministeriet juridisk rådgivning fra Kammeradvokaten. Den 30. oktober 2019 vurderede Kammeradvokaten i et notat til Kulturministeriet, at Radio- og tv-nævnet kun ville være forpligtet og berettiget til at tilbagekalde programtilladelsen, hvis nævnet vurderede, at der var sket væsentlige sagsbehandlingsfejl. Kammeradvokaten vurderede også, at ansøgerne ikke havde nogen administrativ klageadgang.

I et efterfølgende notat fra den 5. november 2019 fremgår det, at Radio- og tv-nævnet anmodede Kammeradvokaten om at vurdere, om det forhold, at den endelige hældningsgrad i pointmodellen først blev fastlagt på et møde den 22. oktober 2019 i nævnet og dermed ikke fremgik af udbudsmaterialet, kunne udgøre en væsentlig fejl, som kunne føre til, at programtilladelsen kunne eller skulle tilbagekaldes. Kammeradvokaten vurderede sammenfattende, at det ikke ud fra de foreliggende oplysninger i sig selv kunne anses for en væsentlig retlig fejl, der kunne begrunde, at den udstedte programtilladelse tilbagekaldtes.

20. Den 22. november 2019 sendte Radio24syv en stævning af Radio- og tv-nævnet til Københavns Byret. I stævningen blev der nedlagt påstand om afgørelsens ugyldighed samt betaling af erstatning på 980.000 kr. Radio24syv anmodede om, at sagen blev henvist til Østre Landsret. De anmodede desuden om, at søgsmålet blev tillagt opsættende virkning.

Den 23. december 2019 sendte Radio- og tv-nævnet et svarskrift til stævningen. Heri blev der nedlagt påstand om frifindelse, ligesom nævnet protesterede mod, at søgsmålet skulle tillægges opsættende virkning, og at sagen skulle henvises til Østre Landsret.

Den 14. februar 2020 afsagde Københavns Byret kendelse om, at søgsmålet ikke skulle have opsættende virkning, idet retten ikke fandt, at betingelserne herfor var opfyldt. Derudover fandt retten, at sagen ikke skulle henvises til Østre Landsret, idet sagen ikke var af principiel karakter og ikke havde generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen eller havde væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt.

Imødekomne kritikpunkter

Radio- og tv-nævnet medgav i svarene på spørgsmålene til afgørelsen at:

- momsangivelsen i LOUDs budget var uklar, og det kunne have ført til en reduktion på 1 point for et underkriterie til vurderingskriteriet om planen for driften
- der kunne have været anvendt en mere matematisk korrekt metode til vægtningen af vurderingskriteriet om programplaner.

III. Vurdering af, om gældende love og regler på området er blevet overholdt

21. I dette kapitel lægger vi forvaltningsloven og de forvaltningsretlige principper til grund for vores vurdering. Da udbuddet kunne have grænseoverskridende interesse, lægger vi også de almindelige EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed til grund.

Vi har på den baggrund opdelt kapitlet i 2 dele:

- Vejledning af ansøgerne – perioden fra Radio- og tv-nævnet går i gang med at forberede udbudsmaterialet på baggrund af udbudsbekendtgørelsen frem til ansøgningerne modtages.
- Behandling af ansøgningerne – perioden fra ansøgningerne modtages, til Radio- og tv-nævnet træffer afgørelse.

Vejledning af ansøgerne

22. Det samlede udbudsmateriale var omfattende og kunne hentes på Slots- og Kulturstyrelsens hjemmeside. Det indeholdt en detaljeret beskrivelse af processen, kravene til ansøgningerne, behandlingen og vilkårene for programtilladelsen. Det var bl.a. et krav, at ansøgerne anvendte ansøgningskemaerne på hjemmesiden. Der var desuden en detaljeret vejledning til, hvordan ansøgningskemaerne skulle udfyldes.

23. Radio- og tv-nævnet gennemførte flere tiltag, der skulle sikre, at de interesserede ansøgere blev tilstrækkeligt informeret forud for ansøgningsfristen. På et informationsmøde den 19. august 2019 fik interesserede ansøgere præsenteret processen og mulighed for at stille spørgsmål. Disse og andre spørgsmål blev efterfølgende besvaret skriftligt og offentliggjort den 26. august 2019.

24. Det er Rigsrevisionens vurdering, at Radio- og tv-nævnets udbudsmateriale inkl. ansøgningskemaer samt informationsmøde og spørgerunde lever op til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne. Det understøtter, at potentielle ansøgere blev tilstrækkeligt vejledt om processen og indholdet af udbuddet.

Behandling af ansøgninger

25. I det følgende afsnit vurderes habilitetsreglerne, Radio- og tv-nævnets indhentning af supplerende oplysninger, partshøring, efterlevelse af forretningsordenen, vurderingskriteriet "Størrelsen af det samlede tilskud", afrundingen af point for de 3 vurderingskriterier og nævnets begrundelse for afgørelsen.

Habilitetsregler

26. Vi har undersøgt, om Radio- og tv-nævnet har overholdt de forvaltningsretlige regler om habilitet i forbindelse med behandlingen af ansøgningerne.

27. Slots- og Kulturstyrelsen har i et notat til Rigsrevisionen redegjort for, hvordan habilitetsreglerne håndteres i Radio- og tv-nævnet. Styrelsen oplyser, at inden medlemmerne udpeges til nævnet, vurderes kandidaternes generelle habilitet i forhold til de krævede kompetencekrav og nævnets opgaveløsning. En risiko for konkret inhabilitet i enkelte sager vil i princippet ikke udelukke en kandidat fra at blive udpeget til nævnet.

Endvidere oplyser Slots- og Kulturstyrelsen, at hvis et nævnsmedlem anses for at være konkret inhabil i en sag, vil medlemmet ikke medvirke ved behandlingen af sagen. Medlemmet har et særligt ansvar for at gøre opmærksom på en eventuel inhabilitet. Det er Radio- og tv-nævnets praksis, at hvis der er det mindste tvivl om konkret inhabilitet i en sag, vil medlemmet ikke medvirke ved behandlingen.

28. Det fremgik af beretning nr. 23/2018 til Statsrevisorerne om tilskudsforvaltningen i Statens Kunstfond, at Slots- og Kulturstyrelsen har udarbejdet retningslinjer for håndtering af habilitet i Kunstfonden, der understøtter, at Kunstfonden iagttager habilitetsreglerne. Styrelsen har ikke på tilsvarende vis nedskrevet retningslinjer for håndtering af habilitet i Radio- og tv-nævnet.

29. I den offentlige debat har det været fremført, at et af medlemmerne af Radio- og tv-nævnet var personligt inhabil i den konkrete sag, fordi medlemmet også har en relation til Nationalmuseet, der indgår i et samarbejde med LOUD. Det fremgår imidlertid af referatet fra nævnets møde den 22. oktober 2019, hvor den endelige afgørelse blev truffet, at dette medlem var fraværende på mødet. Endvidere har nævnet oplyst, at det pågældende medlem heller ikke sendte skriftlige bemærkninger til sagen. Derfor er overvejelser om medlemmets habilitet i den konkrete sag ikke relevante.

30. I Radio24syvs stævning af Radio- og tv-nævnet gøres det gældende, at nævnet var inhabilt og derfor ikke lovligt kunne træffe afgørelse om at udstede tilladelse til LOUD. Denne myndighedsinhabilitet bestod ifølge stævningen i, at Slots- og Kulturstyrelsen varetager sekretariatslignende funktioner for Nationalmuseet, som havde en særlig og væsentlig interesse i udbuddets udfald. Det skyldes, at museet i en samarbejdserklæring havde forpligtet sig til et samarbejde med LOUD. Styrelsen varetog samtidig sekretariatsfunktionen for nævnet og medvirkede på denne måde til at forberede nævnets afgørelse.

31. I Radio- og tv-nævnets svarskrift gør nævnet gældende, at hverken Slots- og Kulturstyrelsen eller nævnet kan anses for at have været inhabile i forbindelse med afgørelsen. Ansvar for styring, drift og faglig udvikling af Nationalmuseet er samlet i Kulturministeriets departement. Styrelsen har således ingen myndighedsopgaver i relation til museet, ligesom styrelsen heller ikke indgår i strategiske drøftelser med museet om dets udvikling og faglige prioriteringer. Styrelsen har ingen interesse i museets deltagelse i et samarbejde om DAB-kanalen, og styrelsen har ikke haft nogen dialog med museet i forbindelse hermed. Rigsrevisionen er enig i, at styrelsens relationer til Nationalmuseet ikke har en karakter, der i det konkrete tilfælde indikerer myndighedsinhabilitet.

Habilitet

Habilitet er en garantiforskrift i forvaltningsretten, der skal sikre saglig forvaltning. Habilitetsspørgsmålet kan både være generelt i forhold til varetagelsen af hvervet som sådan (almindelig habilitet) og konkret i forhold til den enkelte sag, hvor den, der behandler sagen, ikke må have en direkte og individuel, personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald (speciel habilitet). Inhabilitet kan både opstå for en enkeltperson (personlig inhabilitet) og for en forvaltningsmyndighed som sådan (myndighedsinhabilitet).

Retningslinjer for habilitet i Statens Kunstfond

Retningslinjerne har bl.a. til formål at sikre en ensartet procedure for håndtering af habilitetsreglerne for fondens medlemmer, sekretariatsmedarbejderne og andre, der deltager i behandlingen af en sag. Retningslinjerne beskriver forvaltningslovens regler, Kunstfondens skærpelser samt procedurer for underretning, beslutning og håndtering af eventuel inhabilitet.

32. Det er Rigsrevisionens vurdering, at det ville have været udtryk for god praksis, hvis Radio- og tv-nævnet havde nedskrevne retningslinjer og procedurer, der understøtter, at habilitetsreglerne iagttages. Det er Rigsrevisionens vurdering, at der ikke er nogen indikationer på hverken myndighedsinhabilitet eller personlig inhabilitet i forbindelse med afgørelsen af DAB-udbuddet.

Radio- og tv-nævnet har oplyst, at nævnet vil udarbejde specifikke konkrete retningslinjer for habilitet, som yderligere kan dokumentere og understøtte, at de almindelige habilitetsregler efterleves.

Indhentning af supplerende oplysninger

33. Det fremgår af udbudsmaterialets pkt. 6.1., at Radio- og tv-nævnet ved modtagelsen af ansøgningerne foretager en gennemgang af, om ansøgningerne indeholder de i udbudsmaterialet krævede oplysninger. Hvis det anses for nødvendigt, vil nævnet under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne anmode ansøgerne om at indsende relevante oplysninger eller dokumenter. Nævnet vil dog ikke i den forbindelse stille spørgsmål eller fremsætte anmodninger om forhold, hvor det i udbudsmaterialet specifikt er angivet, at manglende opfyldelse af kravet i ansøgningen vil føre til afvisning af ansøgningen.

34. I forbindelse med Radio- og tv-nævnets behandling af de indsendte ansøgninger viste der sig et behov for at indhente supplerende oplysninger fra alle 3 ansøgere. For det første bad nævnet alle 3 ansøgere om at indsende en revisorerklæring samt et fyldestgørende organisationsdiagram. Nævnet oplyste i den forbindelse ansøgerne om, at alle ansøgere til udbuddet var blevet bedt om at indsende disse oplysninger. For det andet havde nævnet enkelte opklarende spørgsmål til de indsendte budgetter fra 2 af ansøgerne. Nævnet understregede i den forbindelse, at der alene var tale om en høring af afklarende karakter, og at det ikke var muligt at fremkomme med nye oplysninger og derved forskønne ansøgningen. De indkomne svar fra de 2 ansøgere indeholdt alene de oplysninger, som nævnet havde bedt om.

35. Det er Rigsrevisionens vurdering, at Radio- og tv-nævnets indhentning af supplerende oplysninger er sket for at fremme, at afgørelsen træffes på det bedst mulige grundlag, ved at eventuelle afgrænsede usikkerheder afklares. Det er samtidig sket under hensyntagen til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne. Rigsrevisionen kan dog ikke vurdere, hvordan de indhentede oplysninger har indgået i nævnets afgørelse, fordi der ikke er taget referat af nævnets drøftelser, da nævnet traf afgørelsen.

Partshøring

36. Radio- og tv-nævnet indhentede ekstern revisionsbistand til at vurdere de 3 ansøgers budgetter og finansielle formåen. Hjemlen til at indhente ekstern bistand fremgår af udbudsbekendtgørelsen § 30, stk. 3.

37. Det fremgår af forvaltningslovens § 19, stk. 1: *Kan en part ikke antages at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger om en sags faktiske grundlag eller eksterne faglige vurderinger, må der ikke træffes afgørelse, før myndigheden har gjort parten bekendt med oplysningerne eller vurderingerne og givet denne lejlighed til at fremkomme med en udtalelse. Det gælder dog kun, hvis oplysningerne eller vurderingerne er til ugunst for den pågældende part og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse.*

Rigsrevisionen har derfor bedt om dokumentation for Radio- og tv-nævnets overvejelser om partshøring i forbindelse med, at nævnet indhentede ekstern revisionsbistand til brug for vurderingen af ansøgningerne, samt dokumentation for nævnets eventuelt gennemførte partshøring.

38. Radio- og tv-nævnet har oplyst, at nævnets overvejelser om partshøring, på det tidspunkt hvor nævnet havde modtaget den eksterne revisionsrapport, ikke er dokumenteret. Nævnet har desuden oplyst, at den eksterne rapport ikke blev sendt i høring hos ansøgerne. Nævnet har videre oplyst, at det er nævnets opfattelse, at der er en regelkonflikt mellem forvaltningslovens § 19 om partshøring og de regler og principper, som den foreliggende udbudsproces er underlagt. Udbudsprocessen er underlagt den særlige regulering i radio- og fjernsynsloven, herunder reglerne fastsat ved udbudsbekendtgørelsen udstedt i medfør heraf, og de EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper. Ud fra det almindelige *lex specialis*-princip finder forvaltningslovens § 19 om partshøring efter nævnets opfattelse derfor ikke anvendelse i denne sag. Det skyldes, at nævnet ikke ville kunne overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis nævnet samtidig skulle handle i overensstemmelse med forvaltningslovens § 19 og partshøre over oplysninger og vurderinger af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Det har i øvrigt været nævnets faste antagelse, at forvaltningslovens § 19 ikke finder anvendelse på denne type af eksterne evalueringsrapporter i forbindelse med udbud efter Radio- og fjernsynsloven.

39. Rigsrevisionen er enig i, at hvis principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke kan overholdes, skal der ikke partshøres. Det er dog Rigsrevisionens opfattelse, at det i hvert enkelt tilfælde beror på en faglig vurdering, om det er muligt at partshøre. Rigsrevisionen kan derfor ikke vurdere, om der i dette konkrete tilfælde burde have været gennemført partshøring. Rigsrevisionen vurderer, at det ville have været hensigtsmæssigt, hvis Radio- og tv-nævnets overvejelser om partshøring, på det tidspunkt hvor nævnet havde modtaget den eksterne revisionsrapport, var dokumenteret.

Efterlevelse af forretningsordenen

40. Det fremgår af bekendtgørelse om forretningsorden for Radio- og tv-nævnet § 14, stk. 2, at Slots- og Kulturstyrelsen udsender materiale til nævnsmøderne senest 1 uge, før mødernes afholdelse. Styrelsens indstilling til programtilladelsen, afslagene og evalueringsrapporten blev sendt til nævnet den 18. oktober 2019, dvs. 4 dage før mødet den 22. oktober 2019. Selve ansøgningerne blev tilgængelige for nævnsmedlemmerne den 4. oktober 2019

Lex specialis

Princippet udgør en central retsgrundsætning og beskriver, hvordan 2 sideordnede retskilder forholder sig til hinanden. Princippet indebærer, at en speciel regel vil have forrang over en generelt formuleret regel, når disse er i strid med hinanden.

Radio- og tv-nævnet har oplyst, at tidsplanen for nævnets behandling af ansøgningerne blev drøftet på nævnsmødet den 23. september 2019, hvor ikke alle nævnsmedlemmer var til stede. Efter aftale med formanden blev alle nævnsmedlemmer i en e-mail fra Slots- og Kulturstyrelsen den 23. september 2019 orienteret om tidplanen. Af e-mailen fremgik det, at styrelsens indstilling ville blive sendt senest den 18. oktober 2019. Nævnet har endvidere oplyst, at nævnet på sit møde den 4. oktober 2019, hvor alle nævnsmedlemmer var til stede, enstemmigt besluttede, at indstillingsmaterialet til brug for behandlingen af DAB-udbuddet skulle udsendes den 18. oktober 2019. Beslutningen er dog ikke taget til referat.

41. Det er Rigsrevisionens vurdering, at det ville have været hensigtsmæssigt, hvis Radio- og tv-nævnet havde dokumenteret, at alle nævnsmedlemmer havde tilsluttet sig, at forretningsordenens tidsfrist kunne fraviges.

Radio- og tv-nævnet har oplyst, at nævnet vil igangsætte tiltag for at sikre, at det eksplicit fremgår af forretningsordenen, at der kan dispenseres fra tidsfristen for udsendelse af materiale, hvis forholdene taler herfor.

Kulturministeriet har oplyst, at ministeriet – på baggrund af indhentning af udtalelse fra Radio- og tv-nævnet, jf. radio- og fjernsynslovens § 39, stk. 3. – vil arbejde for tiltag, der sikrer, at det eksplicit fremgår af nævnets forretningsorden, at der kan dispenseres fra tidsfristen for udsendelse af materiale forud for nævnsmøderne, hvis forholdene taler herfor.

Vurderingskriteriet ”Størrelsen af det samlede tilskud”

42. Det fremgår af udbudsmaterialets pkt. 6.2.3., at det samlede tilskud maksimalt kan udgøre 280 mio. kr. Vurderingskriteriet om tilskuddets samlede størrelse vurderes ud fra en evalueringmetode, hvor den enkelte ansøgers bud tildeles point efter, hvor langt det ligger fra det laveste afgivne bud. Det laveste ikke unormalt lave bud vil få 8 point. Pointreduktionen for de øvrige bud afhænger af den såkaldte hældningsgrad. Det fremgår af udbudsmaterialet at:

”Hældningsgraden fastlægges under hensyn til den forventede spredning i summen af tilskuddet og den faktiske spredning i de indkomne ansøgninger, således at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er angivet ovenfor i punkt 6.2.”

43. Buddene fra de 3 ansøgere og de tildelte point var:

- dk4-Radio – 256,25 mio. kr. – 8 point
- LOUD – 260,82 mio. kr. – 7 point
- Radio24syv – 280,00 mio. kr. – 1 point.

44. Hældningsgradens delelement om den forventede spredning blev endeligt fastlagt af Radio- og tv-nævnet på mødet den 22. oktober 2019, hvor den endelige afgørelse også blev truffet. Det fremgår af evalueringsrapporten, at nævnet vurderede, at der måtte forventes en relativt begrænset spredning, fordi der blev stillet store og detaljerede krav til drift og programvirksomhed på radiokanalen, og indtjeningsmulighederne var begrænsede. Samtidig vurderede nævnet, at der måtte forventes en vis spredning, fordi der var tale om et konkurrenceparameter for ansøgerne. Ud fra en samlet betragtning vurderede nævnet derfor, at buddene ville kunne falde inden for intervallet 250 mio. kr. - 280 mio. kr.

Hældningsgraden

Et udtryk, der bruges til at beskrive forholdet mellem det laveste bud og den økonomiske ramme. Hældningsgraden bruges til at fastsætte, hvor stor pointreduktionen skal være for de bud, der ligger over det laveste afgivne.

Det er Rigsrevisionens opfattelse, at en fastlæggelse af den forventede spredning, efter at ansøgningerne var åbnet, ikke udgjorde et brud på de forvaltningsretlige regler. Det fremgår ikke af udbudsmaterialet, at den forventede spredning skulle fastlægges på et bestemt tidspunkt. At Radio- og tv-nævnet først lagde den forventede spredning fast, efter at ansøgningerne var åbnet, medførte dog en mulighed for, at nævnet også kunne basere sin forventning på de indkomne bud.

45. Radio- og tv-nævnet oplyste i sit svarskrift til Københavns Byret af 23. december 2019, at ved at tilbyde netop det maksimale beløb måtte det ifølge nævnet have stået Radio24syv klart, at der maksimalt ville kunne opnås 1 point for dette vurderingskriterie.

Radio- tv-nævnet har desuden oplyst til Rigsrevisionen, at programtilladelsen ikke ville kunne udstedes med et tilskud over maksimalbeløbet (uden et genudbud og en ændret udbudsbekendtgørelse), og at ansøgerne efter nævnets opfattelse derfor ikke kunne forvente en bedre vurdering end "ikke tilfredsstillende" (svarende til 1 point) for at tilbyde den maksimale tilskudssum.

Det er Rigsrevisionens opfattelse, at det eneste, der faktisk stod klart om pointtildelingen i udbudsmaterialet, var, at laveste ikke unormalt lave bud ville få 8 point. Det har derimod ikke været gennemsigtigt for ansøgerne, at et bud svarende til den maksimale tilskudssum på 280 mio. kr. maksimalt kunne opnå 1 point. Det skyldes, at pointtildelingen afhæng af både det laveste bud og den forventede og faktiske spredning, hvilket ikke var kendt på ansøgningstidspunktet. Radio24syv fik 1 point, netop fordi den forventede spredning blev fastlagt til intervallet 250 mio. kr. - 280 mio. kr., hvilket var tæt på den faktiske spredning. Havde Radio- og tv-nævnet fx fastlagt den forventede spredning til intervallet 245 mio. kr. - 280 mio. kr., og alle øvrige parametre var uændrede i forhold til den valgte evalueringsmetode, ville Radio24syv have fået 2 point.

Det vil efter Rigsrevisionens vurdering øge gennemsigtheden for ansøgerne, hvis alle dele af evalueringsmetoden i fremtidige udbud entydigt fastlægges og beskrives i udbudsmaterialet. Hvis hældningsgraden er afhængig af de indkomne bud, bør det i udbudsmaterialet entydigt fastlægges og beskrives, hvordan den endelige hældningsgrad afhænger af de indkomne bud. Det vil desuden understøtte hensynet til ligebehandling af ansøgerne, idet evalueringsmetoden derved ikke kan bero på Radio- og tv-nævnets valg eller vurdering efter åbning af ansøgningerne.

46. Radio- og tv-nævnet har oplyst, at nævnet i samarbejde med Kulturministeriet vil overveje, om der i forbindelse med tilsvarende fremtidige udbud skal justeres i beskrivelsen af evalueringsmetoden for vurderingen af det samlede tilskud med henblik på at skabe yderligere gennemsigthed for ansøgerne.

Kulturministeriet har oplyst, at ministeriet i samarbejde med Radio- og tv-nævnet vil være særligt opmærksom på og overveje, hvordan beskrivelsen af vurderingen af det samlede tilskud i forbindelse med fremtidige udbud kan præciseres med henblik på at skabe yderligere gennemsigtighed for ansøgerne. Ministeriet vil være særligt opmærksom på de rammer herfor, der fastsættes i eventuelle fremtidige udbudsbekendtgørelser, og sikre, at der er dialog med nævnet herom, fx i form af nævnets fortsatte mulighed for at afgive høringssvar i forbindelse med høringer over udkast til relevante udbudsbekendtgørelser. Kulturministeriet gør opmærksom på, at den endelige udformning af udbudsmaterialet hører under Radio- og tv-nævnet.

Afrunding af point

47. Efter afgørelsen oplyste Radio- og tv-nævnet i svarene til spørgerunden, at der kunne have været anvendt en mere korrekt matematisk metode til vægtningen af vurderingskriteriet "Indholdet af de i ansøgningen beskrevne programplaner". Vurderingskriteriet består af 11 underkriterier, og ifølge udbudsmaterialets pkt. 6.2.4. skulle ét af underkriterierne tillægges særlig vægt. Derfor valgte nævnet at lade dette underkriterie tælle dobbelt i sin afgørelse. Det samlede antal point for vurderingskriteriet blev opgjort ved at tage summen af pointene for de enkelte underkriterier. Summen blev herefter delt med 11 og afrundet til et helt pointtal. Til sidst blev vægten ganget på pointtallet. Nævnet medgav, at der kunne have været anvendt en mere matematisk korrekt metode i forhold til, at underkriteriet skulle tillægges særlig vægt, men at en anden fremgangsmåde ikke ville have ført til en anden afgørelse.

48. Det fremgår af udbudsmaterialets pkt. 6.2.1., at de 3 vurderingskriterier tildes et helt pointtal mellem 0 og 8. Derfor er det i henhold til udbudsmaterialet korrekt, at pointene afrundes til hele pointtal for de 3 vurderingskriterier, inden vægten ganges på.

Rigsrevisionen konstaterer, at der ved afrundinger altid er knyttet et element af tilfældighed, der kan falde ud til den enkelte ansøgers fordel eller ulempe. Hvis ansøgerne ligger meget tæt, medfører afrundinger generelt en lille risiko for, at den endelige vinder ikke er den ansøger, der har fået flest point for de enkelte underkriterier. Havde nævnet i sit udbudsmateriale undladt at binde sig til at afrunde de 3 vurderingskriterier til hele pointtal, havde det medført ændringer i den samlede pointtildeling. Det havde dog ikke i sig selv betydet, at afgørelsen blev anderledes.

Radio- og tv-nævnet har oplyst, at det i forbindelse med udformningen af fremtidige tilsvarende udbud vil overveje afrundingen af pointtal med henblik på at eliminere den lille risiko for uhensigtsmæssige resultater i eventuelle fremtidige situationer, hvor flere ansøgere ligger meget tæt på hinanden pointmæssigt.

Begrundelse for afgørelsen

49. Vi har undersøgt, om Radio- og tv-nævnet har overholdt forvaltningslovens formelle krav til begrundelse i forbindelse med meddelelsen af afgørelsen. Kravene indebærer, at den skriftlige afgørelse skal være ledsaget af en begrundelse, der indeholder en henvisning til de anvendte retsregler, beskrivelse af hovedhensynene i det udøvede skøn og en redegørelse for de faktiske oplysninger, der er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen.

50. Selve afgørelsen bestod i programtilladelsen, der blev udstedt til LOUD den 22. oktober 2019, og evalueringsrapporten. I rapporten henvises der løbende til udbudsbeholdningen, som er grundlaget for afgørelsen. Rapporten indeholder herudover en klar beskrivelse af baggrunden for Radio- og tv-nævnets vurdering af hvert enkelt underkriterium.

51. Det er Rigsrevisionens vurdering, at Radio- og tv-nævnets udsendte begrundelse for afgørelsen er i overensstemmelse med forvaltningslovens formelle krav.

Lone Strøm