

# Erstatning til forbigået tilbudsgiver

Rasmus Arler Bogetoft

*Rasmus.bogetoft@jur.ku.dk*

# Baseret på

- Bogetoft, R. A., & Nielsen, R. H. (2022). Erstatning til forbigået tilbudsgiver: – En analyse af tendenser i praksis med udgangspunkt i Eksponent-sagen. *Juristen*, 2022(4/5), 162–173.

# Om mig

- Adjunkt, tenure track, KU
- Ansat på Carina Hamers projekt om indkøbscentraler
- Jura og økonomi på Berkeley, KU og Yale
- Tidligere advokat, Plesner
- Ph.d. fra CBS

# Plan

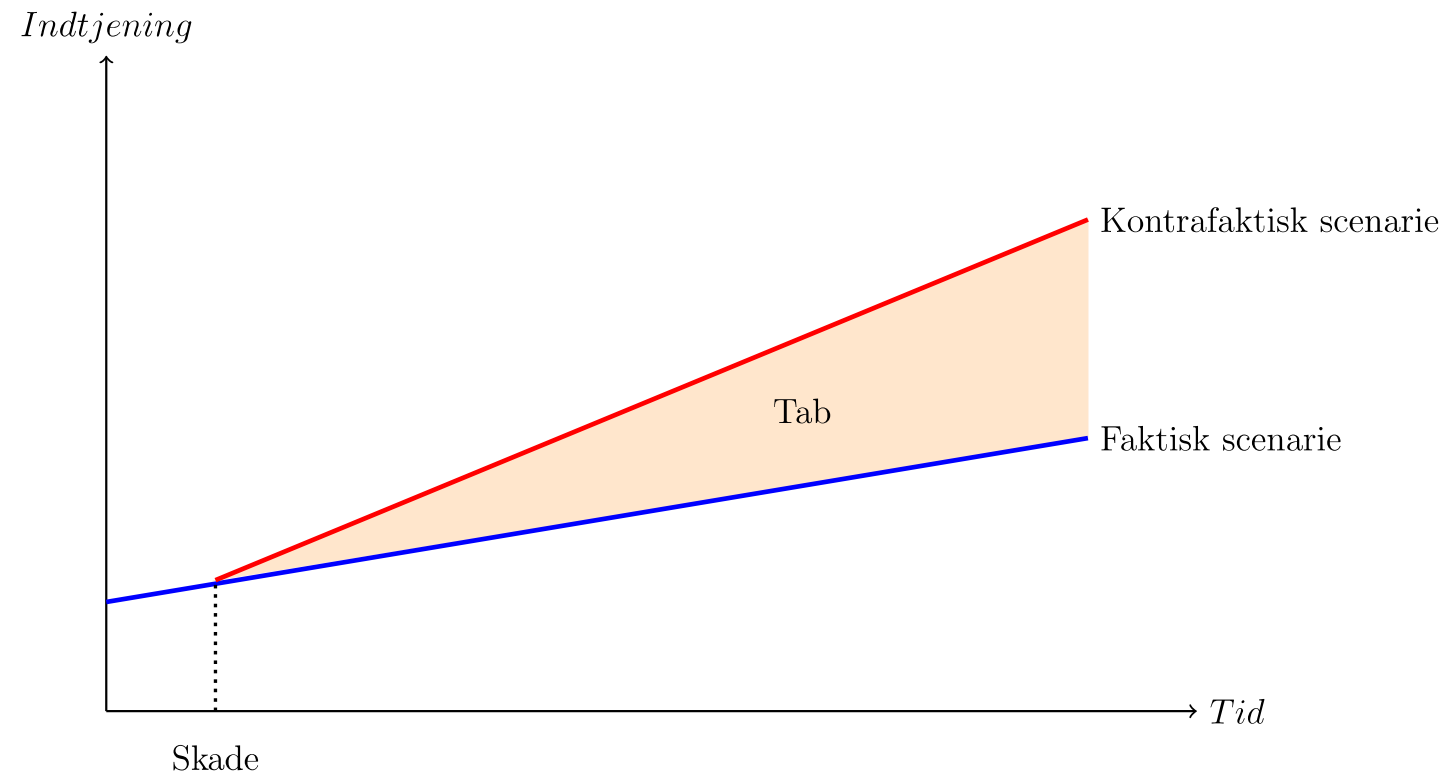
- Generelt erstatning
- Deep dive i erstatningsudmålingen *Eksponent*.

# Hvad jeg vil vise

1. Dækningsbidraget kan snyde
2. At være klar i sin kontrafaktiske analyse kan hjælpe med at systematisere erstatningsopgørelsen
3. Vær skarp i antagelserne

# Generelt om erstatning

# At stille skadelidte som om skaden ikke var sket



## 3 analyseniveauer

1. Indtjening i kontrafaktisk scenarie minus indtjening i faktisk scenarie.
2. Mistet omsætning minus sparrede omkostninger
3. Dækningsbidrag



# Dækningsbidraget

- Omsætning minus variable omkostninger.
- Variable omkostninger følger omsætningen.
  - Fx produktionsomkostninger
- Faste omkostninger følger ikke omsætningen.
  - Fx lager eller kontorleje.

# Dækningsbidraget giver godt mening.

- Jeg skal producere stole til jer.
- I bryder aftale, før jeg har produceret stole.
- Mistet indtjening = pris for stole minus produktionsomkostninger for stole.

# Men

- Hvad hvis jeg allerede har produceret stolene?
- Hvad hvis jeg har solgt stolene til andre?

*Exponent-sagen*

# Baggrund

- Gentofte Kommune holder udbud på IT-konsulenttydelser
- Eksponent taber udbuddet.
- Eksponent ville have vundet udbuddet, hvis ikke Gentofte havde brudt udbudsloven.

# Det relevante spørgsmål

- Hvor meget mere ville Eksponent have tjent, hvis de havde vundet udbuddet?

# Ekspponents business case

- Leverede konsulenttydelser
- Primære variable omkostning: løn

# EkspONENTS business case

- Indtjening = dækningsbidrag pr. time \* antal timer.



# EkspONENTS business case

- Omsætning: 1.080 kr./time
- Variable omkostninger: 606 kr./time
  - Navnlig personaleomkostninger.
- Dækningsbidrag: 474 kr./time

# Klagenævnet sagde

- “I overensstemmelse med sædvanlig klagenævns- og retspraksis skal erstatningen for positiv opfyldelsesinteresse fastsættes på grundlag af det forventede dækningsbidrag, som kan henføres til den konkrete opgave.”
- Ertstatning: 1,2 mio. kr.

# Erstatningen omskrevet:

- $474 \text{ kr./time} * 2.532 \text{ timer} = 1,2 \text{ mio. kr.}$

# Vigtig opdeling

|            |                                |                                 |
|------------|--------------------------------|---------------------------------|
| Timer      | 600                            | 1.932                           |
| Info       | Konsulenter uden andre opgaver | Konsulenter havde andre opgaver |
| Erstatning | 284.400 kr.                    | 915.800 kr.                     |

Første 600 timer

# Første 600 timer

- Eksponents konsulenter gik uden arbejde.
- Klagenævnet gav kun erstatning for mistet dækningsbidrag

# Men

- Har Eksponent sparet omkostninger?
- Stoleeksempel: Hvad hvis jeg allerede har produceret stolene?

# Kontrafaktisk scenarie

- Indtjening = Omsætning – personaleomkostninger:
- 648.000 kr. – 363.600 kr. = 284.400 kr.



# Faktisk scenarie

- Indtjening = Omsætning – personaleomkostninger
- 0 kr. - 363.600 kr. = -363.600 kr.

# Tab:

- Tab = indtjening i kontrafaktisk scenarie – indtjening i faktisk scenarie.
- $284.400 - (-)363.000 \text{ kr.} = 648.000 \text{ kr.}$
- Forskellen på indtjening er omsætningen, ikke dækningsbidraget.

# Mulige modargumenter

- Eksponent havde accepteret risikoen for, at deres konsulenter kunne gå uden arbejde.
  - Den risiko gælder både dækningsbidraget og omkostninger.
  - Accept af risiko for ulovlige handlinger?
- 600 timer er meget lang tid at gå uden opgaver.
  - Konkret vurdering. Gode argumenter for, at 600 timer er højt sat.

# Konklusion for første 600 timer

- Korrekt erstatning havde været mistet omsætning.
- Dækningsbidraget underkompenserer.
- Mulige argumenter for, at erstatning skulle udmåles for mindre end 600 timer.

Sidste 1.932 timer

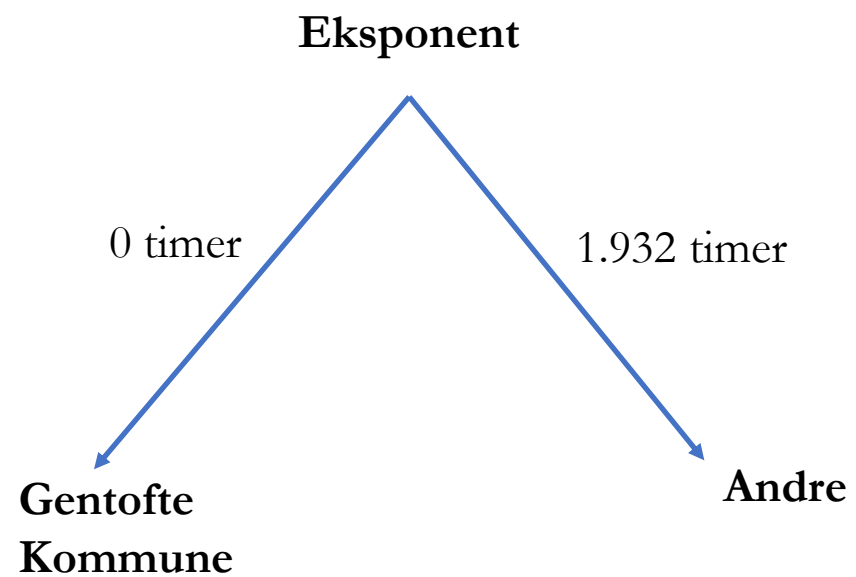
# Sidste 1.932 timer

- Eksponents konsulenter havde andre opgaver.
- Klagenævnet gav erstatning som mistet dækningsbidrag.

# Men

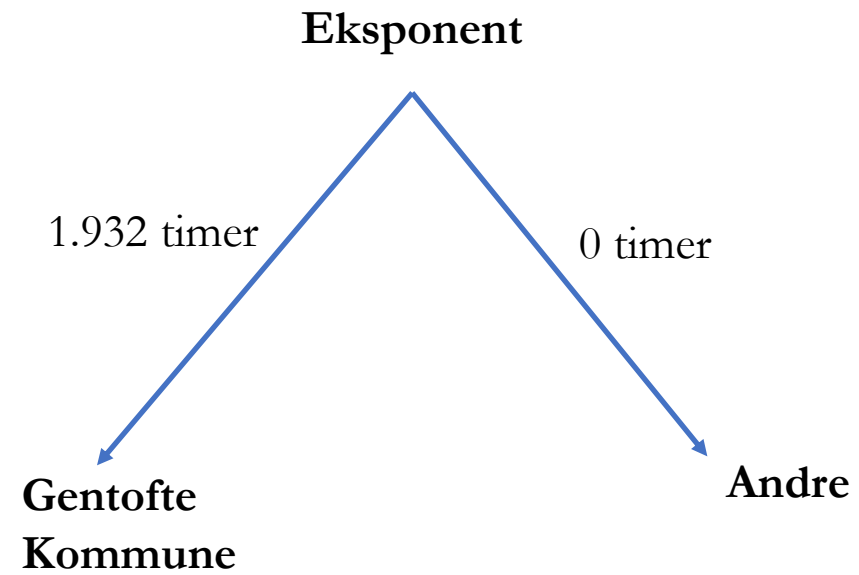
- Har Eksponent mistet omsætning?
- Stoleeksempel : hvor mange stole kan jeg producere?

# Faktisk salg

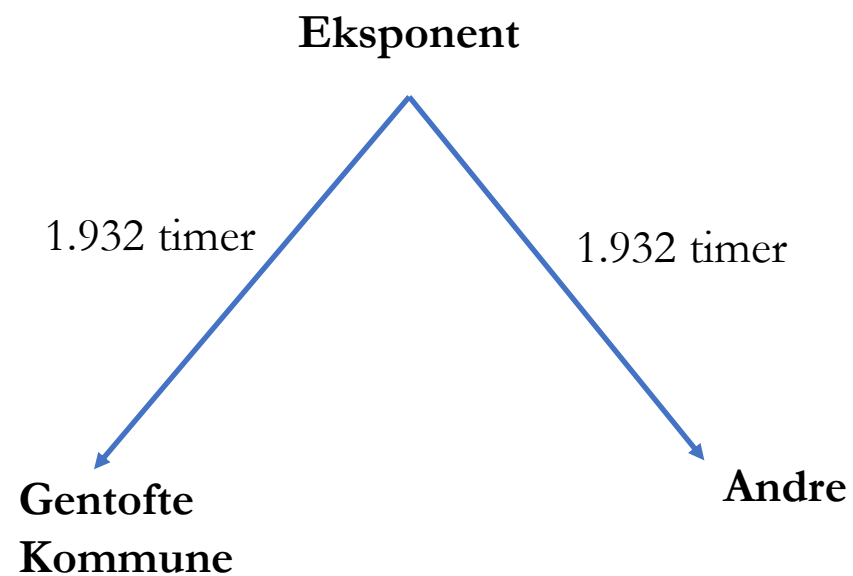




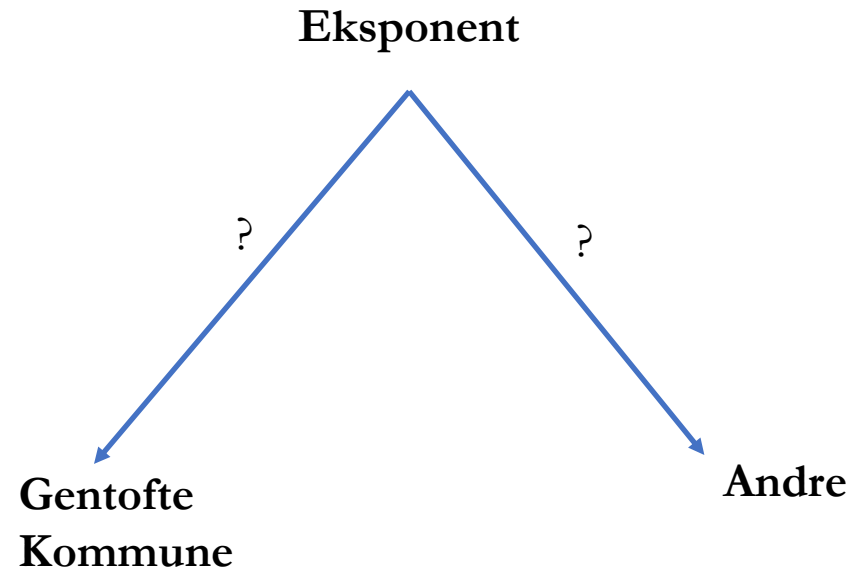
# Kontrafaktisk salg?



# Kontrafaktisk salg?



# Hvad mange timer har Eksponent at give af?

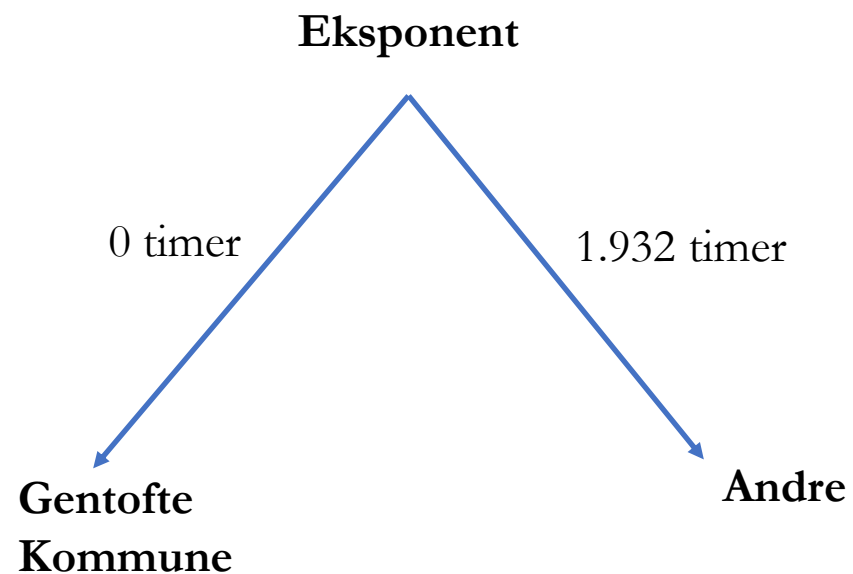


# Vores argument:

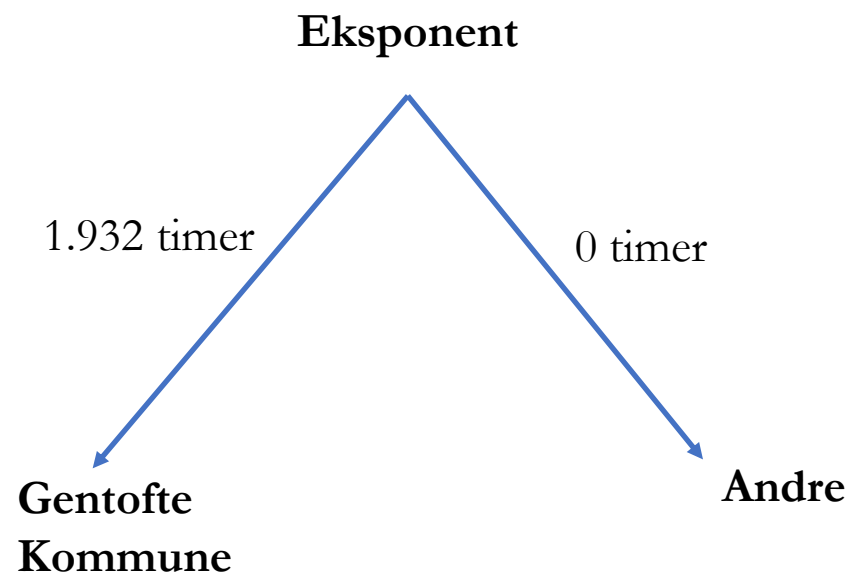
- UP
  - Hvis Eksponent havde vundet udbuddet, ville de 1.932 timer være gået til det konkrete projekt.
- MAO
  - Eksponent har kun 1.932 timer at give af.

# Vores argument

- Faktisk

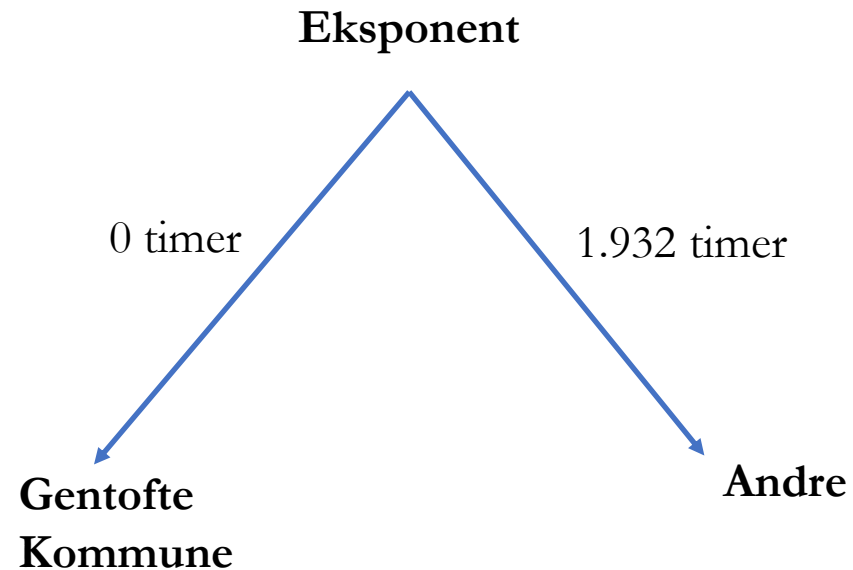


- Kontrafaktisk



# Tab – vores argument

- Faktisk scenarie:
  - Indtjening = dækningsbidrag/time \* antal timer
  - Indtjening: 474 kr./time \* 1.932 timer = 915.800 kr.





# Tab – vores argument

- Tab = indtjening i kontrafaktisk scenarie - indtjening i faktisk scenarie
- Tab = 915.800 kr. - 915.800 kr. = **0 kr.**



# Mulige modargumenter

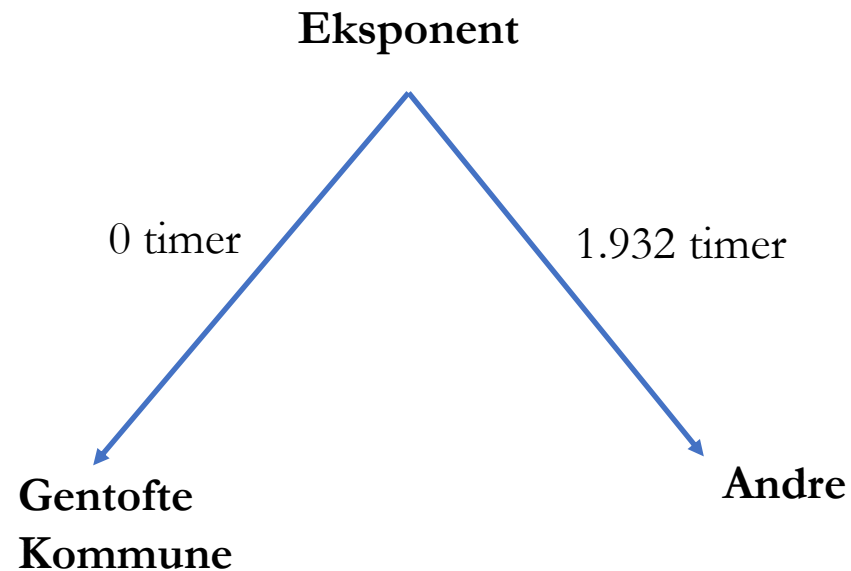
1. Eksponent ville have tjent mere på opgaven for Gentofte, end de har gjort på opgaver for andre.
2. Eksponent ville have ansat nye medarbejdere eller outsourcet.
3. Eksponent havde ledig kapacitet til at tage opgaven.

# Mulige modargumenter

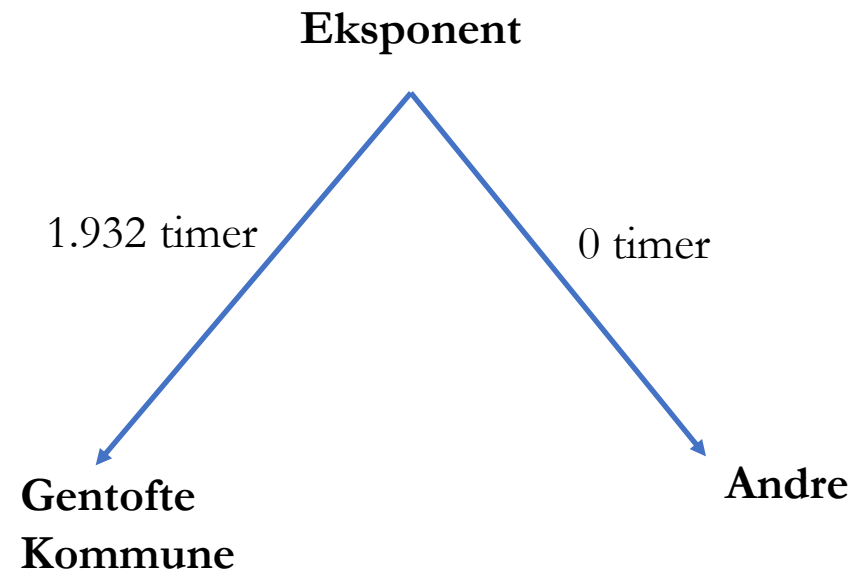
- Alle er plausible.
- Men tabet er ikke nødvendigvis lig med Eksponents dækningsbidrag på den konkrete opgave.

# EkspONENT ville have tjent mere på opgave for Gentofte end for andre.

- Faktisk



- Kontrafaktisk



# Afgørende for erstatningsopgørelsen

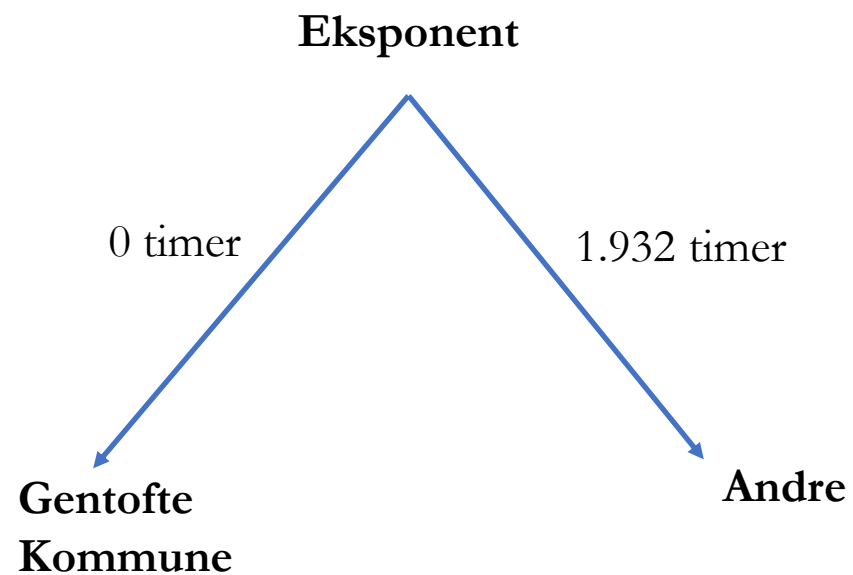
- Forskel i timeløn
- Fx. dækningsbidrag på salg til andre = 473 kr./time.
- Tab = 1 kr./time \* 1.932 timer = 1.932 kr.

# Mulige modargumenter

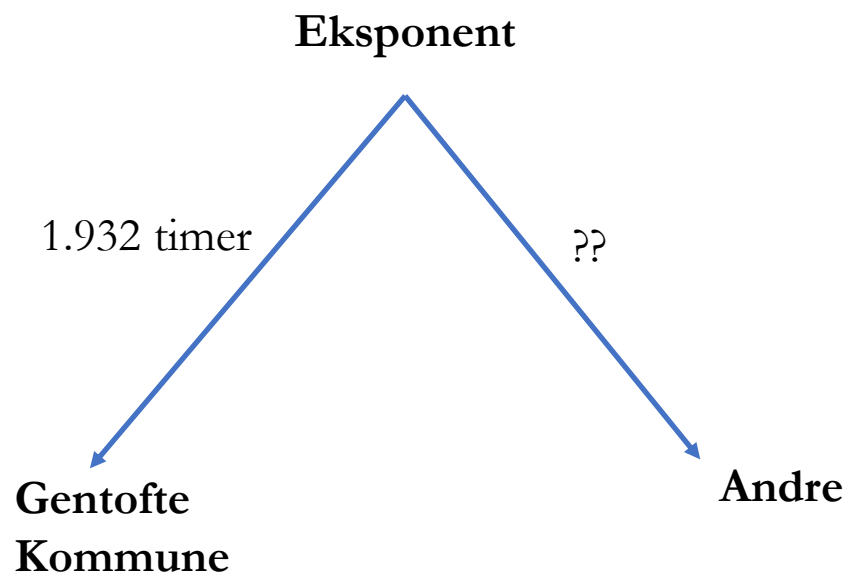
- ~~1. Eksponent ville have tjent mere på denne opgave, end de har gjort på faktiske opgaver.~~
2. Eksponent ville have ansat nye medarbejdere eller outsourcet.
3. Eksponent havde ledig kapacitet til at tage opgaven.

# Variationer af

- Faktisk



- Kontrafaktisk



# Afgørende for erstatningen:

- Hvor meget ville Eksponent tjene pr. time på salg til andre?
- Hvor mange timer ville Eksponent levere til andre?

# EkspONENT kunne have ansat nye medarbejdere eller outsourcet.

- Fx. Nye medarbejdere kan fakturere mindre pr. time, så lavere dækningsbidrag pr. time.
- Fx. EkspONENT kunne ikke ansætte nok nye medarbejdere, så ville kun have leveret 100 timer til andre.



# EkspONENT havde ledig kapacitet

- Et konsulenthus vil altid have ledig kapacitet.
- Så, centrale spørgsmål:
  - Har EkspONENT haft en øget ledig kapacitet som følge af Gentofte kommunes lovbrud?

# Eksponent havde ledig kapacitet

- Et konsulenthus vil altid have ledig kapacitet.
- Så, centrale spørgsmål:
  - Har Eksponent haft en øget ledig kapacitet som følge af Gentofte kommunes lovbrud?
- Hvis ja, kompenseres med mistet omsætning.

# Konklusion for sidste 1.932 timer.

- Korrekt erstatning afhænger af antagelser om det kontrafaktiske salg.
- UP må være, at Eksponent ikke har lidt et tab. Men der findes mulige modargumenter.
- Dækningsbidraget kan overkompensere og kan underkompensere.

# Hvad jeg ville vise

1. Dækningsbidraget kan snyde
2. Vær skarp i kontrafaktisk analyse
3. Vær skarp i antagelserne

Tak!

# Erstatningsudmålingen renses

- Eksponent tjente penge på deres konsulenttydelser.
- To relevante elementer:
  - Hvor meget tjener Eksponent pr. time?
  - Hvor mange timer ville Eksponent have arbejdet?
- Erstatningen = dækningsbidrag/time \* antal timer.

# Erstatningsudmålingen rensset

- Omsætning: 1.080 kr./time
- Omkostninger: 606 kr./time
- Dækningsbidrag: **474 kr./time**
  
- Erstatning= 474 kr./timer \* antal timer = 1.200.000 kr.
  
- Antal timer = **2.532**

# Bemærk!

- Implicit antagelse, at Eksponent mistede 2.532 timer.
- Vi regner os tilbage fra Klagenævnets erstatningsudmåling.
- Vi ved, at Klagenævnet
  - 1) gav en erstatning på 1,2 mio. kr
  - 2) tog udgangspunkt i mistet dækningsbidrag
- (næsten) logisk implikation