



Fylkesmannen
i Oslo og Akershus

Bydel Bjerke v/Barnehageavdelingen
Postboks 13 Økern
0508 Oslo

Barnehage- og utdanningsavdelingen

Besøksadresse: Tordenskiolds gate 12,
Oslo
Postadresse: c/o Fylkesmannen i Østfold,
Postboks 325, 1502 MOSS
Telefon 22 00 35 00
fmoapostmottak@fylkesmannen.no
www.fmoa.no
Organisasjonsnummer NO 974 761 319

Deres ref.: 20170033-9
Deres dato: 07.03.2018
Vår ref.: 2018/6584-12 FM-BUA
Saksbehandler: Monica Hermansen
Direktetelefon: 22003880

Dato: 24.09.2018

KOPI

Avslag - klage på vedtak om tilbakebetaling - Bydel Bjerke - Økernly barnehage

Fylkesmannen viser til Bydel Bjerkes oversendelse av klage på vedtak om tilbakebetaling av tilskudd, datert 7. mars 2017.

Private Barnehagers Landsforbund (heretter forkortet PBL) har på vegne av Økernly barnehage klaget over bydelens vedtak fattet 31. oktober 2017. Saken gjelder vedtak om tilbakebetaling av tilskudd ytt barnehagen i 2014, jf. barnehageloven §§ 16 tredje ledd, 16 a annet og tredje ledd samt § 14 a første ledd bokstav c.

Fylkesmannens vedtak

Bydel Bjerkes vedtak av 31. oktober 2017 opprettholdes. Fylkesmannens vedtak er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Fylkesmannens myndighet

Klagen er behandlet i medhold av barnehageloven § 16 fjerde ledd. Etter forvaltningsloven § 2 bokstav b er vedtak om anvendelse av økonomiske reaksjonsmidler et enkeltvedtak. Klager har klagerett i saken og har påklaget vedtaket innen fristen i forvaltningsloven §§ 28 og 29. Vilkårene for å behandle klagen er følgelig oppfylt.

Etter forvaltningsloven § 34 siste ledd har Fylkesmannen myndighet til å treffe et nytt vedtak eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen for helt eller delvis ny behandling.

Sakens bakgrunn

Bydel Bjerke konkluderte i tilsynsrapport av 31. oktober 2018 med at Økernly barnehage i 2014 hadde hatt vesentlig lavere personalkostnad per heltidsplass enn det som er vanlig for kommunens egne tilsvarende barnehager, jf. barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c. På den bakgrunn ble det fattet vedtak om tilbakebetaling av kr 800 000 etter barnehageloven § 16 tredje ledd, jf. § 16 a andre og tredje ledd.



Vedtaket ble påklaget av PBL på vegne av barnehagen den 20. november 2017. I brev av 8. desember 2017 ble klagen begrunnet nærmere.

I klagen fremkommer det at det er usikkert om kommunens beregninger tar med alle personalkostnadene til Økernly barnehage. Det står at kommunen ikke veiledet om hvilke kostnader som faller inn under «personalkostnader». Det er anført at det foreligger saksbehandlingsfeil ved at kommunen ikke har imøtekommet ønske om veiledning etter forvaltningsloven § 11 andre ledd. Denne feilen har etter deres syn virket inn på vedtaket, og medfører at det er ugyldig.

Deretter er det i klagen vist til at Økernly barnehage startet opp i 2011, og har ansatte med lav ansiennitet. Klager mener dermed at personalkostnadene bør sammenlignes med personalkostnadene i nyere kommunale barnehager.

Videre er det vist til at bydelen har sett bort i fra flere årsaker til forskjellen i personalkostnadene. I klagen blir kommunen oppfordret til å klargjøre sine vurderinger i saken. Alle årsakene til differansen må etter klagers syn vektlegges i vurderingen.

Klager mener forskjellen i lav og høy ansiennitet utgjør store forskjeller i personalkostnadene. Barnehagens bemanningstetthet bør etter klagers syn sammenlignes med kommunale barnehager med omtrent lik størrelse. Det vises videre til at tilskuddssystemet er årsaken til forskjellen i personalkostnaden og at private barnehager har stor usikkerhet forbundet med inntektene.

Endringer i barnas alderssammensetning mener de også har betydning i vesentlighetsvurderingen.

Barnehagen fikk et tilbakebetalingskrav på bakgrunn av for mye utbetalt tilskudd i 2012, som etter deres oppfatning illustrerer tilskuddssystemets usikre side.

Klager mener også at bydelen ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til at tilskuddsandelen til de private barnehagene er lavere enn for de kommunale. Klager har derfor beregnet et gjennomsnitt av tilskuddsandelen for 2012, 2013 og 2014.

Klagen ble behandlet den 7. mars 2018. Bydelen er ikke enig i at veiledningen har vært mangelfull. Den foreløpige tilsynsrapporten hadde vedlagt regneark over poster som inngikk i beregningen av personalkostnadene. På bakgrunn av opplysninger i tilsvar til foreløpig tilsynsrapport, ble grunnlaget for personalkostnadene endret.

Bydelen viser videre til at de har foretatt en konkret sammenligning mellom klagers personalkostnader og kommunens egne personalkostnader i tråd med forarbeidene.

Når det gjelder usikkerheten i inntektsnivået viser bydelen til at grunnbemanningen i Oslo kommune har vært fast siden 80-tallet. Selv om tilskuddsnivået har blitt oppjustert til 100 %, har ikke bemanningstettheten i barnehagen økt vesentlig. Bydelen viser til at denne var på 6,9 per desember 2016 og desember 2017. De mener dette viser at det er andre hensyn enn usikkert inntektsnivå som har vært styrende for nivået på personalkostnader.



Når det gjelder vesentlighetsvurderingen skriver bydelen at de har foretatt en samlet vurdering hvor det er tatt hensyn til størrelsen på avviket og hva avviket skyldes. Bydelen er ikke uenig i at lav ansiennitet er en av årsakene til avviket, men legger til grunn at lav bemanningstetthet er hovedårsaken. Lav grunnbemanning er etter deres synspunkt en viktigere årsak til differansen i personalkostnader per heltidsplass enn forskjeller i ansiennitet. Det anslås at barnehagens personalkostnader ville vært kr 500 000 høyere med samme ansiennitet som i kommunale barnehager.

Bydelen opprettholdt sitt vedtak og saken ble følgelig oversendt Fylkesmannen for behandling.

Vi mottok deretter merknader fra PBL datert 5. april 2018. Det hevdes at bydelen ikke har hensyntatt forskjellen i pensjonskostnadene ved vurderingen av vesentlighetskravet. Klager har vedlagt en egen beregning av personalkostnadene der pensjonskostnadene er fjernet og mener differansen som da foreligger ikke er i strid med vesentlighetskravet.

Det hevdes også at kommunens beregninger er misvisende. Pensjonselementet, ansiennitets-elementet og det lavere tilskuddsnivået skulle etter klagers syn vært tatt hensyn til i beregningen. Klager har også foretatt en egen beregning der dette er tatt hensyn til, og differansen er da på 4,1 %.

Klager hevder i tillegg at det er feil i beregningen ved at bydelen ikke har tatt med fremmedtjenester på tilsammen kr 1 356 910 i beregningen. De mener bydelen ikke har forklart hvorfor kun kr 936 367 er tatt med.

Klager mener bydelen ikke har behandlet anførselen om tilskuddssystemets innvirkning på vesentlighetsvurderingen på en riktig måte. Det vises på nytt til at usikkerheten forbundet med omfanget av tilskuddet har betydning for vesentlighetsvurderingen. Tilskuddssatsen for de private barnehagene ble fastsatt etter barnehageårets slutt. Det trekkes i den sammenheng også frem at tilskuddsnivået i Oslo har vært lavt.

Klager trekker også frem at ca. 20 kommunale barnehager i Oslo kommune har lavere personalkostnader enn Økernly barnehage. Det anføres at det er usaklig forskjellsbehandling når disse har driftet med personalkostnader som er lik og lavere enn for Økernly. Dette er ifølge PBL myndighetsmisbruk, og alle vedtakene Oslo kommune har fattet som retter seg mot private barnehager med personalkostnader på samme nivå som Oslo kommunes egne barnehager, er ugyldige. Det hevdes at Oslo kommunes praksis innebærer et ulovlig konkurransefortrinn for kommunale barnehager fremfor private barnehageaktører.

Det fremgår også at Fylkesmannen bør undersøke Oslo kommunes praksis ved anvendelsen av barnehageloven § 14 a nærmere, ettersom det ilegges sanksjoner ved ethvert brudd på bestemmelsen. Videre fremgår det at Fylkesmannen bør undersøke om kommunen veiledet de private barnehagene frem til 2014 om størrelsen på personalkostnadene i de kommunale barnehagene, hvilken veiledning Oslo kommune ga til de private barnehagene, og om kommunen ga veiledning om hvilken differanse som kan anses for å være innenfor lovens krav. Det hevdes at barnehagemyndighetens veiledning er sentral for å vurdere rimeligheten av bruken av økonomiske sanksjoner.



Fylkesmannen oversendte merknadene til Bydel Bjerke den 13. april 2018 med frist for uttalelse 26. april 2018.

Vi mottok svar fra bydelen den 8. mai 2018. Det ble informert om at svaret ved en feil ikke var sendt ut tidligere.

Når det gjelder vesentlighetsvurderingen skriver bydelen at forskjeller i pensjon er et av momentene som skal vektlegges i vesentlighetsvurderingen, men at dette ikke skal trekkes ut fra beregningen av personalkostnader per heltidsplass. Det fastholdes at lav grunnbemanning er hovedårsaken til barnehagens lave personalkostnader.

Bydelen viser til at klager blander sammen beregningen av personalkostnadene per heltidsplass med den skjønnsmessige vesentlighetsvurderingen som skal gjøres etter barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c.

Bydelen har vektlagt flere forhold i vesentlighetsvurderingen, herunder forskjeller i grunnbemanning, ansiennitet, pensjon og tilskuddsnivå. Det er etter deres syn ingen tvil om at grunnbemanning er den faktoren som i størst grad forklarer de lave personalkostnadene.

Når det gjelder beregningen har bydelen inkludert kr 936 367 ført på post 6700 i regnskapet i beregningen av barnehagens personalkostnader. Barnehagen har i årsregnskapsskjemaet for 2014 oppgitt at dette er kostnader til utvikling, personal, administrasjon, IT, sykefraværsoppfølging, myndighetsoppfølging og markedsføring. Øvrige kostnader ført på denne posten gjelder revisjon og regnskaps- og lønnstjenester, som dekkes av administrasjonspåslaget og ikke inngår i beregningen av personalkostnadene. Bydelen vil likevel peke på at deler av kostnadene som er inkludert i personalkostnadene, er kostnader som dekkes av administrasjonspåslaget. Dette gjelder kostnader ved IT-tjenester, HMS, bedriftshelsetjeneste og personalfunksjon. Det taler for at differansen i personalkostnader per heltidsplass reelt sett er større enn det bydelen har lagt til grunn.

Bydelen skriver at nærmere undersøkelser viser at barnehagen mottok 100 % av det de kommunale barnehagene i gjennomsnitt fikk i offentlig finansiering. Økernly barnehage ble etablert i 2011 og kunne dermed budsjettere med et kostnadsnivå tilsvarende nivået i de kommunale barnehagene og ha krav på 100 % finansiering allerede fra oppstart i 2011. Dette fulgte av tidligere forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager § 3 andre ledd. Bydelen kan på denne bakgrunn ikke se at klagers anførsler er relevant for saken. Barnehagen har siden oppstart hatt et tilskuddsnivå som har gitt rom for å ha høyere bemanning og dermed høyere personalkostnader enn det barnehagen har hatt.

Bydelen kan ikke se at det har relevans for saken at enkelte kommunale barnehager har lave personalkostnader. Økernly barnehage er finansiert ut fra gjennomsnittet av det de kommunale barnehagene får i offentlig finansiering og ikke ut fra hva de kommunale barnehagene med lavest personalkostnader får i offentlig finansiering.

Bydelen mener det ikke har vært mangler ved veiledningen. Nivået på personalkostnadene i de kommunale barnehagene kan barnehagene lese ut av kommunens grunnlag for beregning av de



årlige tilskuddssatsene. Beregningsgrunnlaget for hvert år inneholder informasjon om personalkostnader, antall heltidsplasser, antall barn per årsverk og lønnskostnader per årsverk.

Det ville ikke vært mulig for kommunen å veilede hver enkelt barnehage om hvilken differanse i personalkostnader som kunne anses å være innenfor lovens krav.

Bydelen har lagt vekt på flere forhold i vurderingen av om vesentlighetskravet i barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c er oppfylt, herunder bemanningstetthet, ansiennitet, pensjon og tilskuddsnivå. På bakgrunn av disse vurderingene har bydelen valgt å kreve tilbake et lavere beløp enn den beregnede besparelsen ved lav voksentetthet på 1,3 mill. kroner.

Fylkesmannen oversendte kommentarene til PBL den 8. mai 2018 og mottok tilbakemelding den 14. mai 2018.

Klager viser til at forskjellen i personalkostnadene i stor grad kan forklares gjennom ulik ansiennitet og forskjeller i pensjonskostnader, og at dette synliggjøres ved tallfesting. Det påstås at bydelens fokus på bemanningssituasjonen er konstruert for å forsvare et vedtak om økonomiske sanksjoner. Bydelen har visst om bemanningssituasjonen, ettersom denne er godkjent og har blitt innrapportert.

Tilskuddsvedtaket for 2014 er vedlagt, og viser at barnehagen mottok 96 % finansiering første halvår og 98 % andre halvår.

Klager fastholder at bydelen ikke har oppfylt sin veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Bydelen burde på et tidligere tidspunkt ha gitt signaler til barnehagen dersom bemanningssituasjonen skal gi grunnlag for økonomiske sanksjoner.

I klagen fremgår det at vurderingen etter barnehageloven § 16 a er fraværende. Etter klagers oppfatning innebærer bestemmelsen at det skal foretas en nærmere vurdering av om økonomiske sanksjoner er rimelig å ilegge.

Når det gjelder anførselen om usaklig forskjellsbehandling hevder klager at Oslo kommunes kommentarer er lite klargjørende. Det hevdes at det ikke er grunnlag for å ilegge økonomiske sanksjoner mot Økernly barnehage når Oslo kommune som barnehagemyndighet aksepterer at mange kommunale barnehager har personalkostnader på samme nivå.

Gjeldende rett

Barnehageloven § 14 a stiller krav til bruk av offentlig tilskudd og foreldrebetaling i ikke-kommunale barnehager. Følgende fremgår av bestemmelsen:

Offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode. Barnehagen kan ha et rimelig årsresultat. Dette innebærer at følgende vilkår må være oppfylt:

a) barnehagen kan bare belastes kostnader som direkte vedrører godkjent drift av barnehagen



b) barnehagen kan ikke overfor eier eller eiers nærstående eller selskap i samme konsern som eier foreta transaksjoner og belastes kostnader på vilkår eller med beløp som avviker fra eller overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter, og

c) barnehagen kan ikke ha vesentlig lavere personalkostnad per heltidsplass enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager.

Som eiers nærstående menes nærstående som nevnt i aksjeloven § 1-5 første ledd. Med konsern menes selskaper som står i slikt forhold til hverandre som beskrevet i aksjeloven § 1-3.

Barnehageeier skal kunne dokumentere at offentlige tilskudd og foreldrebetaling er brukt i samsvar med formålet i første ledd.

Kongen kan gi utfyllende forskrift om krav til regnskap, revisjon, og rapportering, krav til barnehagens dokumentasjon av bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling, og den ikke-kommunale barnehagens opplysningsplikt om økonomiske forhold.

Det følger av barnehageloven § 16 tredje ledd at:

I stedet for eller i tillegg til stenging av virksomheten, kan kommunen bruke økonomiske reaksjoner overfor ikke-kommunale barnehager dersom krav etter § 14 a, eller forskrift i medhold av samme bestemmelse, ikke er overholdt.

De økonomiske reaksjonsmidlene kommunen har adgang til å anvende overfor ikke-kommunale barnehager fremgår av barnehageloven § 16 a. Det følger av bestemmelsen at:

Kommunen kan holde tilbake tilskudd til ikke-kommunale barnehager eller redusere tilskudd i kommende terminer dersom krav etter § 14 a eller forskrift i medhold av § 14 a ikke er oppfylt.

Dersom tilskudd er anvendt i strid med § 14 a eller forskrift i medhold av § 14 a, kan kommunen kreve tilbakebetaling av tilskudd.

Tilbakehold av tilskudd, reduksjon i tilskudd eller tilbakebetaling av tilskudd etter første og andre ledd skal stå i forhold til regelbruddets art og økonomiske betydning.

Fylkesmannens vurdering

Klagen er behandlet på grunnlag av dokumentene som fulgte Bydel Bjerke sitt oversendelsesbrev av 7. mars 2018, samt partenes senere innsendte merknader.

Fylkesmannen forstår klagen slik at det er fremmet anførsler både mot grunnlaget for sammenligningen og mot vesentlighetsvurderingen. I tillegg er det anført at vedtaket innebærer en usaklig forskjellsbehandling.

Problemstillingen Fylkesmannen skal ta stilling til er om Bydel Bjerke har foretatt en vurdering av hvorvidt Økernly barnehage har vesentlig lavere personalkostnader per heltidsplass enn det



som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager, i samsvar med barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c.

Det følger av barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c at en barnehage ikke kan ha vesentlig lavere personalkostnad per heltidsplass enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager. Formuleringen om at barnehagen ikke kan ha "vesentlig lavere personalkostnader per heltidsplass enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager" krever at vedtaksmyndigheten foretar to vurderinger. Det må først avklares hva som er personalkostnad per heltidsplass henholdsvis i den ikke-kommunale barnehagen og i tilsvarende kommunale barnehager. Deretter må det foretas en vurdering av om personalkostnadene er vesentlig lavere i den private barnehagen sammenlignet med de kommunale.

Beregning av personalkostnader

Spørsmålet er hvorvidt bydelen har foretatt en beregning av personalkostnad per heltidsplass i tråd med barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c.

Personalkostnadene i den private barnehagen skal sammenlignes med «det som er lagt til grunn ved beregningen av tilskuddssatsen», jf. Prop 98 L s. 21. Sammenligningsgrunnlaget må bygge på de samme prinsippene når det gjelder hvilke kostnadsarter som trekkes inn i beregningsgrunnlaget, og dette må være likt både for de kommunale- og de private barnehagenes kostnader.

Forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager, som ble erstattet av forskrift om tildeling av tilskudd til private barnehager fra 1.1.2016, regulerte kommunens tildeling av tilskudd til ikke-kommunale barnehager i 2014.

Ved beregning av tilskuddssatsen utgjorde *driftsutgifter ved ordinære barnehager* grunnlaget for satsen, jf. tidligere forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager (heretter forkortet tidligere forskrift) § 4.

Klager hevder personalkostnadene i Økernly barnehage skal sammenlignes med nyere barnehager.

Tilskuddet som Økernly barnehage har mottatt baserte seg på driftsutgiftene i alle ordinære kommunale barnehager, både nye og eldre. Verken ordlyden eller uttalelser fra forarbeidene åpner for at det er anledning til å sammenligne personalkostnadene kun med nyere kommunale barnehager. Personalkostnadene skal følgelig sammenlignes med samtlige ordinære kommunale barnehager.

Klager hevder også at kommunens beregninger er misvisende. Av den grunn er det i innsendte merknader foretatt en beregning av personalkostnadene der pensjonskostnadene er fjernet. Videre er det foretatt en egen beregning der både pensjonselementet, ansiennitetselementet og det lavere tilskuddsnivået er tatt hensyn til.

Etter tidligere forskrift inngikk kommunens pensjonskostnader for barnehageansatte i beregningsgrunnlaget for tilskuddssatser til ikke-kommunale barnehager. Etter barnehageloven §



14 a første ledd bokstav c skal beregningen av personalkostnadene følgelig inneholde pensjonskostnadene både for den private barnehagen, samt for gjennomsnittet av de kommunale, jf. Prop 98 L s. 21.

Når det gjelder ansiennitetselementet og det lavere tilskuddsnivået er dette faktorer som har betydning i vesentlighetsvurderingen. Det er etter vårt syn ikke rettslig grunnlag for å justere for disse faktorene ved selve beregningen av personalkostnadene.

Det hevdes i tillegg at det er gjort feil ved beregningen ved at bydelen ikke har tatt med barnehagens fremmedtjenester på tilsammen kr 1 356 910 i beregningen. I følge klager er det ikke forklart hvorfor kun kr 936 367 er tatt med.

I merknader vi mottok 8. mai 2018 forklarer bydelen dette nærmere:

Barnehagen har i årsregnskapsskjemaet for 2014 oppgitt at dette er kostnader til utvikling, personal, administrasjon, IT, sykefraværsoppfølging, myndighetsoppfølging og markedsføring. Øvrige kostnader ført på denne posten gjelder revisjon og regnskaps- og lønnstjenester. Disse kostnadene dekkes av administrasjonspåslaget og skal ikke inngå i beregningen av personalkostnadene.

I tidligere forskrift § 4 ble det gitt et administrasjonspåslag på 4 %. Administrasjonspåslaget var ment å dekke

kostnader kommunen har som barnehageeier til fellesadministrasjon som gjelder drift av kommunale barnehager. Dette omfatter sektoruavhengige kostnader knyttet til blant annet regnskap og revisjon, personalfunksjon og IKT-tjenester. Kostnader tilknyttet HMS og bedriftshelsetjeneste omfattes også.

I beregningen av tilskuddssatsen var sektoruavhengige kostnader knyttet til fellesadministrasjon ikke en del av driftskostnadene. Det var derfor det ble gitt et administrasjonspåslag. Følgelig var kommunens kostnader til revisjon, regnskaps- og lønnstjenester ikke en del av beregningsgrunnet. Tilsvarende kostnader som Økernly har hatt skal følgelig heller ikke inngå i beregningen av personalkostnader etter barnehageloven §14 a første ledd bokstav c.

Bydelen har foretatt en beregning av personalkostnader per heltidsplass i tråd med barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c.

Vurdering av om avviket er vesentlig

Bydelen har altså konstatert at det foreligger et avvik mellom personalkostnadene i Økernly barnehage, sammenlignet med tilsvarende kommunale barnehager. Det neste spørsmålet er hvorvidt bydelen har foretatt en konkret vurdering av om avviket i personalkostnadene i Økernly barnehage er vesentlig lavere enn i tilsvarende kommunale barnehager.

Det avgjørende for om det foreligger brudd på bestemmelsen er om en personalkostnadene er *vesentlig* lavere per heltidsplass i en ikke-kommunal barnehage sammenlignet med kommunal barnehage. I forarbeidene, jf. Prop.98 L (2011-2012), fremgår det at:



Bakgrunnen for å bruke det skjønsmessige begrepet «vesentlig lavere personalkostnader» i formuleringen av vilkåret i bokstav c, er at det er kommunen selv som er nærmest til å gjøre sammenligningen mellom barnehagens personalkostnader og det som er vanlig i de tilsvarende kommunale barnehagene, samtidig som kommunen også er den som er best til å gjøre tilhørende konkrete helhetsvurdering av om det er et vesentlig misforhold mellom disse.

Videre fremgår det at:

Det er de samme kravene til bemanning i barnehageloven som gjelder for ikke-kommunale barnehager, og følgelig vil personalkostnadene i disse barnehagene som hovedregel utgjøre i gjennomsnitt den samme andelen av de totale kostnadene til ordinær drift. Reglene i forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager, gitt med hjemmel i barnehageloven § 14, legger til rette for at ikke-kommunale barnehager kan ha samme lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarende kommunale barnehager. I de tilfeller hvor den ikke-kommunale barnehagen har betydelig lavere personalkostnad per heltidsplass enn det som er lagt til grunn ved beregning av tilskuddssatsen, og samtidig har et positivt årsresultat/overskudd, vil overskuddet kunne anses som urimelig etter forslaget til ny § 14 a første ledd, bokstav c. Begrunnelsen baserer seg på at det i slike tilfeller er stor sannsynlighet for at den ikke-kommunale barnehagen har fått et positivt årsresultat gjennom urimelige innsparinger ved lavere bemanning eller dårligere lønns- og arbeidsvilkår. Det bør understrekes at høringsforslaget gir rom for at ikke-kommunale barnehager kan ha en annerledes personalsammensetning og annen lønnsstruktur enn kommunale barnehager. Det avgjørende er om kostnadene er vesentlig lavere per heltidsplass. Forslaget innebærer at det er kommunen som må gjøre denne vurderingen ut fra lokale forhold, det vil si gjennom en konkret sammenligning med egne kostnader i tilsvarende barnehager. Departementet uttaler i høringsnotatet at det er en rekke faktorer som kommunen må vurdere i den konkrete anvendelsen av den nye § 14 a første ledd, bokstav b. En slik faktor som nevnes er det faktum at tilskuddene til ikke-kommunale barnehager er under opptrapping, og at det finnes barnehager som får tilskudd med mindre enn 100 prosent av den finansieringen kommunale barnehager får. Disse barnehagene må tilpasse kostnadsnivået til inntektene, og kan dermed være nødt til å drive med lavere personalkostnader enn tilsvarende kommunale barnehager.

Utgangspunktet for bestemmelsen er at en barnehage med betydelig lavere personalkostnader anses for med stor sannsynlighet å ha drevet med lavere bemanning eller hatt dårligere lønns- og arbeidsvilkår når barnehagen samtidig har et positivt årsresultat.

Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig for å konstatere brudd på bestemmelsen. I vurderingen av om avviket er vesentlig skal det ut i fra forarbeidenes uttalelser tas stilling til årsaken til avviket. Årsaken til avviket har altså betydning for om avviket kan anses vesentlig.

I brev datert 19. februar 2018 har Utdanningsdirektoratet uttalt følgende om vesentlighetsvurderingen:



Det er ikke mulig å gi en uttømmende liste over forhold som kommunen kan vektlegge ved vesentlighetsvurderingen etter § 14 a første ledd bokstav c. Vi har tidligere pekt på noen forhold som ofte er aktuelle:

- *Organisering av drift. Barnehager kan organisere driften ulik og barnehager som kjøper tjenester som f.eks. vaktmester- eller rengjøringstjenester eksternt og dette kan påvirke nivået på personalkostnadene.*
- *Barn med særskilt tilrettelegging. Antallet barn med behov for særskilt tilrettelegging vil variere mellom barnehagene og vil kunne medføre variasjon i personalkostnadene.*
- *Eiers arbeid i barnehagen. Dersom eier selv arbeider i barnehagen og tar ut kompensasjon gjennom barnehagens overskudd, vil personalkostnadene være kunstig lave. Hvis eier tar ut lønn som ordinær personalkostnad bør det også vurderes om det bør justeres for dette, da høy lønn til eier eller eiers nærstående vil kunne dekke over lav lønn til de øvrige ansatte i barnehagen.*

I tillegg vil alderssammensetningen hos de ansatte i den private barnehagen kunne forklare nivået på barnehagens personalkostnader; ansatte med lav ansenitet har gjerne lavere lønn enn ansatte med lengre ansenitet. Skyldes barnehagens lave personalkostnader per heltidsplass at barnehagen har mange ansatte med lav ansenitet, taler dette for at barnehagen ikke har vesentlig lavere personalkostnader. Et annet forhold som kan forklare nivået på barnehagens personalkostnader er pensjonsutgiftene til barnehagen. De private barnehagene er forpliktet til å ha en alderspensjon for sine ansatte som skal minst utgjøre 2 prosent av lønnen, jf. OTP-loven § 4. Utover dette er det opp til den enkelte barnehage om den tilbyr høyere pensjon enn dette. Dersom avviket mellom kommunens personalkostnader per heltidsplass og den private barnehagens personalkostnader per heltidsplass skyldes at barnehagen har lave pensjonskostnader, er dette et moment som taler for at barnehagen ikke har vesentlig lave personalkostnader.

De private barnehagene er forpliktet til å følge forskrift om pedagogisk bemanning og dispensasjon i barnehager. Pedagognormen sikrer at den enkelte barnehage har en forsvarlig pedagogisk bemanning. Har de kommunale barnehagene en høyere pedagogtethet enn pedagognormen, og således høyere personalkostnader per heltidsplass enn den private barnehagen, taler det for at den private barnehagen ikke har vesentlige lavere personalkostnader. Følger den private barnehagen ikke pedagognormen, vil dette trolig gi utslag i lavere personalkostnader. I tilknytning til § 14 a første ledd bokstav c skal dette forholdet ikke tillegges vekt utover det utslaget det gir i personalkostnadene. Kommunen har imidlertid da en klar oppfordring til å føre tilsyn med dette.

Kunnskapsdepartementet har i brev til Utdanningsdirektoratet 28. august 2018 kommet med uttalelser om sin forståelse av barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c. Det er relevant for forståelsen av § 14 a første ledd bokstav c å se til hvordan tilskuddet til de private barnehagene blir utmålt, jf. Prop. 98 L (2011-2012) pkt. 6.2.5 og 6.4. Departementet skriver blant annet at:

I følge lovens ordlyd er det de to størrelsene – kommunens gjennomsnittlige personalkostnad per heltidsplass og den private barnehagens personalkostnad per



heltidsplass – som skal sammenlignes. Bestemmelsen bygger på et premiss om at den private barnehagen får tilskudd per heltidsplass tilsvarende kommunens gjennomsnittlige personalkostnad. Dersom det er et avvik, kan det vektlegges forhold som er egnet til å begrunne at det reelle avviket er mindre enn det fremstår som. Til forskjell, er forholdet til pedagognormen kun egnet til å vise hvorfor det er et avvik, nemlig at den private barnehagen har benyttet mindre enn kommunens gjennomsnitt på personalkostnader. Departementet mener derfor at forholdet til pedagognormen er et forhold som ikke kan vektlegges som en forklarende årsak til avviket.

Barnehagen har i slike tilfeller også benyttet mindre på personalkostnader enn det tilskuddssatsen som er lagt til grunn tilsier. Dersom den private barnehagens personalkostnader kun skal måles mot lovens minimumskrav, og kommunen legger til grunn en høyere pedagognorm i sine beregninger av tilskudd, vil den private barnehagen bli systematisk overkompensert.

Ut ifra disse uttalelsene er tilskuddsandelen og ansiennitet faktorer som skal tas hensyn til i den konkrete vurderingen av om avviket er vesentlig. Øvrige forhold som er egnet til å begrunne at det reelle avviket er mindre enn det fremstår som, kan også vektlegges.

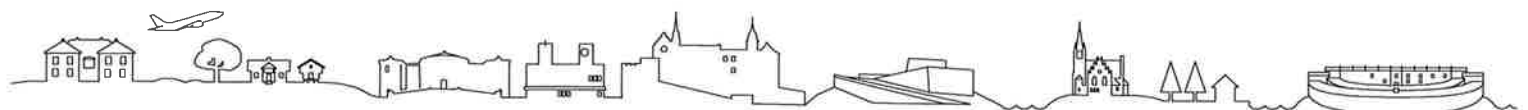
I bydelens vedtak er følgende vurdert:

Ved vesentlighetsvurderingen ser bydelen, i tråd med forarbeidene, hen til at barnehagen i 2014 kun mottok 96,8 prosent av det de kommunale barnehagene fikk i offentlig finansiering. Differansen tilsier at noe lavere personalkostnader enn gjennomsnittet i de kommunale barnehagene er påregnelig. Bydelen ser videre hen til at det er rom for at private barnehager kan ha en annerledes personalsammensetning og annen lønnsstruktur enn kommunale barnehager.

Når det gjelder den konkrete årsaken til at Økernly barnehage i 2014 hadde betydelig lavere personalkostnader per heltidsplass enn tilsvarende kommunale barnehager, fremgår av den tilgjengelige dokumentasjon at dette i stor grad skyldes lav bemanningstetthet (antall voksne per barn). Barnehagens årsmelding per 15.12.2014 viser at Økernly barnehage hadde en grunnbemanning på 7,0 barn per årsverk. De kommunale barnehagene i Oslo hadde til sammenligning en gjennomsnittlig bemanning på 6,0 barn per årsverk.

Formålet med reglene i barnehageloven § 14 a er at tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode, noe som bl.a. innebærer at finansieringen skal brukes til å sikre kvaliteten i den enkelte barnehage, jf. Prop. 98 L side 23. Bemanningstettheten er etter bydelens vurdering en vesentlig faktor for kvaliteten på barnehagetilbudet.

Bydelen bemerker at Økernly barnehage hadde en noe høyere pedagogandel blant de ansatte enn gjennomsnittet i de kommunale barnehagene. Personalets faglige kompetanse har betydning for kvaliteten på barnehagetilbudet. Relativt høy pedagogandel i Økernly barnehage skyldes imidlertid delvis lav bemanningstetthet.



Lav ansiennitet blant de ansatte blir trukket fram av barnehagen som en forklaring på de lave personalkostnadene. Bydelen ser at lav ansiennitet kan være en medvirkende årsak til lave personalkostnader ettersom barnehagen ble etablert i 2011, men mener at det ikke er avgjørende for vurderingen av om forskjellen i personalkostnader per heltidsplass er vesentlig. Ut fra en konkret, samlet vurdering er bydelens konklusjon at barnehagens personalkostnader per heltidsplass i 2014 var vesentlig lavere enn det som var vanlig i tilsvarende kommunale barnehager. Ved vurderingen har bydelen særlig vektlagt at det er snakk om en betydelig differanse i kostnadene og at en vesentlig årsak til differansen må sies å være lav voksentetthet (mange barn per voksen).

Klager har trukket frem en rekke forhold de mener medfører at avviket ikke er vesentlig.

Personalkostnadene i Økernly barnehage skal sammenlignes med personalkostnadene i kommunale barnehager. Økernly barnehage har mottatt tilskudd basert på et gjennomsnitt av driftsutgiftene i de kommunale barnehagene. Ved vektlegging av bemanningstetthet som en faktor i vesentlighetsvurderingen skal denne etter vårt syn dermed sammenlignes med den gjennomsnittlige bemanningstettheten i kommunens barnehager. Klagers anførsel om at bemanningstettheten i Økernly barnehage skal sammenlignes med tilsvarende store barnehager, fører etter dette ikke frem.

Klager mener tilskuddssystemet i 2014 var usikkert fordi det baserte seg på budsjett og at denne usikkerheten har betydning ved vesentlighetsvurderingen. Det trekkes i den sammenheng også frem at tilskuddsnivået i Oslo har vært lavt.

Slik vi forstår dette argumentet mener klager at usikkerheten i inntekten for private barnehager vil medføre at den må driftes med en annen og lavere bemanning enn kommunale barnehager.

Tilskuddssystemet i 2014 medførte noe usikkerhet for barnehageeier ettersom tilskuddet baserte seg på kommunens budsjett, og at endelig tilskuddssats ble fastsatt etter regnskapet ble avlagt.

Fylkesmannen kan imidlertid ikke se at tilskuddssystemet som sådan er årsaken til forskjellen i personalkostnadene. Private barnehager får tilskudd per heltidsplass tilsvarende kommunens gjennomsnittlige driftskostnader. Påstanden om at tilskuddsnivået i Oslo har vært lavt er ikke dokumentert. Vi kan uansett ikke se at dette argumentet har betydning for vesentlighetsvurderingen. Et lavt tilskuddsnivå vil medføre at personalkostnadene i de kommunale barnehagene er lavere og vil påvirke beregningen av tilskuddssatser for de private barnehagene.

Når det gjelder tilskuddsandelen fremgår det av vedtaket at det er påregnelig at Økernly barnehage har noe lavere personalkostnader enn gjennomsnittet i de kommunale barnehagene, fordi tilskuddsandelen var 96,8 %. Det er følgelig vår oppfatning at bydelen har hensyntatt dette i vedtaket.

Klager mener det forelå endringer i barnas alderssammensetning som har betydning for vesentlighetsvurderingen. Det er ikke opplyst på hvilken måte endringer i alderssammenheng begrunner at det reelle avviket i personalkostnader er mindre, hvor mange barn dette gjelder eller



hvor mye dette har betydning for avviket. Påstanden er ubegrunnet og udokumentert og av den grunn er det vanskelig for Fylkesmannen å ta stilling til dette.

Klager mener at forskjellen i pensjonskostnadene ikke er hensyntatt ved vurderingen av vesentlighetskravet. I vedtaket er det ikke tatt stilling til pensjonskostnadenes eventuelle påvirkning på vesentlighetsvurderingen. I merknader vi mottok 8. mai skriver bydelen at de har lagt vekt på flere forhold i vesentlighetskravet, herunder bemanningstetthet, ansiennitet, pensjon og tilskuddsnivå. På bakgrunn av dette har bydelen valgt å kreve tilbake et lavere beløp enn den beregnede besparelsen ved lav voksentetthet på 1,3 millioner kroner.

Fylkesmannen er av den oppfatning at forholdet til pensjon kun er egnet til å vise hvorfor det foreligger et avvik i personalkostnadene. Da Økernly mottok tilskudd i 2014 var kommunens pensjonsutgifter en del av grunnlaget for beregningen av tilskuddet, jf. tidligere forskrift § 3. Følgelig har det høye nivået på pensjonskostnader i Oslo kommune medført at barnehagen har fått tilskudd deretter. Barnehagen har dermed benyttet mindre på personalkostnader enn det tilskuddssatsen som er lagt til grunn tilsier, jf. uttalelser fra Kunnskapsdepartementet som det er referert til ovenfor.

Fylkesmannen er av den oppfatning at avviket på 17 % i personalkostnadene isolert sett må anses som betydelig. Barnehagen hadde i 2014 et positivt årsresultat på 1 147 043, basert på opplysninger innhentet fra Brønnøysund. Bydelen har ikke opplyst om det positive årsresultatet, men det antas at dette er kjent av begge partene.

Bydelen har lagt vekt på at barnehagen ikke mottok 100 % finansiering i 2014. Vi mener også bydelen har vektlagt forskjellen i ansiennitet når de har kommet frem til at denne utgjør kr 500 000 i vurderingen av om avviket er vesentlig. Bydelen har i vurderingen lagt avgjørende vekt på at bemanningstettheten i Økernly barnehage er lavere enn i kommunens barnehager. Hensynet bak bestemmelsen er å hindre urimelige innsparinger blant annet ved lavere bemanning. Bydelen har vist til at barnehagen har 6 barn per årsverk mens det i Økernly er 7 barn per årsverk. Barnehagen har følgelig blitt finansiert ut ifra et høyere antall årsverk per barn enn de selv har brukt på dette. Barnehagen har dermed benyttet mindre på personalkostnader enn det tilskuddssatsen som er lagt til grunn tilsier, jf. uttalelser fra Kunnskapsdepartementet som det er referert til ovenfor.

Bydelen har etter vårt syn foretatt en konkret vurdering av om avviket i personalkostnadene i Økernly barnehage er vesentlig lavere enn i tilsvarende kommunale barnehager.

Det er således Fylkesmannens vurdering at Bydel Bjerke har foretatt en vurdering av hvorvidt Økernly barnehage har vesentlig lavere personalkostnader per heltidsplass enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager, i samsvar med barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c.

Vurdering etter barnehageloven § 16 a

Klager mener at det ikke er foretatt en vurdering etter barnehageloven § 16 a, som etter deres oppfatning innebærer at det skal foretas en nærmere vurdering av om økonomiske sanksjoner er rimelig å ilegge.



I barnehageloven § 16 a tredje ledd står følgende:

Tilbakehold av tilskudd, reduksjon i tilskudd eller tilbakebetaling av tilskudd etter første og andre ledd skal stå i forhold til regelbruddets art og økonomiske betydning

Tredje ledd inneholder prinsipper for utmåling av reaksjonen.

Kravet innebærer at omfanget av offentlig tilskudd og foreldrebetaling som er misbrukt er et vesentlig kriterium ved utmåling av reaksjonen. I tillegg til det økonomiske omfanget kan det legges vekt på hvor alvorlig regelbruddet er, jf. Prop.98 L (2011-2012).

Det er i vedtaket foretatt en samlet vurdering av lovbruddet sett opp mot bruken av økonomisk reaksjonsmiddel etter barnehageloven § 16 a. Det er lagt vekt på at den økonomiske verdien er betydelig. Bydelen har fastsatt en skjønnsmessig reaksjon til kr 800 000 i form av et tilbakebetalingskrav på fire terminer over to år.

Det er ikke rettslig grunnlag for klagers påstand om at det skal foretas en rimelighetsvurdering etter barnehageloven § 16 a.

Veiledningsplikt

Det er anført at det foreligger saksbehandlingsfeil ved at kommunen ikke har imøtekommet ønske om veiledning om hvilke kostnader som faller inn under «personalkostnader», at denne feilen har virket inn på vedtaket, og medfører at det er ugyldig.

I forvaltningsloven § 11 andre ledd står det at:

Forvaltningsorganer som behandler saker med en eller flere private parter, skal av eget tiltak vurdere partenes behov for veiledning. Etter forespørsel fra en part og ellers når sakens art eller partens forhold gir grunn til det, skal forvaltningsorganet gi veiledning om:

- a) *gjeldende lover og forskrifter og vanlig praksis på vedkommende sakområde, og*
- b) *regler for saksbehandlingen, særlig om parters rettigheter og plikter etter forvaltningsloven. Om mulig bør forvaltningsorganet også peke på omstendigheter som i det konkrete tilfellet særlig kan få betydning for resultatet*

Veiledningen etter bokstav b bør særlig ta sikte på å gjøre parten i stand til å innhente eller legge frem ytterligere opplysninger og dokumentasjon som kan være av betydning for avgjørelsen.

Veiledningspliktens omfang avgjøres etter helhetsvurdering der sakens karakter, behovet for veiledning og forvaltningsorganets kapasitet er relevante momenter. Hvorvidt den det gjelder har bedt forvaltningsorganet om veiledning, vil også spille inn. Det er på det rene at veiledningsplikten ikke går så langt som til å gi en forhåndsuttalelse om utfallet av en aktuell eller potensiell fremtidig sak.

Saker der kommuner vurderer å bruke økonomiske reaksjonsmidler, er av alvorlig karakter. Dette tilsier at omfanget av kommunens veiledningsplikt går langt. Vi kan ikke se at klager har



konkretisert *når* barnehagen skal ha bedt om veiledning om hvilke kostnader som faller inn under «personalkostnader».

Personalkostnader inngår i grunnlaget for beregning og utmåling av tilskuddssatsen. Personalkostnader har vært brukt i forbindelse med utmåling av tilskuddssatsen, og har vært kjent for barnehageeier. Barnehageeier har selv ansvaret for å holde seg oppdatert på de lokale og sentrale krav som til enhver tid stilles til barnehagedrift, jf. Rundskriv F-08/2006.

I lys av barnehageloven § 7 og eiers ansvar for å drive virksomheten i samsvar med lover og regler, og for å holde seg oppdatert på de kravene som stilles til barnehagedriften, er eier av Økernly barnehage gjennom beregningsgrunnlaget, gitt en mulighet til å tilpasse størrelsen på personalkostnadene etter kommunens egne barnehager.

Klager hevder også at bydelen på et tidligere tidspunkt burde ha gitt signaler til barnehagen dersom bemanningssituasjonen gir grunnlag for økonomiske sanksjoner. Vi mener at slik veiledning vanskelig lar seg forene med at veiledningsplikten ikke går så langt som til å gi en forhåndsuttalelse om utfallet av en aktuell eller potensiell fremtidig sak.

At lavere bemanning er en faktor i den konkrete vurderingen etter barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c, fremgår av forarbeidene, og barnehageeier burde ha vært klar over dette, jf. barnehageloven § 7.

Fylkesmannen er av den oppfatning at bydelen ikke har brutt veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11.

Usaklig forskjellsbehandling

Klager skriver i bemerkningene datert 5. april 2018 at Oslo kommune har flere barnehager som har lavere personalkostnader enn Økernly barnehage. Det forhold at kommunen selv i egne barnehager har driftet med personalkostnader som er lavere enn Økernly barnehage, innebærer etter klagers syn, en forskjellsbehandling og det ikke foreligger noen saklig grunn som forsværer forskjellsbehandlingen.

I Rt. 2011 s. 304 fremgår det at

Forvaltningsvedtak kan etter alminnelig norsk forvaltningsrett kjennes ugyldig blant annet dersom det lider av en kompetansemangel, er truffet på grunnlag av uriktig faktum, er beheftet med saksbehandlingsfeil, ikke bygger på et forsvarlig skjønn, er influert av usaklige hensyn, medfører usaklig forskjellsbehandling eller etter sitt innhold er åpenbart urimelig.

Den rettslige avgrensning for om forskjellsbehandlingen skal anses saklig, vil være at begrunnelsen for å forskjellsbehandle like tilfeller må ligge innenfor lovens formål på en eller annen måte. Dersom man forskjellsbehandler ut fra hensyn som ligger fullstendig utenfor lovens formål, så kan forskjellsbehandlingen undertiden være usaklig i slik grad at vedtaket anses som ugyldig.



Vi kan for det første ikke se at det foreligger forskjellsbehandling ved bydelens håndtering av barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c. Bestemmelsen regulerer lovlig bruk av offentlig tilskudd og foreldrebetaling i private barnehager. Bestemmelsen kan kun anvendes ovenfor private barnehager. En eventuell sammenligning i bydelens bruk av bestemmelsen må gjøres opp mot andre private barnehager.

Vi ønsker også å få frem at kommunale barnehager med lavere personalkostnader per heltidsplass enn gjennomsnittet i de kommunale barnehagene, med stor sannsynlighet vil ha lavere driftsutgifter enn gjennomsnittlige ordinære driftsutgifter per heltidsplass i de kommunale barnehagene. Den samlede offentlige finansieringen vil således være høyere i Økernly barnehage, enn i disse kommunale barnehagene.

Kommunale barnehager finansieres over de kommunale budsjettene. Private barnehager mottar tilskudd basert på driftsutgiftene i de kommunale barnehagene. Bakgrunnen for at kravene etter barnehageloven § 14 a ble innført var at

Departementet vurderer at det etter at de statlige tilskuddene til barnehager ble innlemmet i kommunerammen, med lovfestet plikt for kommunene til å yte tilskudd til ikke-kommunale barnehager, er et klart behov for å tydeliggjøre prinsippet om at offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode

Det vil kunne være risiko for at en privat barnehage driftes på en måte som medfører at eier kan ta ut store verdier fra barnehagen. En slik risiko foreligger ikke hos de kommunale barnehagene. Midler til drift av kommunale barnehager kommer utelukkende barna i barnehagen til gode.

Det at personalkostnadene i enkelte kommunale barnehager er tilsvarende eller lavere enn personalkostnadene i Økernly barnehage, medfører ikke usaklig forskjellsbehandling.

Fylkesmannens konklusjon

Bydel Bjerkes vedtak opprettholdes. Fylkesmannens vedtak er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Øvrige bemerkninger

I klagen fremgår det også at Fylkesmannen bør undersøke Oslo kommunes praksis ved anvendelsen av barnehageloven § 14 a nærmere, ettersom det ilegges sanksjoner ved ethvert brudd på bestemmelsen.

Fylkesmannen tar dette til orientering.

Med hilsen

Grethe Hovde Parr
utdanningsdirektør

Monica Hermansen
seniorrådgiver



Dokumentet er elektronisk godkjent.

Kopi til:

Oslo kommune v/Byrådsavdeling Rådhuset 0037 Oslo

for oppvekst og kunnskap

Private Barnehagers Landsforbund Prinsens gate 91 8003 Bodø



