

*Norwegian Law and Practice
on Damages arising from
Public Procurement Breaches
BEFORE Fosen Linjen,
and the changes it entails*

Comments from a sore loser

Dag Sørli Lund / 1 March 2018

HJORT



Outline

The Day Before Yesterday

The World of Yesterday

Today

The Day After Tomorrow

STEREO

DAY BEFORE YESTERDAY

SHAKING THE TREE
OF RETROSPECT....

WITH
Jan Carré
AND "THE MEN OF NOTE"

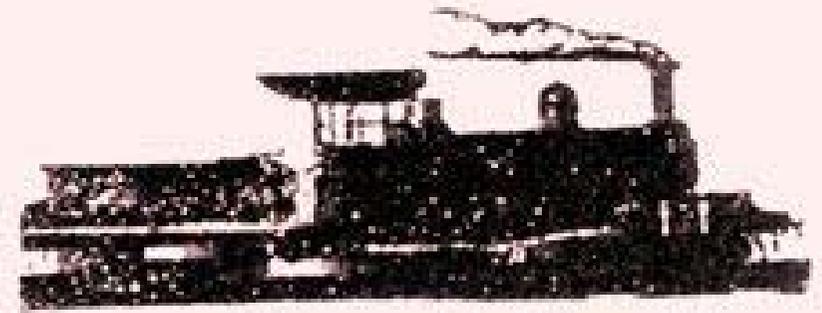


Premiere
CUSTOM RECORDINGS

WCS 3903

A brief history of procurement rules in Norway

- ▶ **1883:** Establishment of the first National notification gazette for public procurements (Norsk Kundgjørelsestidende)
- ▶ **1899:** The first regulations on public procurement
- ▶ **1923 and 1927:** Revisions of the procurement rules
- ▶ **1978:** Rules for the Government's procurement activities (Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet – REFSA)
- ▶ **1992:** EEA Agreement



Norsk Hoved-Jernbane

Anbud

paa Overtagelse af Salg af Aviser, Reiseliteratur etc. ved Hovedbanens Stationer fra 1ste Januar 1894 modtages indtil 15de November d. A. paa Hovedbanens Contor, Christiania O. De nærmere Vilkaar for Tilbudelsen vil erfares ved Henvendelse sammesteds.

Christiania, Overbestyrerens Contor, 28de October 1893.

DAMAGES?



Rudolf von Jhering

- ▶ *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen (1861)
 - ▶ Damages for acts in the *precontractual phase*: limited to the **negative costs**.
- ▶ Important legal historical context for the tort system for precontractual liability in Norway.
- ▶ Damages for the **positive interest**: traditionally not protected at all in Norwegian law

(Rt. 2007 p. 425, para. 31-34)



STEFAN ZWEIG



DIE WELT
VON GESTERN
Erinnerungen eines Europäers

BERMANN FISCHER VERLAG / STOCKHOLM

STEFAN ZWEIG



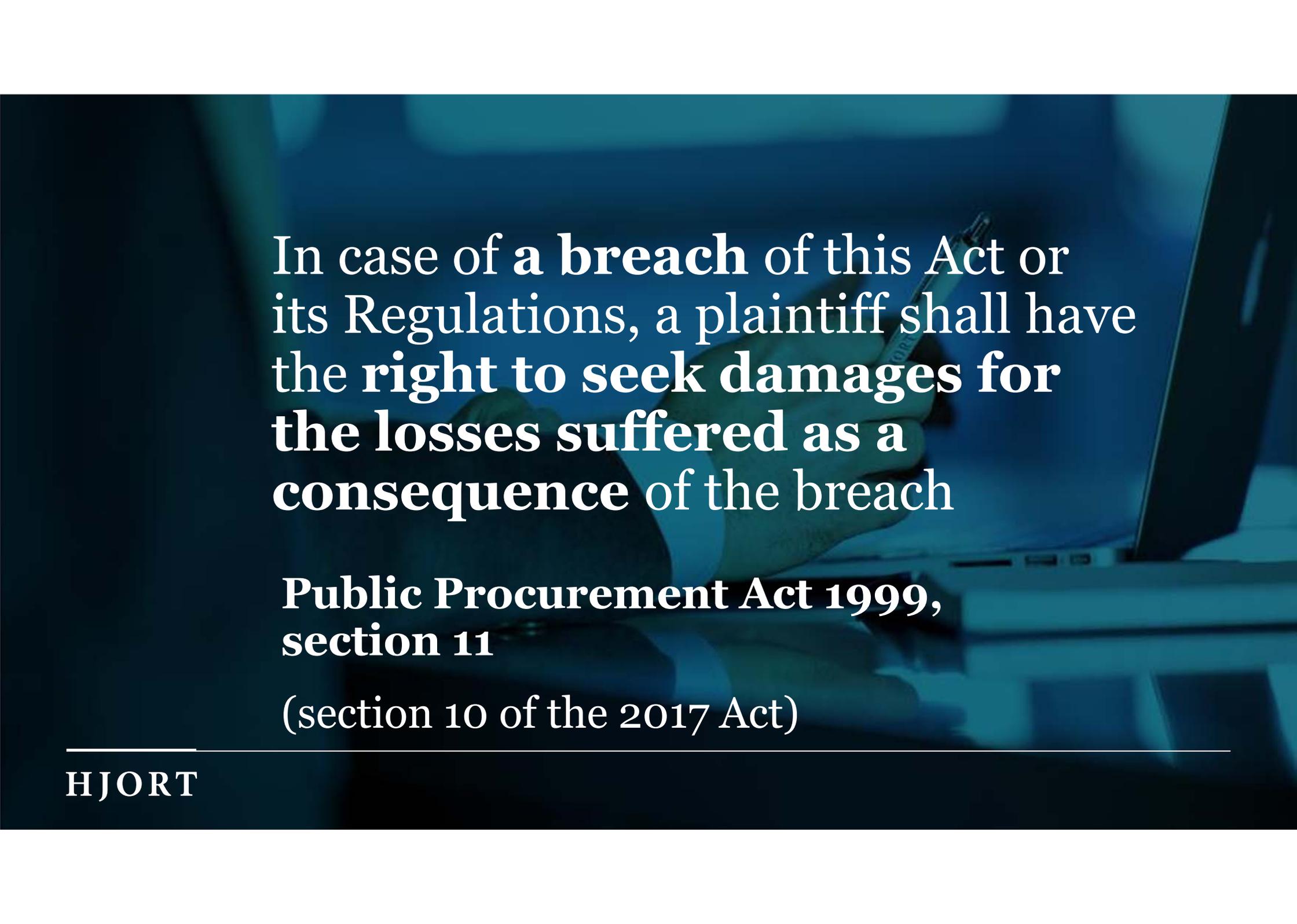
THE WORLD OF
YESTERDAY

An Autobiography



Whether the EEA rules will bring about changes in tort law in this area remains to be seen.

**Norwegian Official Report (NOU)
1997: 21 *Offentlige anskaffelser*, p. 85.**



In case of a **breach** of this Act or its Regulations, a plaintiff shall have the **right to seek damages for the losses suffered as a consequence** of the breach

**Public Procurement Act 1999,
section 11**

(section 10 of the 2017 Act)

Rt. 2000 p. 1062 *Nucleus*

- ▶ Case concerning procurement for architect services for the design of a new building at the hospital in Ålesund.
- ▶ **Nucleus**: cluster of 7 architects, erroneously ranked 2nd.
- ▶ Several faults committed, described by the Supreme Court as breaches of «**central and fundamental principles and regulations in procurement law**» (p. 1075)
- ▶ **Nucleus** thus sought damages for the loss of profit/positive interest...



” There has to be a **certain room for errors** in relation to the evaluation of tenders, both with respect to the factual grounds and with respect to the interpretation of the rules, without this leading to liability for the **positive costs** [loss of profit].

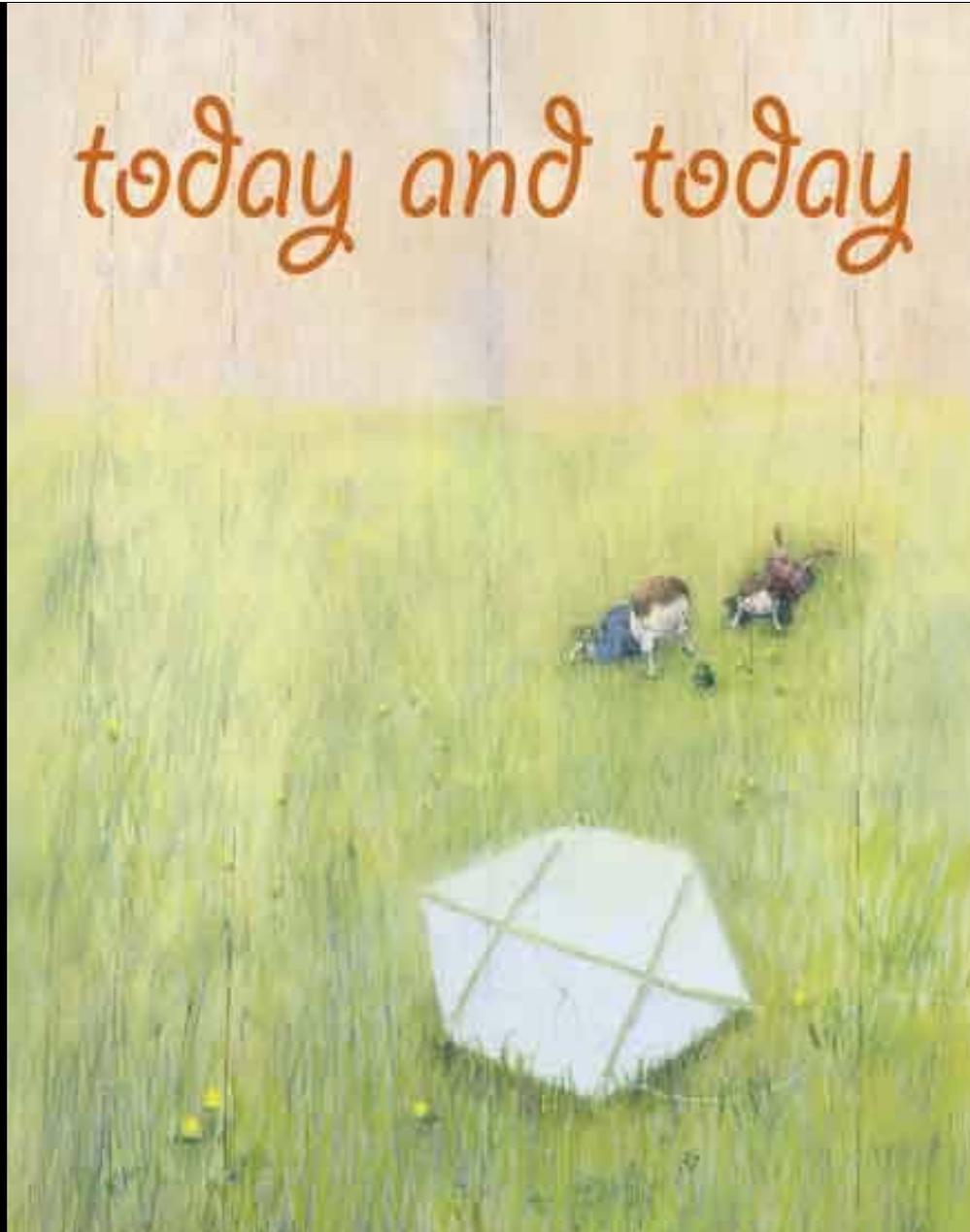
In my view the starting point should be that there has to be a presence of ***substantial errors***. In the assessment of whether an error is substantial, regard has to be given to the **size** of the error, the **type** of error, and **how much the contracting authority is to blame**.

Justice Utgård, *Nucleus*, p. 1079

” I cannot see that one from EU law [referring to *Brasserie du pêcheur* and *Factortame*] may deduce that there has to be a stricter liability for the [contracting authority’s] breaches of the rules in this case than what follows from the *Nucleus* ruling [...]

Justice Indreberg, *Reno-Vest*, para. 56

today and today



Case E-16/16 Fosen Linjen

- ▶ Tender for ferry services between Brekstad and Valset, in the County Sør-Trøndelag (now Trøndelag).
- ▶ Fosen Linjen: Ferry operator.
- ▶ Several complaints and court cases.
- ▶ AtB cancelled the tender due to error regarding one award criteria.
- ▶ Fosen Linjen sued for damages – positive interest and (in the alternative) negative interests.
- ▶ Court of Appeal had difficulties understanding *Strabag* and *Combinatie Spijker*.
- ▶ Referred questions to the EFTA Court...



Article 2(1)(c) [...] precludes national legislation which makes the right to damages [...] conditional on that infringement being **culpable** [...]

” **The same must apply where there exists a general exclusion or a limitation of the remedy of damages to only specific cases.** This would be the case, for example, if only **breaches of a certain gravity** would be considered sufficient to trigger the contracting authority’s liability, whereas minor breaches would allow the contracting authority to incur no liability.

Fosen Linjen, para. 77



A simple breach of public procurement law is in itself sufficient to trigger the liability of the contracting authority to compensate the person harmed for the damage incurred, pursuant to Article 2(1)(c) [...]

Fosen Linjen, para. 82

THE DAY AFTER TOMORROW



The Real Question...

Will the Supreme Court accept and follow the Advisory Opinion?



” I will take as my starting point that **the Supreme Court** shall not base itself on the opinions from the EFTA Court untested, but **has both the authority and the duty to independently assess** whether and to what degree this shall be done. On that background, **I cannot see that the Supreme Court is formally cut off from relying on a deviating view.**

However, considering that such Opinions naturally shall be given a **subsantial weight, particular reasons are required in order for the Supreme Court to deviate from them.**

Justice Matheson, *Stx, para. 94.*

For the EFTA Court to fill its role,
the Court's interpretation of EEA
” law cannot be deviated from
unless there are **good and
weighty reasons** in favour of
doing so.

Justice Skoghøy, *Holship*, para. 77

A photograph of several offshore wind turbines in the ocean under a blue sky. The turbines are white with three blades each, and they are mounted on yellow and black foundations. The water is a deep blue, and the sky is a lighter blue. The text "Good and weighty reasons?" is overlaid in the center in a white serif font.

Good and weighty reasons?

HJORT

Der Efta-Gerichtshof im Zentrum eines paneuropäischen Justizkonflikts

Homogenität ist keine Einbahnstrasse

Von Carl Baudenbacher

Am 31. Oktober 2017 hat der Efta-Gerichtshof in der Rechtsache E-16/16 Fosenlinjen auf Vorlage eines norwegischen Berufungsgerichts entschieden, ein einfacher Versoss gegen europäische Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen könne für sich genommen ausreichen, um die Haftung einer staatlichen Vergabebehörde für den Ausgleich des Schadens eines nicht berücksichtigten Bieers zu begründen. Ein Verschiedenheit ebenso wenig erforderlich wie eine besondere Schwere des Versosses.

Fosenlinjen ist eine kleine norwegische Reederei, welche erfolglos an einem Vergabeverfahren für den Betrieb einer Fahrverbindung teilgenommen hat. Unter europäischen Höchstgerichten besaß keine Einzigkeit darüber, was der adäquate Haftungsstandard im öffentlichen Auftragswesen sein soll. In den meisten Fällen wird dieses Problem gestützt auf formaljuristische Überlegungen angegangen. Der Efta-Gerichtshof hat hingegen die wahren Gründe, die ihn zu dem besagten Urteil geführt haben, offenbart und hat dabei i.W. wirtschaftlich argumentiert.

Da sich das Recht im EWR homogen entwickeln soll, zieht der Efta-Gerichtshof bei seiner Urteilsfindung Entscheidungen seines Schwesergerichtshofs EuGH heran. Vorliegend war freilich eine besondere Situation gegeben. Zwei verschiedene Fünfterkammern des EuGH waren im Jahr 2010 in den Fällen C-314/09 Strabag und C-568/08 Combinatie Spijker im Abstand von zwei Monaten zu divergierenden Ergebnissen gekommen. Die Strabag-Kammer entschied, dass für den Schadenersatz im öffentlichen Auftragswesen ein einfacher Rechtsbruch genügt, während die Combinati-

on-Spijker-Kammer befand, es müsse eine «hinreichend qualifizierte» Rechtsverletzung vorliegen. Das Urteil des Efta-Gerichtshofs, das der Linie der Strabag-Kammer folgte, aber mit einer viel umfassenderen Begründung versehen war, wurde von Kommentatoren ganz überwiegend begrüsst.

Für Fehler einstehen

Mit seinem Urteil hat der Efta-Gerichtshof nicht nur eine Frage entschieden, die am EuGH zu einem inneren Konflikt geführt hat. Er hat sich in der Sache auch gegen die Rechtsprechung der Höchstgerichte des Vereinigten Königreichs, Dänemarks, Schwedens und Norwegens gewandt. Nach deren Auffassung kommt eine Haftung der Vergabebehörde nur bei schwerer Rechtsverletzung in Betracht. Das österreichische Recht hat dies in Paragraf 337 Bundesvertragsgesetz gar kodifiziert. Die Vorschrift macht einen Schadenersatzanspruch des übergangenen Bieers von einem «hinreichend qualifizierten» Rechtsversoss abhängig.

Der Grundsatz, dass Wirtschaftsakteure für ihre Fehler einstehen müssen, ist ein Pfeiler jedes marktwirtschaftlichen Systems. Das hat schon Walter Eucken, der Vater des Ordoliberalismus, erkannt. Staatliches Handeln wird traditionellerweise in zwei Kategorien eingeteilt: Hoheitliche Akte werden als *acta jure imperii* bezeichnet, während das wirtschaftliche Handeln des Staates mit dem Begriff *acta jure gestionis* umschrieben wird. Je nachdem, unter welche Kategorie die öffentliche Auftragsvergabe subsumiert wird, wird der Staat privilegiert oder nicht. Der Efta-Gerichtshof hat festgestellt, dass eine Verwaltungsbehörde bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht hoheitlich handelt. Ein solches Ver-

fahren zielt auf den Abschluss eines Vertrags zwischen gleichberechtigten Partnern. Eine Privilegierung des Staates aus dem einzigen Grund, weil er der Staat ist, ist nicht zu rechtfertigen.

Das öffentliche Vergaberecht ist ausserordentlich anfällig für merkantile Überlegungen, welche die produktiven Kräfte im Inland fördern wollen. Es gehört zu instrumentarischer klassischer merkantiler Wirtschaftspolitik, einheimische Bieer gegenüber fremden oder gar ausländischen zu bevorzugen. Das geht auf Kosten des Wettbewerbs und der Effizienz, und es läuft der Zielsetzung des europäischen Vergaberechts diametral entgegen. Indem der Efta-Gerichtshof allfälligen Geschädigten den Rücken stärkt, schreit er diesen die Rolle von privaten Funktionären der europäischen Gesamtschlichtung zu.

Der Einzelne klagt, um Schadenersatz zu erhalten, trägt aber gleichzeitig zur Vermeidung des Rechtssystems als Ganzes zu. Aspekte der Nachhaltigkeit waren im Fall Fosenlinjen, soweit ersichtlich, nicht im Spiel. Eine Privilegierung staatlicher Vergabestellen ist aber auch deshalb abzulehnen, weil sie einen «moral hazard» schaffen würde. Die Mitarbeiter solcher Einheiten hätten bei einer Privilegierung einen Anreiz, sich bei der Evaluation der Angebote verantwortungslos zu verhalten, weil sie kaum zu befechtigen hätten, das sie für ihr Handeln budgetär einstehen müssten.

Einfluss auf Schweizer Gerichte

Aus schweizerischer Sicht ist das Fosenlinjen-Urteil des Efta-Gerichtshofs aus zwei Gründen interessant. Zum einen kann es einen Einfluss auf die Rechtsprechung hiesiger Gerichte haben. Zwar gibt es, soweit ersichtlich, bislang keine Urteile zur Frage des Haftungsstandards. Dem Vernehmen

nach werden Streitigkeiten informell beigelegt. Aber eines Tages wird das Thema gerichtlich zu behandeln sein. Hier darf der Hinweis nicht fehlen, dass sich sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht im Karellrecht, einem mit dem öffentlichen Vergaberecht verwandten Gebiet, auf die Rechtsprechung des Efta-Gerichtshofs bezogen haben.

Im Übrigen scheint die Verwaltungspraxis selbst derselben Linie zu folgen wie der Efta-Gerichtshof. In einer nicht veröffentlichten Verfügung vom 27. Juni 2000 hat das Eidgenössische Finanzdepartement das Schadenersatzgehren eines in Verletzung von Bundesrecht abgewiesenen Offereanten gutgeheissen. Zum Haftungsstandard hat das EPD unter III. 1. ausgeführt:

«Nach dem Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 BstB (i.S. Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen) reicht eine fehlerhafte Verfügung, deren Rechtswidrigkeit vorgängig durch die Rekurskommission festgestellt worden ist, um eine Haftung zu begründen. Eine qualifizierte haftungsbegründende Widerrechtlichkeit [...] wird nicht verlangt. [...]»

Interessanterweise steht das öffentliche Auftragswesen (OAW), das auf dem EWR-Recht fusst, auf demselben Standpunkt. Der Pürtsche Oberste Gerichtshof hat im Jahr 2004 entschieden, dass Rechtswidrigkeit genügt. Dasselbe gilt für das isländische Recht. Zum anderen scheint sich die belgische Europapolitik mit dem Ausschicken von Bundesrat Burkhalter aus der Politik endlich neu und vernünftig zu orientieren. Nach fünf veran Jahren, die durch postfaktische Behauptungen und eine absurde Verhandlungsstrategie gekennzeichnet waren, will man ein Andocken an den Efta-Gerichtshof prüfen. Wenn man

sich in Bern fundiert mit dieser (naheliegenden) Option auseinandersetzt, wird man feststellen, dass der Efta-Gerichtshof zwar der Homogenität mit dem EuGH verpflichtet ist, aber eine durchaus selbstständige Linie fährt.

Der eine oder andere gibt nach

Homogenität der Rechtsprechung ist keine Einbahnstrasse. Der Efta-Gerichtshof folgt dem EuGH in vielen, aber nicht in allen Fällen. Umgekehrt folgt der EuGH dem Efta-Gerichtshof sehr oft. Divergenzen in der Rechtsprechung sind im Zeitablauf durch juristischen Dialog aufzulösen; der eine oder der andere Gerichtshof wird dann nachgeben.

Dem Efta-Gerichtshof ist es dabei gelungen, spezifische Efta-Werte wie den Glauben an den Freihandel und den Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Seine Rechtsprechung ist durch ein liberales Menschenbild gekennzeichnet. Auch Ziele wie Transparenz und Effizienz spielen eine wichtige Rolle. Das heisst nicht, dass soziale Aspekte zu kurz kommen, im Gegenteil. Was aber zu vermeiden ist, ist die Überlagerung marktwirtschaftlicher Zielsetzungen durch einen schleichenden Merkantilismus. Genau darum ist es in der Rechtsache Fosenlinjen gegangen. Die anderen Höchstgerichte, die in den in Rede stehenden Justizkonflikt involviert sind, werden sich mit diesen Zusammenhängen auseinandersetzen müssen.



Carl Baudenbacher ist ein Schweizer Jurist und seit 2003 Präsident des Efta-Gerichtshofs in Luxemburg.

Nachrichten

Liberalisierung von Fernbusverkehr abgelehnt

Bern. Der Ständerat will den Fernbusverkehr in der Schweiz nicht vollständig liberalisieren. Er hat eine Motion aus dem Nationalrat oppositionslos abgelehnt. Der Vorstoss ist damit erledigt. Motionär Philippe Nantermod (FDP/VS) hatte argumentiert, Konkurrenz würde die Innovation fördern. Der Ständerat sah das anders: Eine vollständige Liberalisierung würde das aktuelle System gefährden, lautete der Tenor. Unterschiedlich sind die Meinungen zur heutigen Regelung, die Fernbus-Angebote unter bestimmten Bedingungen zulässt. Das Bundesamt für Verkehr prüft derzeit Konzessionsgesuche. [SDA](#)

Nationalrat lehnt Gegenvorschlag ab

Bern. Die Rechtskommission des Nationalrates will Unternehmen mit Sitz in der Schweiz nicht vorschreiben, Menschenrechte und Umweltschutz auch im Ausland zu respektieren. Sie lehnt einen indirekten Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative ab. Die Rechtskommission des Ständerates hatte sich für die Ausarbeitung eines indirekten Gegenvorschlags ausgesprochen. Nun kann die Ständeratskommission entscheiden, ob sie dabei bleibt. Hält sie an der parlamentarischen Initiative fest, entscheiden die Räte, ob ein Projekt ausgearbeitet wird. [SDA](#)

Zusammenarbeit mit Frankreich erleichtert

Bern. Das Parlament ist damit einverstanden, dass die Schweiz und Frankreich im grenzüberschreitenden Gesundheitswesen enger zusammenarbeiten. Nach dem Ständerat hat gestern auch der Nationalrat ein entsprechendes Rahmenabkommen gutgeheissen. Die Zusammenarbeit mit Frankreich beruht derzeit auf einzelnen Vereinbarungen in bestimmten Fachgebieten. Mit dem Rahmenabkommen sollen die zuständigen Stellen der Grenzregionen in Zukunft Kooperationsvereinbarungen abschliessen können, um der Bevölkerung den Zugang zur Gesundheitsversorgung zu erleichtern. [SDA](#)

Mehr Spielraum für Richter

Ständerat will Via-sicura-Gesetzgebung lockern

Bern. Fünf Jahre nach Einführung der strengen Strafen für Raser soll die Via-sicura-Gesetzgebung wieder gelockert werden. Der Ständerat will den Richtern mehr Spielraum geben, die Mindestfreiheitsstrafe soll gesenkt werden. Er hat gestern einstimmig einer Motion seiner Verkehrskommission zugestimmt.

Heute gilt als Raser, wer in einer Tempo-30-Zone mit 70 Stundenkilometern fährt, inneworts mit mindestens 100 km/h, ausserorts mit mindestens 140 km/h oder mit mehr als 200 Kilometern pro Stunde auf der Autobahn. Die Mindeststrafe dafür liegt bei einem Jahr Gefängnis. Zudem wird der Fahrtauschweis für mindestens zwei Jahre entzogen. Gemäss einem neuen Urteil des

Bundesgerichts müssen die Umstände des Einzelfalls zwar berücksichtigt werden, das Gesetz enthält jedoch einen Automatismus.

Die Verkehrskommission verlangt mit ihrer Motion daher unter anderem, dass die Richter bei Fahrlassigkeit des Täters einen Ermessensspielraum haben. Die Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr soll gesenken, und die Mindestdauer für den Führerausweisentzug soll reduziert werden.

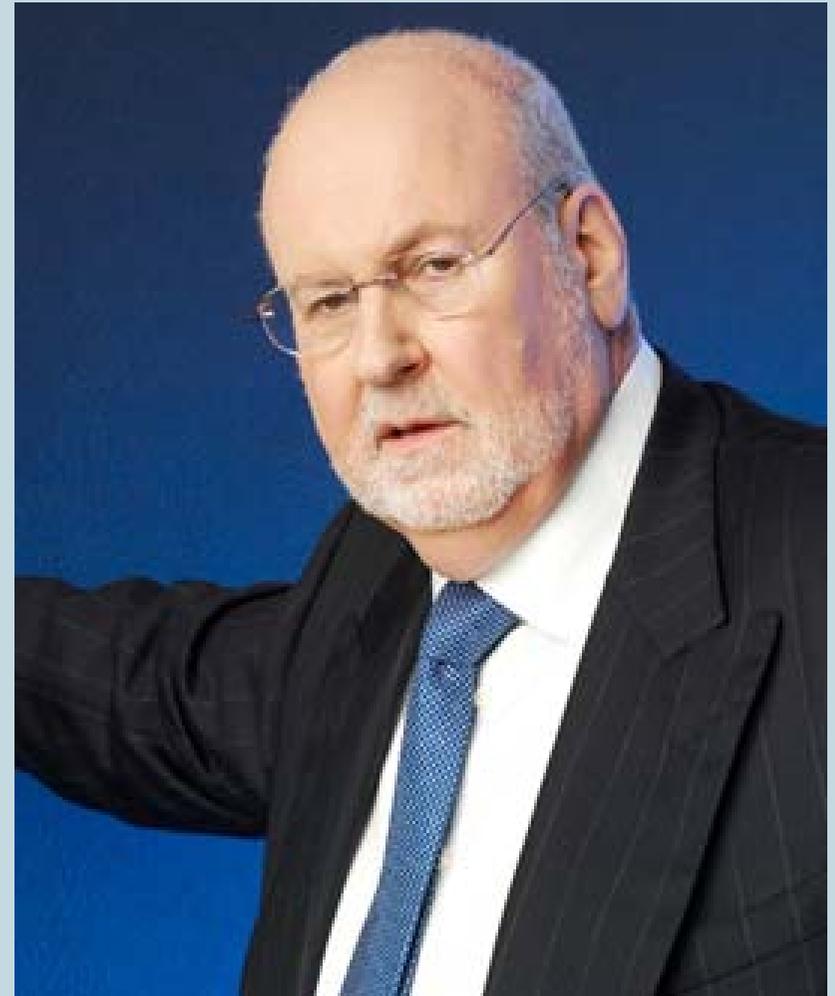
Das Gesetz habe die Verkehrssicherheit erhöht, sagte Kommissionspräsident Olivier François (FDP/VD) im Ständerat. Einige Massnahmen hätten sich aber als problematisch erwiesen. Kleine Anpassungen seien gerechtfertigt. [SDA](#)

A privilege for the State?

*Akte werden als acta jure imperii bezeichnet, während das wirtschaftliche Handeln des Staates mit dem Begriff acta jure gestionis umschrieben wird. Je nachdem, **unter welche Kategorie die öffentliche Auftragsvergabe subsumiert wird, wird der Staat privilegiert oder nicht.***

[...]

*Ein solches Verfahren zielt auf den Abschluss eines Vertrags zwischen gleichberechtigten Partnern. **Eine Privilegierung des Staates aus dem einzigen Grund, weil er der Staat ist, ist nicht zu rechtfertigen.***

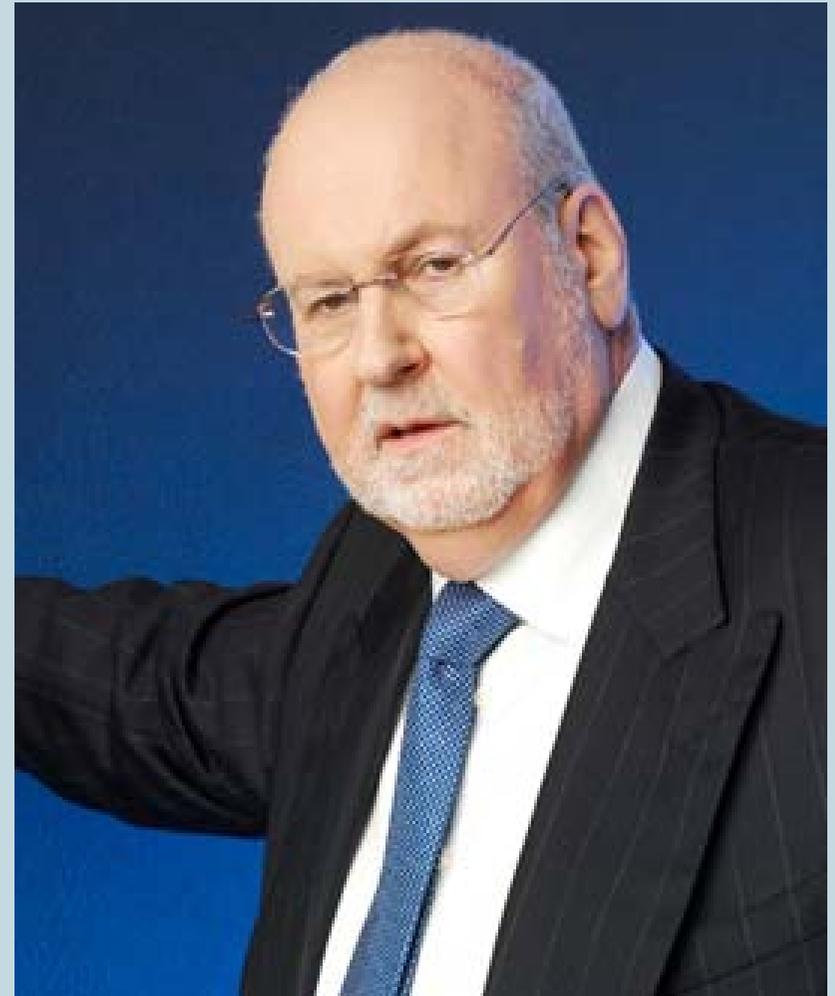


A privilege for the State?

State Action is traditionally divided into two categories: sovereign acts are called *acta jure imperii*, while the commercial acts of the state are called *acta jure gestionis*. **Depending on which category the public procurement is subsumed, the state is privileged.**

[...]

Such a [procurement] procedure aims at concluding a contract between equal parties. **A privilege of the state for the sole reason that it is the State is unjustifiable.**



Thank you for your attention!

Dag Sørli Lund / dalun@hjort.no / 988 72 998

ADVOKATFIRMAET HJORT
www.hjort.no

HJORT