

Høringsnotat – økt klagegebyr i KOFA

Innhold

1. Innledning og bakgrunn.....	2
2. Om KOFA	2
2.1 Organiseringen av KOFA	3
2.2 KOFAs oppgaver.....	3
2.3 Sakshistorikk.....	4
2.4 Økonomi	5
3. Klagegebyret.....	6
3.1 Hvorfor øke klagegebyret?.....	7
4. Hvordan skal klagegebyret fastsettes?	8
4.1 Differensiering av klagegebyret?	8
4.2 Den nærmere fastsettingen av klagegebyret.....	9
4.3 Tilbakebetaling av klagegebyret dersom klagen fører fram?	11
5. Økonomiske og administrative konsekvenser	11
6. Forslag til endringer i KOFA-forskriften	12

1. Innledning og bakgrunn

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (FAD) sender med dette på høring et forslag om å øke gebyret for behandling av klager i Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Det økte gebyret skal bidra til å finansiere KOFAs virksomhet. Klagegebyret er i dag kr 860 (ett rettsgebyr). De gjennomsnittlige kostnadene ved å behandle en sak i KOFA er i underkant av kr 40 000. Departementet foreslår at klagegebyret øker til kr 1 000 for behandling av klager på ulovlige direkte anskaffelser og kr 8 000 for behandling av øvrige klager. En eventuell gebyrøkning kan tidligst gjøres gjeldende fra 1. juli 2012. Det understrekes at departementet ikke har tatt stilling til om, og ev. når en endring vil tre i kraft.

I november 2011 la regjeringen frem Prop. 12 L (2011-2012) om endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv¹ i norsk rett). Næringskomiteens flertall foreslår i Innst. 185 L (2011-2012) å følge regjeringens forslag, som blant annet innebærer at den formelle håndhevingen av regelverket fortsatt skal skje ved domstolene ("domstolsmodellen"). Dette innebærer også at KOFA vil miste sin myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr.

Antall nye saker hvert år til KOFA har de siste årene økt vesentlig. Videre har også sakene blitt mer komplekse. Dette har medført at KOFA i dag er i en vanskelig situasjon både med hensyn til saksbehandlingstid, restanser og økonomi. KOFA mottar også hvert år et stadig økende antall saker som ikke egner seg for behandling i nemnda. Disse sakene krever mye ressurser. Det er derfor et klart behov for tiltak. Departementet mener at det både er fornuftig og nødvendig å finne løsninger som sikrer at KOFA kan ivareta brukernes behov for raske og grundige avgjørelser. Dette innebærer tiltak som sørger for at saksmengden ikke vokser fra år til år og at saksbehandlingstiden ikke blir stadig lengre.

Departementet har derfor påbegynt en gjennomgang av KOFA for å se om det er behov for endringer i nemndas innretning og rammevilkår. Gjennomgangen ble varslet i Prop. 1 S (2011-2012) *Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet*. Departementet har delt gjennomgangen opp i to deler, hvor første del tar for seg økning av klagegebyret. Den andre delen er under arbeid og omfatter KOFAs saksbehandlingsregler og organisering.

2. Om KOFA

KOFA er en uavhengig klagenemnd for offentlige anskaffelser, som ble etablert 1. januar 2003 med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser § 7a. Bakgrunnen for etableringen var et ønske fra Stortinget, regjeringen og næringslivet om å effektivisere håndhevingen av anskaffelsesregelverket. Undersøkelser viste at næringslivet mente at det ikke hadde reelle klagemuligheter på oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregelverket. Virksomheten til KOFA er nærmere regulert i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA-forskriften).

KOFAs rolle er å være en raskere og rimeligere klagemulighet for næringslivet på et lavere konfliktnivå enn domstolene. Derfor ble også klagegebyret satt lavt ved etableringen av klagenemnda. Klagegebyret ble satt til ett rettsgebyr (p.t. 860 kr), og partene kan ikke holdes ansvarlig for hverandres omkostninger. Det er opp til leverandørene å velge om de vil bringe en sak inn for nemnda for så eventuelt å klage samme sak inn for domstolen, eller om de vil gå direkte til domstolene.

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF av 11. desember 2007.

Høsten 2006 ble KOFA evaluert av et eksternt konsulentfirma på oppdrag fra FAD.² Hovedfunnet i rapporten var at nemnda hadde fungert godt. I følge flertallet av de som ble spurt, ble KOFA vurdert som en funksjonell ordning, i tråd med de intensjonene som lå til grunn for opprettelsen. Den opplevdes som et viktig alternativ til domstolene, men det fremkom også en del kritikk på grunn av lang saksbehandlingstid.

2.1 Organiseringen av KOFA

Klagenemnda består av en nemnd på 10 medlemmer og et sekretariat.

Nemnda og dens leder oppnevnes av regjeringen. Den består i dag av uavhengige advokater, dommere og personer fra akademien. Oppnevningen er basert på et faglig grunnlag og med en sammensetning som sikrer teoretisk og praktisk erfaring og innsikt. Enkelte har vært medlemmer av nemnda siden den ble opprettet i 2003. Dette sikrer kontinuitet, samt en gradvis utskifting av medlemmene. I behandlingen av enkeltsaker settes nemnda med tre medlemmer. Sammensetningen av nemnda varierer fra sak til sak. Avvisningssaker kan påklages til leder, men KOFAs leder kan hverken instruere medlemmene eller sekretariatet i faglige vurderinger.

Honoraret for ordinære nemndmedlemmer er i dag 4600 kroner per sak. Fast honorar for leder er 115 000 kroner årlig.

Klagenemndas sekretariat forbereder sakene før nemnda tar stilling til om det foreligger brudd på regelverket. Ved utgangen av 2011 besto sekretariatet av 12 personer (1 sekretariatsleder, 2 gruppeledere, 8 saksbehandlere og 1 sekretær). Administrativt er sekretariatet en del av Konkurransetilsynet og sekretariatslederen er en del av tilsynets ledergruppe. Faglig sett er sekretariatet underlagt klagenemnda.

2.2 KOFAs oppgaver

KOFA behandler klager på påståtte brudd på lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i loven. Klagenemnda hadde opprinnelig en rent rådgivende rolle, men fikk i januar 2007 kompetanse til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser. KOFA har delt inn sakene som behandles i følgende kategorier:

- Prioriterte rådgivende saker (saker hvor inngåelse av kontrakt avventer uttalelse fra KOFA)
- Rådgivende saker
- Prioriterte gebyrsaker (saker hvor inngåelse av kontrakt avventer uttalelse fra KOFA)
- Gebyrsaker

Klager til KOFA kan fremsettes av enhver som har ”saklig interesse”, jf. KOFA-forskriften § 6. Innholdet i formuleringen er nærmere tolket i KOFAs praksis. Kravet til saklig klageinteresse innebærer blant annet et vilkår om tilstrekkelig tilknytning til det spørsmålet som tas opp. Kretsen av enheter med saklig klageinteresse omfatter vanligvis leverandører som påstår seg usaklig forbigått i en konkurranse, eller i noen tilfeller potensielle leverandører. Videre har nevnte leverandørers bransjeorganisasjoner selvstendig klagerett.

KOFA har siden januar 2007 hatt adgang til å ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av kontraktens verdi ved ulovlige direkte anskaffelser. Denne sanksjonen har vært ilagt i et

² Evaluering av KOFA for Fornyings- og administrasjonsdepartementet 2006 av Resource-Partner.

mindre antall saker.³ Klagekretsen er videre enn i rådgivende saker, fordi kravet om *saklig interesse* ikke gjelder for disse sakene. Prop. 12 L (2011-2012) om gjennomføring av det såkalte håndhevelsesdirektivet i norsk rett, vil få betydning for KOFAs oppgaver. Der er det foreslått at KOFAs virksomhet skal videreføres omtrent som i dag, men at myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser overføres til domstolene. Forslaget er foreslått fulgt opp av næringskomiteens flertall i Innst. 185 L (2011-2012), og skal etter planen behandles av Stortinget i løpet av mars 2012. Det er imidlertid ikke grunn til å tro at endringene vil innebære at KOFAs ressursbehov reduseres i noe særlig grad, siden sakene om ulovlige direkte anskaffelser utgjør en mindre andel av den totale saksmengden. Dessuten vil det fortsatt være adgang til å klage ulovlige direkte anskaffelser inn for nemnda uten at klager trenger å påvise saklig interesse.⁴ I så fall kommer KOFA til å avgi en rådgivende uttalelse (men ikke ilegge overtredelsesgebyr).

Enkelte avgjørelser er tillagt sekretariatet, blant annet kompetanse til å avvise klager som er ubegrunnede eller uhensiktsmessige for behandling, jf. KOFA-forskriften § 9. En rekke klager som åpenbart ikke kan føre frem blir avvist med hjemmel i denne bestemmelsen. Sekretariatets beslutninger om avvisning kan påklages til nemndas leder.

En klage til KOFA har ikke oppsettende virkning, men sekretariatet vil ved mottagelsen av klagen alltid kontakte oppdragsgiver for å undersøke om denne er villig til å avvende nemndas behandling av saken.

Alle klagenemndas avgjørelser legges ut på klagenemndas hjemmeside www.kofa.no for å spre kunnskap og veiledning om nemndas tolkning av regelverket.

2.3 Sakshistorikk

Antall nye saker til KOFA har økt kraftig de siste årene, og antallet var særlig høyt i 2010. Samtidig som antall nye saker har økt har sakene også blitt mer komplekse og krevende å behandle, både for nemnda og sekretariatet. Dette skyldes bl.a. at KOFA fikk kompetanse til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser fra 1. januar 2007, men også at næringslivet i økt grad benytter klageadgangen til KOFA. Den nye offentlighetsloven som trådte i kraft 1. januar 2009 har også skapt en del ekstra arbeid og ført til en rekke krav om innsyn i konkurrenters tilbud.

Tabell 1 viser utviklingen i antall nye saker til KOFA i perioden 2003-2011:

Tabell 1

Nye saker	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Prioriterte rådgivende saker						38	57	49	59
Rådgivende saker	266	288	268	152	148	146	177	245	189
Prioriterte gebyrsaker						3	2	1	2
Gebyrsaker					5	29	41	111	81
Totalt	266	288	268	152	153	216	277	406	331

Kilde: www.kofa.no

Tabell 2 gir en oversikt over avgjorte saker i samme periode (behandlet av nemnda, trukket, avvist):

³ Fra januar 2007 til februar 2012 har KOFA ilagt 39 gebyrer for ulovlige direkte anskaffelser.

⁴ Prop 12 L (2011-2012), side 40 og 62.

Tabell 2

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Behandlet av nemnda	76	90	98	108	156	106	148	163	126
Avviste saker	77	106	137	50	48	43	50	84	99
Saker som trekkes	29	54	29	18	13	22	30	43	65
Totalt	182	250	264	176	217	171	228	280	290

Kilde: www.kofa.no

Et stramt budsjett over tid, sammen med et høyt antall nye saker med økt kompleksitet, har medført at restansene i KOFA per 31. desember 2011 utgjør mer enn ett års produksjon.

Tabell 3 gir en oversikt over restansene i KOFA:⁵

Tabell 3

Årstall	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Restanser	90	125	130	105	40	90	135	260	295

Tabell 4 gir en oversikt over utviklingen i gjennomsnittlig saksbehandlingstid i KOFA:

Tabell 4

Sakstype/saksbehandlingstid (dager)	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Prioriterte rådgivende saker						67	67	56	67
Rådgivende saker	54	108	162	293	172	100	164	202	286
Prioriterte gebyrsaker						106	60	45	72
Gebyrsaker					156	151	170	198	158

Kilde: www.kofa.no

Av saksoversiktene kan en se at trenden de siste årene er stadig flere nye saker hvert år (der antallet er høyest i 2010), økte restanser samt at gjennomsnittlig saksbehandlingstid øker.

2.4 Økonomi

Tabell 5 gir en oversikt over regnskapet på kap. 1550 post 23 KOFA i perioden 2009-2011, mens tabell 6 gir en oversikt over inntektene på kap. 4550 post 02⁶ (klagegebyr og gebyr for ulovlige direkte anskaffelser):⁷

Tabell 5

Regnskap kap. 1550 post 23 KOFA			
Bevilgninger			
	2009	2010	2011
Overføringer fra forrige år		53 000	
Bevilgninger over statsbudsjettet (tildelingsbrev)	5 220 000	5 387 000	5 554 000
Tilleggsbevilgninger (RNB)	3 650 000	2 000 000	2 000 000

⁵ Tallene på restanser er omtrentlige, og angir antall restanser per 31.12 hvert år.

⁶ Disse inntektene tilfaller staten, og er ikke en del av driften til KOFA.

⁷ Kilde: www.konkurransetilsynet.no

Omdisponering fra FADs budsjett (kap. 1500, post 21)		2 400 000	4 500 000
Fullmakt til å overskride bevilgning mot merinntekt	177 000	148 000	151 000
Refusjoner		80 000	391 000
Sum	9 047 000	10 068 000	12 596 000
Forbruk			
Lønnsutgifter	7 137 000	9 222 000	9 554 000
- Lønn sekretariat	3 950 000	5 819 000	6 475 000
- Nemdshonorar	2 311 000	2 265 000	1 941 000
- Arbeidsgiveravgift	876 000	1 138 000	1 138 000
Varer og tjenester	1 857 000	880 000	1 939 000
Sum	8 994 000	10 102 000	11 493 000

Tabell 6

Regnskap kap. 4550 post 02 Ymse inntekter			
Budsjett			
	2009	2010	2011
Prop. 1 S	210 000	217 000	224 000
Sum	210 000	217 000	224 000
Gebyr			
- Klagegebyr	219 000	270 040	219 000
- Gebyr ilagt for ulovlige direkte anskaffelser	4 635 000	50 064 000	7 052 000
Sum	4 854 000	50 334 040	7 271 000
Mindre/merinntekt	4 644 000	50 117 040	7 047 000

Av tabell 5 ovenfor fremgår det hvilket bevilgningsbehov KOFA har hatt for å sikre en forsvarlig sakebehandling i nemnda. I 2011 utgjorde tilleggsbevilgningene mer enn bevilgningene gitt over statsbudsjettet. I 2012 utgjør bevilgningen over statsbudsjettet 7,726 mill. kr.

3. Klagegebyret

Ett av formålene med opprettelsen av KOFA var å bidra til tidlig tvisteløsning mellom partene i anskaffelsesprosessene, for på den måten å spare partene og samfunnet for ressurser. Av den grunn ble klagegebyret satt lavt, og partene kan ikke holdes ansvarlige for hverandres omkostninger. Ved opprettelsen av KOFA var hensikten med gebyret primært å unngå grunnløse klager. Erfaringen viser at muligheten til tidlig tvisteløsning benyttes. Antall nye saker har økt vesentlig, og en rekke av sakene er såkalte prioriterte rådgivningssaker, dvs. saker hvor oppdragsgiver avventer inngåelse av kontrakt i påvente av uttalelse fra KOFA. Departementet ser derfor med bekymring på store restanser og lang saksbehandlingstid, som er et problem som er i ferd med å gå ut over klagenemndas legitimitet som tvisteløsningsorgan.

Spørsmålet om klagegebyret burde heves ble reist allerede i nemndas første årsrapport.⁸ Der fremgår det at:

”Klagenemnda har, som følge av den store pågangen av klagesaker, reist spørsmål ved om klagegebyret bør heves. Dette vil innebære at terskelen for å klage blir noe høyere, men ikke så høy at den vil avholde noen som mener seg uriktig behandlet, fra å klage. Klagenemnda har foreslått at klagegebyret passende kan settes til tre ganger rettsgebyret (for tiden kr. 2.220). Dette kan medføre en reduksjon i antall ubegrunnede klager, i tillegg til at dagens kapasitetsproblemer kan reduseres.”

Evalueringen av KOFA i 2006 av Resource-Partner AS (på oppdrag fra FAD) viste at flertallet av leverandørene mente at klagegebyret lå på et akseptabelt nivå. Flertallet av oppdragsgiversiden mente derimot at det var for lavt. Mens 76 % av leverandørene mente at klagegebyret burde være lavere enn 3000 kr, mente 55 % av oppdragsgiversiden at gebyret burde være større enn 3000 kr.

Ved innføring av overtredelsesgebyret i 2007 foreslo departementet at det ikke skulle betales klagegebyr ved klager på ulovlige direkte anskaffelser. Bakgrunnen var at det var ønskelig med en vid krets av klageberettigede. Derfor ble det også besluttet at kravet om saklig interesse ikke skulle gjelde for klager på ulovlige direkte anskaffelser. Hensikten var å avdekke flere ulovlige anskaffelser.

Siden opprettelsen av KOFA i 2003 har klagegebyret kun økt fra 670 kr til 860 kr (i samsvar med økningen i rettsgebyret).

3.1 Hvorfor øke klagegebyret?

KOFA skal være et alternativ til behandling av saker i domstolene. For at KOFA skal kunne oppnå målene om rask og effektiv saksbehandling må nemnda kunne behandle sakene uten for lang saksbehandlingstid. Som nevnt ovenfor har både saksbehandlingstiden og restansene til KOFA økt. Departementet mener derfor at det er nødvendig å iverksette tiltak, slik at KOFA kan fungere i tråd med formålet.

Terskelen for å sende saker til behandling i KOFA er svært lav og oversikten i punkt 2.3 viser at antall nye saker til KOFA har økt vesentlig de siste årene. Som en følge av den lave terskelen mottar KOFA i dag en rekke saker som ikke er egnet for behandling i nemnda og derfor avvises (se tabell 2). Dette er saker som f.eks. er foreldet, faktagrunnlaget i saken er mangelfullt mv. Sakene blir grundig vurdert av sekretariatet før de eventuelt avvises. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder, noe som skjedde i ca 20 % av avvisningssakene i 2011. Det brukes m.a.o. mye ressurser på behandling av avvisningssaker. Departementet mener derfor at det er behov for å øke terskelen for å få en sak behandlet i KOFA. På den måten vil KOFA få litt færre saker til behandling samtidig som man får frigjort ressurser til å avgjøre saker som er egnet for behandling. Dette vil også redusere saksbehandlingstiden. En økning i klagegebyret vil bidra til dette.

Å få en sak vurdert av KOFA er et tilbud til bedrifter som konkurrerer om å levere tjenester til det offentlige. Behandling i KOFA gir god rettsavklaring og veiledning i et komplisert regelverk. Videre bidrar vurderingene fra KOFA til tidlig tvisteløsning i mange saker, som nevnt i punkt 3. Dette viser at KOFAs avgjørelser og uttalelser ilegges betydelig vekt.

⁸ Årsrapport 2003 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser, side 8.

Det påløper kostnader for klager ved behandling av en sak i KOFA, herunder interne ressurser med hensyn til saksforberedelser, faktainnsamling mv. Mange velger også å benytte seg av advokatbistand, noe som medfører ytterligere kostnader. Klagegebyret må antas å utgjøre kun en liten del av de samlede kostnadene. Det er likevel viktig å understreke at det å få behandlet en sak i KOFA er et valg klagerne tar. Departementet mener det er rimelig at klagerne betaler for deler av kostnadene ved tilbudet.

I Danmark er Klagenævnet for Udbud en uavhengig administrativ klageinstans, som behandler klager over overtredelser av anskaffelsesregelverket. Klagenævnet er det viktigste forumet for tvisteløsning på anskaffelsesområdet i Danmark.

Klagenævnet har betydelig videre myndighet enn KOFA og treffer bindende avgjørelser. Den har kompetanse til å behandle saker både før og etter kontraktsinngåelse. Klagenævnet kan bl.a. treffe avgjørelser om midlertidig forføyning, pålegge oppdragsgivere å betale erstatning og pålegge oppdragsgivere å godtgjøre klagerens saksomkostninger. Klagenævnet er derfor ikke direkte sammenlignbar med KOFA. Departementet vil likevel peke på at i Danmark har klagegebyret nylig vært hevet fra 4000 (DKK) til 10 000 (DKK) for å redusere antall klager og forkorte saksbehandlingstiden.

4. Hvordan skal klagegebyret fastsettes?

4.1 Differensiering av klagegebyret?

Departementet har vurdert om klagegebyret skal differensieres med hensyn til sakstype, bedriftens størrelse mv., eller om samme sats skal gjelde for alle typer saker. Det er ulike hensyn som gjør seg gjeldende for hvorvidt klagegebyret skal differensieres eller ikke. Nedenfor gjennomgås ulike måter for hvordan klagegebyret kan fastsettes.

Differensiering av klagegebyret med hensyn til bedriftens størrelse

Det er ulike typer bedrifter som klager inn saker til KOFA. Bedriftene varierer i størrelse, både med hensyn til omsetning, utstrekning, produksjon mv. For at behandling av saker i KOFA fortsatt skal utgjøre et lavterskeltilbud, er det viktig at klagegebyret ikke er av en slik størrelse at små bedrifter ikke ser seg tjent med å klage inn en sak til KOFA. Dette kan tale for en differensiering av klagegebyret med hensyn til bedriftens størrelse.

De faktiske regnskapstallene viser i de fleste tilfeller størrelsen på en leverandør. Her kan man se for seg et system hvor leverandøren, samtidig som klagen sendes inn og klagegebyret betales, også sender med godkjente årsregnskap.

Argumenter mot en slik løsning er bl.a. at det ikke behøver å være noen sammenheng mellom leverandørens betalingsevne eller betalingsvillighet og omsetning. Betydningen av leveranser til det offentlige for den enkelte leverandør har heller ikke nødvendigvis sammenheng med omsetningen. I enkelte tilfeller kan også regnskapstallene til bedriftene være vanskelig tilgjengelige. Nystiftede selskaper, som ikke har sendt inn årsregnskapet, har ikke disse tallene tilgjengelige og har dermed ikke grunnlaget for beregning av gebyret. Et annet argument mot en slik løsning er at i saker hvor det er flere leverandører som klager på samme kontraktstildeling, kan man ende opp i en situasjon hvor klagerne ikke betaler samme beløp for saksbehandlingen. Departementet mener det er uheldig at ulike aktører betaler ulik pris for samme tjeneste.

En differensiering av klagegebyret vil dessuten innebære merarbeid for KOFA. Selv om det vil være bedriftenes ansvar å betale riktig gebyr, vil KOFA måtte utføre kontrollhandlinger for å sikre at bedriftene betaler riktig klagegebyr. KOFA må håndtere større mengder dokumentasjon, da også bedriftenes årsregnskap må innhentes. Dokumentasjonskravet øker også for bedriftene.

Det er heller ikke opplagt for departementet hvor en eventuell grense skal settes. Dersom en for eksempel setter klagegebyr på 5000 kr og 10 000 kr, og skiller mellom bedrifter med omsetning over og under 5 mill. kr, vil en slik løsning gi store utslag for en bedrift med en omsetning på for eksempel 5,5 mill.kr.

Differensiering av klagegebyret med hensyn til saksbehandlingskostnader

En annen måte å differensiere klagegebyret på er å differensiere med hensyn til saksbehandlingskostnader. Med en slik fremgangsmåte oppnår en at de som benytter seg av KOFAs tjenester betaler et gebyr som hensyntar de faktiske kostnadene ved behandling av en sak. Dette mener departementet er rimelig. Det er opplagt at saksbehandlingskostnadene varierer med hensyn til sakstype. Størrelsen på kontrakten, saker som omhandler ulovlige direkte anskaffelser, saker av prinsipiell art mv. er alle faktorer som spiller en rolle med hensyn til hvor mye ressurser som går med til å behandle en sak.

Imidlertid vil det være vanskelig på forhånd å vite hvor mye ressurser som vil gå med når en sak behandles. Rådgivende saker kan synes å være små og enkle, men kan vise seg å omhandle prinsipielle spørsmål som det tar lang tid å behandle. Saker som omhandler ulovlige direkte anskaffelser vil som regel kreve ekstra ressurser, men det kan også tenkes at noen slike saker har et enkelt faktum og en opplagt konklusjon. Et slikt system innebærer at klagegebyret vil måtte kreves inn i etterkant av behandlingen av saken. Dette er motsatt av hvordan innkreving av klagegebyret foregår i dag. Ordningen vil gjøre det uforutsigbart for en leverandør hvor mye det vil koste å få behandlet en klage. En slik ordning vil også medføre merarbeid for KOFA, beregning av klagegebyr, innkreving mv.

En kan imidlertid se for seg en ordning hvor klagegebyret fastsettes ut fra gjennomsnittlige saksbehandlingskostnader for de ulike sakstypene. Som nevnt ovenfor vil det imidlertid kunne være stor forskjell på sakene også innenfor samme sakstype. Vi kan dermed allikevel havne i en situasjon hvor bedriftene betaler samme klagegebyr selv om ressursene brukt på behandling av sakene er svært forskjellig.

Samme klagegebyr for alle typer saker

Fordelen med et fast klagegebyr er at det gir forutsigbarhet for bedriftene, ved at de på forhånd vet hvilket gebyr som skal betales når en sak behandles i KOFA. Med et fast gebyr vil imidlertid ovennevnte hensyn ikke bli ivaretatt.

4.2 Den nærmere fastsettingen av klagegebyret

Motivasjonen for å øke klagegebyret er bl.a. å bidra til en viss avsiling av saker, slik at KOFAs ressurser konsentreres om å behandle saker som er egnet for behandling i nemnda.

Et høyt klagegebyr kan øke terskelen for å klage. Ved høye gebyrer må man anta at andelen ubegrunnede klager reduseres. Samtidig kan det også lede til at prinsipielle saker som burde vært innklaget ikke blir det. Utfordringen er å fastsette gebyret på et nivå som kan forene hensynet til å unngå ubegrunnede klager, samtidig som terskelen for å klage ikke blir så høy at leverandørene unngår å sende inn berettigede klager.

Etter departementets vurdering er det lite hensiktsmessig å innføre en løsning som innebærer merarbeid for KOFA. Inntektene fra klagegebyret vil også bli uforutsigbare ved løsninger med differensiert klagegebyr. På denne bakgrunn, samt ovennevnte vurderinger, foreslår departementet å sette klagegebyret til et fast beløp, uavhengig av størrelsen på bedriften eller saksbehandlingskostnadene i KOFA.

I Finansdepartementets rundskriv R-112/2006 om "Retningslinjer for gebyr- og avgiftsfinansiering av statlige myndighetshandlinger" fremkommer det hvordan gebyr skal fastsettes. FAD legger til grunn de prinsippene som fremkommer i Finansdepartementets retningslinjer ved fastsettelsen av klagegebyret i KOFA.

Fastsetting av klagegebyr for rådgivende saker

Basert på regnskapet til KOFA for 2011 kostet det i gjennomsnitt 39 360 kr per avgjort sak. I denne gjennomsnittsberegningen har departementet også lagt til grunn at trukkede saker er en del av de avgjorte sakene. Det vil naturligvis variere hvor mye ressurser som går med på å behandle en sak som trekkes, avhengig av hvor langt saksbehandlingen har kommet før saken trekkes. Dersom en trekker disse sakene ut av gjennomsnittsberegningen vil gjennomsnittlige kostnader per sak øke.

Den gjennomsnittlige kostnaden inkluderer lønnskostnader til sekretariatet, nemndhonorar, arbeidsgiveravgift og andre driftsutgifter (varer og tjenester). Andre driftsutgifter er utgifter knyttet til husleie, arkivtjenester, reiseutgifter, kurs- og kompetansmidler mv. Dette er utgifter som etter departementets oppfatning påløper uavhengig av antall saker KOFA har til behandling. Det samme gjelder honoraret til KOFAs leder (115 000 kr per år). Departementet vil derfor ta utgangspunkt i lønnskostnader og nemndhonorar når klagegebyret skal fastsettes. Dette er kostnader som varierer med hensyn til antall saker som behandles i KOFA.

Som nevnt ovenfor utgjør nemndhonoraret per sak 13 800 kr. Når en legger til arbeidsgiveravgift utgjør nemndhonoraret per sak 15 746 kr. Avviste og saker som blir trukket behandles ikke i nemnda, slik at utgifter til nemndhonorar ikke påløper for disse sakene.

I 2011 utgjorde lønnskostnader og arbeidsgiveravgift til sekretariatet 7 387 975 kr. Samlede lønnskostnader per sak utgjorde dermed i gjennomsnitt 25 301 kr (samlede lønnskostnader delt på antall avgjorte saker). Dette er gjennomsnittlig kostnad per sak før eventuelt nemndhonorar påløper. Det er imidlertid ikke alle saker som blir behandlet av selve nemnda (avviste og saker som trekkes). For saker som var gjenstand for nemndbehandling utgjorde gjennomsnittlige kostnader per sak i 2011 kr 41 047 (lønn/arbeidsgiveravgift og nemndhonorar/arbeidsgiveravgift). Med et klagegebyr på 860 kr i 2011 ble dermed om lag 2 pst. av kostnadene ved saker som var gjenstand for nemndbehandling dekket av klagegebyret.

For at klagegebyret skal ha den tilsiktede virkningen, må gebyret være av en viss størrelse. Samtidig er det som nevnt viktig at terskelen for å klage inn saker til KOFA ikke øker for mye. Departementet foreslår derfor at klagegebyret for rådgivende saker settes til 8 000 kr per sak. Dette gebyret vil utgjøre omlag 20 pst. av gjennomsnittlige kostnader ved en sak som er gjenstand for nemndbehandling, og omlag 32 pst. av gjennomsnittlige kostnader ved en sak som ikke er gjenstand for nemndbehandling.

Dette forslaget vil innebære at det fortsatt er det offentlige som bærer den største delen av kostnadene ved KOFAs virksomhet.

Selv med en økning i klagegebyret til 8 000 kr vil partenes kostnader og tidsbruk ved en klageprosess i KOFA utvilsomt være vesentlig lavere enn ved domstolsbehandling. KOFA vil dermed fortsatt være et rimelig tvisteløsningsalternativ for leverandørene sammenlignet med domstolsbehandling.

Fastsetting av klagegebyr for saker som omhandler ulovlige direkte anskaffelser

Ulovlige direkte anskaffelser utgjør et av de mest alvorlige bruddene på anskaffelsesregelverket. Departementet mener derfor at det er viktig å ikke heve terskelen for mye for å klage inn saker som omhandler slike overtredelser. Dette er også viktig for å ivareta hensynet til at klagekretsen er videre enn i rådgivende saker, jf. at det ikke er krav til saklig klageinteresse for slike saker. Departementet foreslår derfor kun å innføre et lavt klagegebyr på slike saker for å garantere en viss seriøsitet bak klagen. Nivået på klagegebyret for slike saker foreslås til 1000 kr.

4.3 Tilbakebetaling av klagegebyret dersom klagen fører fram?

Departementet er innforstått med at den foreslåtte økningen i klagegebyret kommer til å heve terskelen noe for å klage inn saker for KOFA, særlig for små bedrifter. Departementet har derfor vurdert om det kan være hensiktsmessig å innføre en ny bestemmelse i KOFA-forskriften om at KOFA kan anmode innklagede om å tilbakebetale klagegebyret til klager, dersom klagen helt eller delvis fører frem. Klager vil i så fall fremdeles måtte betale inn klagegebyret samtidig som klagen sendes inn, men kunne få tilbakebetalt klagegebyret fra innklagede.

Et tungtveiende argument mot en slik løsning er at KOFAs avgjørelser er rådgivende. En avgjørelse som eventuelt anmoder innklagede om å tilbakebetale vil ikke ha bindende virkning og det vil dermed bli opp til innklagede å velge om de vil tilbakebetale beløpet til klager eller ikke. Departementet mener at en slik løsning vil være uheldig og i verste fall konfliktskapende.

5. Økonomiske og administrative konsekvenser

Den økningen i klagegebyret som foreslås ovenfor vil ha økonomiske konsekvenser for KOFA og for næringslivet. Det er vanskelig å anslå hvor stor effekt et økt klagegebyr vil ha for inngangen av nye saker. Dersom KOFA mister kompetansen til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser, jf. Prop. 12 L (2011-2012) og Innst. 185 L (2011-2012), vil det også kunne føre til noe nedgang i antall slike saker til KOFA. Departementet mener at det generelt er rimelig å forvente en viss nedgang i antall nye saker.

Dersom en legger til grunn 300 nye saker hvert år, og at saker som omhandler ulovlige direkte anskaffelser utgjør 20 pst.,⁹ vil gebyrinntektene bli følgende:

Rådgivende saker:	240 saker x 8 000 kr =	1 920 000 kr
Gebysaker:	60 saker x 1 000 kr =	60 000 kr
Sum		1 980 000 kr

⁹ I gjennomsnitt de tre siste årene (2009-2011) har saker som omhandler ulovlige direkte anskaffelser utgjort 22,67 % av nye saker. Dersom KOFAs myndighet til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser overføres til domstolen forventer departementet en viss nedgang i slike saker.

Dersom en trekker fra inntektene som det opprinnelige klagegebyret utgjør, 300 saker x 860 kr = 258 000 kr, utgjør økningen i inntektene til finansiering av KOFA 1 722 000 kr. Økte kostnader for næringslivet utgjør tilsvarende.

Det forventes små eller ingen administrative konsekvenser som følge av den foreslåtte gebyrøkningen.

6. Forslag til endringer i KOFA-forskriften

Dersom ovennevnte forslag om gebyrendring skal gjennomføres vil det være nødvendig å gjøre følgende endringer i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser:

§ 13 skal lyde:

§ 13. Partenes omkostninger og *klagegebyr*

Partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. For klage til klagenemnda *på ulovlige direkte anskaffelser* skal det betales et *gebyr på kr 1 000*. *For klager i øvrige saker skal det betales et gebyr på kr 8 000*. Klagen tas ikke til behandling før gebyret er betalt.