



Fylkesmannen i Oslo og Akershus
PB 8111 Dep

0032 Oslo

Att.

Einar Brunes
advokat
Juridisk avdeling
75553822/95227552
einar@pbl.no

Vår ref.

Deres ref.
2018/6584

Bodø, 9. oktober 2018

BEGJÆRING OM OMGJØRING AV KLAGEVEDTAK – ØKERNLY BARNEHAGE I OSLO KOMMUNE

Viser til Fylkesmannen i Oslo og Akershus klagevedtak 24. september 2018, som gjelder Økernly barnehage.

Fylkesmannen har basert seg på uriktig faktum i saken. Saksbehandlingsfeilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, og klagevedtaket er å anse som ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus er forpliktet til å rette opp ugyldige vedtak. Viser til Geir Woxholth – Forvaltningsloven med kommentarer, 4. utgave 2006 side 535 og 536. Her fremgår følgende:

«Lovavdelingen uttaler mer generelt at det «klare, ulovfestede utgangspunkt i norsk forvaltningsrett er at forvaltningen er forpliktet til av eget initiativ å omgjøre ugyldige vedtak når man blir oppmerksom på ugyldigheten, i hvert fall når omgjøring bare er til gunst for private parter.»

1. Feil ved beregningen av ansiennitetens betydning for kostnadsnivået

Oslo kommune har anslått at personalkostnadene til Økernly barnehage ville vært ca. kr 500.000,- høyere med samme ansiennitet som i kommunale barnehager. Det er ikke riktig. Personalkostnadene til Økernly barnehage ville vært vesentlig høyere med samme ansiennitet.

Feilen ved Oslo kommunes beregning ligger i at Oslo kommune har lagt egen lønnstabell til grunn for beregningen. Det korrekte vil være å legge PBLs tariff til grunn. Det er denne som gjelder for Økernly barnehage.

I tillegg, og enda viktigere, en eller begge av tabellene som Oslo kommune har basert seg på, må dessuten inneholde feil. Dette medfører at man ved en sammenstilling angir feil lønnsdifferanse mellom henholdsvis 5 og 11 års ansiennitet. Oslo kommune angir en lønnsforskjell på kr 14.000,- mellom en assistent med 5 års ansiennitet og 11 års ansiennitet. Dette er åpenbart feil. Lønnsforskjellen er langt høyere.

Oslo kommune sin feil gir store utslag i beregningene. Etter PBLs tariff utgjør lønnsforskjellen ved henholdsvis 4 og 10 års ansiennitet kr. 57.600,- for assistenter og kr. 40.167,- for pedagoger. Oslo



kommune har i sine vurderinger lagt til grunn henholdsvis kr. 14.000,- for assistenter og kr. 35.000,- for pedagoger. Oslo kommunes tallmaterielle undervurderer dermed lønnsforskjellene mellom 5 og 11 års ansiennitet grovt.

Oslo kommune har videre lagt til grunn samme pensjonskostnader for «ung» arbeidstaker og «gammel» arbeidstaker. Pensjon er imidlertid langt dyrere for eldre arbeidstakere. Dermed håndteres heller ikke tilleggseffektene ansiennitet har på sosiale utgifter korrekt i Oslo kommune sine beregninger. PBL har i sine beregninger lagt til grunn påslag på 20 % og 25 % sosiale utgifter for henholdsvis kort og lengre ansiennitet. Oslo kommune har lagt til grunn 30 % sosiale utgifter for begge ansiennitetskategoriene.

PBLs beregning av ansiennitetens betydning ligger vedlagt.

Når PBLs tariff legges til grunn, samt mer presise forutsetninger vedrørende sosiale utgifter, viser beregningene at personalkostnaden i Økernly barnehage ville vært kr 1.302.676,- høyere med samme ansiennitet som Oslo kommune. Personalkostnadene per heltidsplass vil ved lik ansiennitet kun være 4,4% lavere enn kommunens gjennomsnitt.

I tillegg skal det ved vesentlighetsvurderingen tas høyde for det reduserte tilskuddsnivået. Ved å se hen til dette blir differansen i personalkostnadene da tilnærmet 1%.

Den korrekte beregningen dokumenterer, at ansienniteten til de ansatte og det lavere tilskuddsnivået, var sentrale årsaker til at Økernly barnehage i 2014 hadde et lavere nivå på personalkostnadene sammenlignet med Oslo kommunes personalkostnader.

Private barnehager har behov for å kunne drifte ut fra sin individuelle situasjon. Nyere barnehager har et annerledes kostnadsbilde på personalkostnadene enn kommunens gjennomsnittskostnader, bl.a. fordi nyere barnehager normalt har ansatte med lav ansiennitet, som gir i snitt lavere personalkostnader. På samme måte vil andre private barnehager, som er kommet lengre ut i sin livssyklus, ha høyere personalkostnader enn kommunens gjennomsnitt. De vil da ha behov for oppsparte driftsmidler, ettersom de finansieres ut fra kommunens gjennomsnitt.

Ansiennitetens betydning for personalkostnadene, viser at størrelsen på personalkostnadene i 2014 ikke var et utslag av urimelig innsparing fra barnehagens side. Nivået på personalkostnadene var på samme nivå som Oslo kommunes personalkostnader, når det tas høyde for ulik ansiennitet.

2. Feil ved Oslo kommunes anslag over besparelse

Oslo kommune legger til grunn at Økernly barnehage reduserte personalkostnadene med et beløp på ca. kr 1.300.000,- ved å ha lavere bemanning enn Oslo kommunes gjennomsnitt. Dette er heller ikke et riktig faktum.

To assistenter ekstra gir Økernly barnehage en grunnbemanning på 5,8 i 2014. Merkostnaden for to ekstra assistenter er på ca. kr 676.000,-.

Vedlagt ligger beregning som viser merkostnaden ved to ekstra assistenter.

3. Fylkesmannens saksbehandling

Fylkesmannen i Oslo og Akershus poengterer at det fylkesmannen skal ta stilling til er om bydel Bjerke har foretatt en vurdering av om Økernly barnehage har en vesentlig lavere personalkostnad

enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager. Det er en feil ved fylkesmannens klagebehandling. Fylkesmannen i Oslo og Akershus må foreta en selvstendig vurdering av om lovens krav «vesentlig lavere personalkostnad» er ivaretatt.

Etter forvaltningsloven § 34 andre ledd følger det at klageinstansen kan prøve alle sider av saken. I dette ligger det en plikt til ikke bare å påse at kommunen har fortatt vurderinger, men også selv å prøve sakens rettslige og faktiske sider. Viser til Woxholt – Forvaltningsloven med kommentarer 2011:

«Klageorganet er pliktig til å overprøve de sider av underinstansens vedtak som direkte er påklaget, jfr § 32 første ledd bokstav d. Klageorganet må selv utrede disse spørsmålene og også ta opp andre argumenter enn de parten har anført til fordel for sitt krav. I klageinstansens kompetanse etter første ledd ligger en plikt til å prøve de rettslige, faktiske og skjønsmessige sider av vedtaket.»

Fylkesmannen i Oslo og Akershus må selv etterprøve beregningene som ligger til grunn i saken.

Et av klageargumentene i denne saken, er at andre årsaker enn bemanning ikke i tilstrekkelig grad vektlegges av Oslo kommune i vesentlighetsvurderingen. Det forhold at Oslo kommune gir uttrykk for at lavere bemanning er den avgjørende årsaken til differansen, er ikke bindende for Fylkesmannen i Oslo og Akershus.

Fylkesmannen må selv vurdere den rettslige betydningen av ansienniteten og betydningen av det reduserte tilskuddsnivået. Begge forholdene er relevante årsaker til forskjellene i personalkostnadene.

4. Fylkesmannens vedtak bryter med Kunnskapsdepartementets lovforståelse

Når det tallfestes hvordan ansienniteten og tilskuddsnivået påvirker personalkostnadene, viser dette at Økernly barnehage har et tilnærmet likt nivå som kommunens gjennomsnittlige personalkostnader.

Fylkesmannens resultat er ikke forenelig med utdanningsdirektoratets tolkningsuttalelse 19. februar 2018, som Kunnskapsdepartementet har sluttet seg til. Utdanningsdirektoratet bemerker der følgende:

«I tillegg vil alderssammensetningen hos de ansatte i de private barnehagene 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.»

Fylkesmannens vedtak er etter vår oppfatning ugyldig og må omgjøres.

Med vennlig hilsen

PBL



Einar Brunes
advokat, MNA



Vedlegg

- Beregninger