

Måselv kommune
Mellombygdveien 216
9321 Moen

08.12.2020

Tilsyn etter barnehageloven

Kommunens plikt til å påse at barnehagene drives etter lov om barnehager

Måselv kommune

Sammendrag

Vi fører tilsyn med Målselv kommune som barnehagemyndighet. Temaet for tilsynet er barnehagemyndighetens plikt til å påse at barnehagen drives etter gjeldende regelverk og hvilke virkemidler myndigheten benytter for å påse dette.

Det overordnede formålet med tilsynet er at det skal bidra til at alle barn i barnehagene skal ha et godt barnehagetilbud. Fylkesmannen legger barnekonvensjonen til grunn ved tilsyn med kommunens barnehagemyndighet. Artikkel 3 tydeliggjør at hensynet til barnets beste skal komme først og være grunnleggende i alle tiltak og vedtak som berører barnet.

Tilsynet er et stedlig tilsyn med varsel, innhenting av dokumentasjon og egenvurdering i RefLex. Tilsynet ble gjennomført 30. september. På gjennomføringsdagen ble det avholdt åpningsmøte og det ble gjennomført intervju med kommunalsjef, enhetsleder ved et oppvekstsenter, to avdelingsledere ved oppvekstsentre og to enhetsledere/styrere i barnehager.

Konklusjoner er framkommet på bakgrunn av dokumenter sammenholdt med det som kom fram i intervjuene. Det er tidligere avholdt et veiledningsmøte der tema for tilsynet ble gjennomgått.

Rapporten omhandler lovbrudd som gjelder for tilsynets tema og det som er avdekket under tilsynet. Rapporten gir derfor ingen fullstendig tilstandsvurdering av kommunen som barnehagemyndighet. Tema for tilsynet er barnehagemyndighetens veiledning og tilsyn med barnehagene, med undertemaene risikovurderinger, veiledning, gjennomføring av tilsyn og reaksjoner i tilsyn.

I tilsynet har Fylkesmannen kommet fram til at barnehagemyndigheten har kunnskap om de pliktene barnehageeier har etter barnehageloven. Vi vurderer at Målselv kommune som barnehagemyndighet har en del informasjon om barnehagenes regeletterlevelse, men at myndigheten ikke innhenter opplysninger systematisk for å vurdere risiko for lovbrudd og hvilke virkemidler, veiledning eller tilsyn, som er aktuell å bruke. Barnehagemyndigheten gjennomfører per i dag ikke tilsyn med barnehagene.

Det er vanskelig for Fylkesmannen å se om kommunalsjefen i kontakten med barnehagene opptrer som barnehageeier eller barnehagemyndighet. Det er viktig at kommunen skiller de to rollene og organiserer oppgavene den har som barnehagemyndighet adskilt fra oppgavene den har som barnehageeier.

I tilsynet har vi konkludert med at Målselv kommune som barnehagemyndighet ikke påser at barnehagen drives i samsvar med gjeldende regelverk, jf. barnehageloven § 8. Det vil si at kommunen ikke innhenter nok og egnet kunnskap om barnehagene til å kunne vurdere barnehagenes regeletterlevelse for å vurdere barnehagens behov for

veiledning og tilsyn. Det medfører videre at veiledning og tilsyn ikke gjøres i tråd med risikovurderinger.

Vi har fattet vedtak med pålegg om retting etter forvaltningsloven § 30-4. Vedtaket kommer fram av tilsynsrapporten som er vedlagt.

Tilsynsrapporten er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Dere kan klage på vedtaket. Mer informasjon om klagefristen og hvordan dere går frem hvis dere vil klage, finner dere i tilsynsrapporten.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	5
1.1	Kort om kommunen	5
1.2	Om gjennomføringen av tilsynet.....	6
2	Risikovurderinger	6
2.1	Rettslige krav	6
2.2	Våre observasjoner, vurderinger og konklusjoner	7
3	Veiledning.....	12
3.1	Rettslige krav	12
3.2	Våre observasjoner, vurderinger og konklusjoner	13
4	Gjennomføring av tilsyn	13
4.1	Rettslige krav	13
4.2	Våre observasjoner, vurderinger og konklusjoner	14
5	Reaksjoner og vedtak i tilsyn	17
5.1	Rettslige krav	17
5.2	Våre observasjoner, vurderinger og konklusjoner	17
6	Våre reaksjoner	20
6.1	Pålegg om retting	20
6.2	Oppfølging av pålegget.....	21
7	Dere har rett til å klage.....	21

1 Innledning

Vi fører tilsyn med kommunen som barnehagemyndighet, jf. barnehageloven § 9 første ledd, jf. kommuneloven kapittel 30.

I tilsyn kontrollerer vi om barnehagemyndigheten oppfyller barnehageloven med forskrifter.

Dersom barnehagemyndigheten ikke følger regelverket, kan vi pålegge retting.

Våre tilsyn er offentlig myndighetsutøvelse, noe som innebærer at vi skal gjennomføre tilsynet i samsvar med reglene i forvaltningsretten og offentlighetsloven. Vi vil måtte behandle personopplysninger. Les mer om vår behandling av personopplysninger på www.udir.no/regelverk-og-tilsyn/tilsyn/.

1.1 Kort om kommunen

Målselv kommune har 6800 innbyggere og 6 kommunale barnehager, hvorav tre er del av oppvekstsentre. Barnehagene hadde 317 barn i barnehagene per 15.12.2019 og totalt 123 ansatte. 15.12.2019 var det 17 barn i barnehagene med vedtak om spesialpedagogisk hjelp jf. barnehageloven 19a, men ingen vedtak jf. barnehageloven 19g om tilrettelagt individuelt tilbud til barn med nedsatt funksjonsevne.

91,4 % av de pedagogiske lederne hadde per 15.12.2019 godkjent utdanning.

I delegeringsreglementet for administrativ delegering av 08.07.2014 og i dokumentet delegasjon til rådmannen i Målselv kommune vedtatt 02.11.2016, punkt C gis rådmannen fullmakt til å behandle og avgjøre saker så langt særlovene med tilhørende forskrifter tillater det. Det går videre fram av punkt D at rådmannen kan delegerere videre sine fullmakter til underordnede. Det foreligger ikke skriftlig dokumentasjon på videre delegering. Alle som ble intervjuet var kjent med at det er kommunalsjefen som ivaretar barnehagemyndigheten i Målselv kommune.

Kommunalsjefen opplyser at det ikke er gjort avklaringer rundt eier- og myndighetsrollen i Målselv kommune, og at han vurderer at det kan virke unødvendig i en kommune med bare kommunale barnehager.

Fylkesmannen viser til at det er vedtatt endringer i barnehageloven som trer i kraft 01.01.2021. Endringene innebærer at kommunen skal likebehandle private og kommunale barnehager når den utfører oppgaver som barnehagemyndighet. I dag er dette ikke aktuelt i Målselv kommune da alle barnehagene er kommunale.

Videre fastslår ny bestemmelse at kommunen skal organisere oppgavene den har som barnehagemyndighet adskilt fra oppgavene kommunen har som barnehageeier når

dette er egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet. Det betyr at kommunens oppgaver som barnehagemyndighet ikke skal utføres av de samme personene eller ligge under nærmeste leder som også ivaretar oppgaver som barnehageeier.

Kommunen har et handlingsrom for hvordan den skal løse oppgavene, så lenge oppgavene som barnehagemyndighet og barnehageeier er organisert adskilt. For enkelte oppgaver, som for eksempel tilsyn og behandling av søknader om dispensasjon, er det klart at oppgaven må være organisert adskilt fra eieroppgavene, uavhengig av om det er private barnehager i den aktuelle kommunen.

1.2 Om gjennomføringen av tilsynet

Vi åpnet tilsyn med Målselv kommune i brev av 11.03.2020. Dere ble pålagt å levere dokumentasjon til oss. Vi har fått dokumentasjonen for å gjennomføre tilsynet.

Tema for tilsynet er barnehagemyndighetens veiledning og tilsyn med barnehagen med følgende undertemaer:

1. Risikovurderinger, jf. barnehageloven §§ 8 og 16.
2. Veiledning jf. barnehageloven § 8
3. Gjennomføring av tilsyn, jf. barnehageloven § 16
4. Reaksjoner i tilsyn, jf. barnehageloven §16

Vi har ikke sett på hvordan dere oppfyller andre krav i regelverket.

Formålet med tilsynet er å sikre at barn får et likeverdig barnehagetilbud av høy kvalitet, og bidra til at kommunen følger regelverket.

I denne rapporten presenterer vi våre foreløpige vurderinger og konklusjoner.

2 Risikovurderinger

2.1 Rettslige krav

§ 8 første ledd: «Kommunen er lokal barnehagemyndighet. Kommunen skal gi veiledning og påse at barnehagene drives i samsvar med gjeldende regelverk.»

Første ledd fastslår at kommunen er barnehagemyndighet og at kommunen har en plikt til å påse at barnehagene drives i samsvar med gjeldende regelverk. Kommunen skal ved godkjenning og gjennom aktiv veiledning og tilsyn påse at barnehagene drives i tråd med de krav som settes i barnehageloven med tilhørende forskrifter. Kommunen har det overordnede ansvaret for å sikre at barn får et godt og forsvarlig barnehagetilbud.

Ved siden av tilsyn er aktiv og god veiledning et viktig virkemiddel for å oppnå gode barnehager. Veiledning og tilsyn er to ulike oppgaver kommunen har for å sikre at barnehagetilbudet er godt og forsvarlig.

Kommunen har plikt til å påse regeletterlevelse i den enkelte barnehage. Dette forutsetter at barnehagemyndigheten må ha kunnskap om alle barnehagene i kommunen og oversikt over eierpliktene i barnehageloven. Informasjon om barnehagene kan barnehagemyndigheten for eksempel skaffe seg fra brukerundersøkelser, bekymringsmeldinger, årsplaner, BASIL og lignende.

På bakgrunn av kunnskapen om barnehagene må barnehagemyndigheten vurdere i hvilke barnehager risikoen for lovbrudd er størst og deretter vurdere hvilke konsekvenser et lovbrudd vil få for barna.

Denne kunnskapen må barnehagemyndigheten bruke for å kunne ta stilling til hvordan de skal påse regeletterlevelsen i barnehagene – om det skal skje ved tilsyn og/eller veiledning.

2.2 Våre observasjoner, vurderinger og konklusjoner

1. Har barnehagemyndigheten oversikt over barnehageeiers plikter etter barnehageloven?

For å oppfylle sitt ansvar som barnehagemyndighet om å påse regeletterlevelse i barnehagene, må kommunen ha en oversikt over hvilke lovkrav den skal veilede i og føre tilsyn med.

Barnehagemyndigheten har svart ja på dette spørsmålet i egenvurderingen i RefLex.

I intervju kom det fram at barnehagemyndigheten oppdaterer seg på barnehageloven og eierplikter, men har ikke kapasitet til å systematisere kunnskapen for å vurdere risiko for lovbrudd i barnehagene.

Fylkesmannen har mottatt tilsynsplan for tilsyn med barnehage i Målselv hvor det under punktet «Risikoanalyse som grunnlag for tilsyn og veiledning» er vist til at barnehagemyndigheten skal påse at barnehageeier oppfylder sine eierplikter som er beskrevet i barnehagelovens §§ 1-7, 12, 13, 14a, 15, 17-19, 19a, 19g og 20-24.

Fylkesmannen vurderer ut fra dette at barnehagemyndigheten har oversikt over barnehageeiers plikter etter barnehageloven.

2. Har barnehagemyndigheten tilstrekkelig kunnskap om hvordan barnehageeier oppfylder sine plikter etter barnehageloven?

Barnehagemyndigheten må ha nok og egnet informasjon om barnehagene til å gjøre risikovurderinger. Dersom barnehagemyndigheten ikke har tilstrekkelig informasjon om barnehagenes praksis for å belyse om barnehageeierne ivaretar sine plikter, må barnehagemyndigheten innhente det. Uten informasjon om regelverksetterlevelsen, kan ikke barnehagemyndigheten vurdere risikoen for brudd på regelverket og behov for veiledning og tilsyn. Informasjonen skal vise om regelverket er kjent, forstått og overholdt av barnehageeierne.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten *nei* på dette spørsmålet, men skriver samtidig i kommentarfeltet til dette punktet at barnehagemyndigheten opplever å ha et greit bilde av situasjonen innenfor barnehageområdet gjennom jevnlig kontakt på telefon og månedlige styremøter.

I intervju kom det fram at det er jevnlig kontakt mellom kommunalsjef og styrerne, gjennom samtaler på telefon og månedlige styremøter. Barnehagemyndigheten opplyser at styremøtene brukes aktivt, og at eieroppgavene prioriteres på grunn av kapasitetsutfordringer, men at han på styremøtene prøver å tydeliggjøre når han innehar rollen som barnehagemyndighet.

Det bekreftes i intervju med styrerne at kommunalsjefen innhenter informasjon om barnehagene på styremøtene ved at de har en statusgjennomgang på hver barnehage, på satsingsområder o.l. Styrerne opplyser og at de tar kontakt med hverandre eller kommunalsjefen når de har behov for lovavklaringer og informasjon.

Det er opplyst i intervju at styrerne sender inn saker til styremøtene. Vi har mottatt referat fra månedlige styremøter i 2018, 2019 og 2020. Referatene er skrevet av styrerne.

Det er videre opplyst i intervju at myndigheten får kunnskap om barnehagene i BASIL, ved at styrerne sender inn årsplan, barnehagenes hjemmesider og exelskjema som styrerne sender inn. Fylkesmannen har og mottatt et exelskjema hvor styrerne krysser av/setter inn dato for innhenting av taushetserklæring, politiattest, at ansatte har satt seg inn i regler for meldeplikten til barnevernet, brannvernrutiner, førstehjelp m.v. Det ble opplyst at skjemaet skal sendes til barnehagemyndigheten en gang per år.

Barnehagemyndigheten blir informert om henvendelser og klager fra foreldre som kommer til barnehagene, men det finnes ikke et system for å samle slike opplysninger.

I tillegg er det opplyst at styrerne har medarbeidersamtaler med kommunalsjefen hvor temaene omhandler drift og hvordan barnehagene jobber, samt enhetsledermøter, hvor tema i større grad omhandler drift og administrative oppgaver.

Vi kan se av referatene fra styremøtene at saker som er tatt opp der i stor grad er saker om opptak, personalsituasjonen, økonomi, ansettelse o.l. Dette er saker som vi mener

handler om arbeidsgiver- og eierforhold. Vi kan imidlertid lese av noen av referatene at styrerne har tatt opp saker som gjennomføring av spesialpedagogisk hjelp, årsplanarbeid, opptak og pedagognorm, men kan ikke se at myndigheten i disse møtene er gitt veiledning om regelverket. Slik vi tolker innholdet i referatene, er det vanskelig å vurdere om styremøtene er eiermøter eller myndighetsmøter. Det er og vanskelig å se om kommunalsjefen opptrer som barnehageeier eller barnehagemyndighet på møtene.

Vår vurdering er at barnehagemyndigheten får en del informasjon om barnehagens praksis gjennom kontakten med styrerne. Ut fra informasjon i intervju er den ikke systematisert og skriftlig. Det er uklart om barnehagemyndigheten aktivt innhenter informasjon som er egnet til å vurdere om barnehagene oppfyller sine plikter etter barnehageloven.

Fylkesmannen vurderer at barnehagemyndigheten ikke har tilstrekkelig kunnskap om hvordan barnehagene oppfyller sine plikter etter barnehageloven.

3. Bruker barnehagemyndigheten denne kunnskapen til å gjøre risikovurderinger for å vurdere behov for veiledning og tilsyn?

Barnehagemyndigheten må bruke kunnskapen om barnehageeierne til å foreta løpende vurderinger av sannsynlighet for og konsekvensen av brudd på barnehageeiers plikter i barnehageloven med forskrifter. Barnehagemyndigheten må gjøre dette både på bakgrunn av informasjon om regeletterlevelse i den enkelte barnehage og samlet for alle barnehagene.

Barnehagemyndigheten har svart ja på kontrollspørsmålet i RefLex, og opplyser at kunnskapen brukes til å gjøre fortløpende risikovurderinger. Barnehagemyndigheten skriver videre i kommentarfeltet til dette punktet at risikovurderingene ikke har vært systematiske og skriftlige, men likevel reelle, blant annet gjennom valg av veiledningstema og påminnelser i styremøtene.

Vi har mottatt referat fra møte 18.06.2020 mellom kommunalsjefen og rådmannen angående myndighetsutøvelse etter barnehageloven og rådmannens risiko og sårbarhetsanalyse 2020, hvor det kommer fram at barnehagesektoren er vurdert til å ha høy risiko for avvik på grunn av manglende kompetanse og kapasitet på området.

Barnehagemyndigheten oppgir at de på grunn av kapasitetsutfordringer bare i begrenset grad har gjennomført risikoanalyser med påfølgende veiledning/tilsyn, og at kommunen i løpet av de siste 4 årene har redusert den administrative bemanningen i barnehage og skolesektoren med 1,6 stillinger. Etter det har rollene som barnehageeier, barnehagemyndighet og skoleeier vært ivaretatt av kommunalsjefen. Kommunalsjefen har i perioder i dette tidsrommet også vært konstituert som rådmann.

Vi har mottatt en revidert tilsynsplan der det kommer fram at risikoanalyse og systematisk tilsyn skal beskrives mer konkret. Det går fram av planen at Målselv

kommune skal utføre løpende risiko- og sårbarhetsanalyse som skal danne grunnlag for valg av tema for stedlige og skriftlige tilsyn i henhold til tilsynsplanen. I intervju kom det fram at styrerne ikke kjente til denne planen og at planen ikke er tatt i bruk.

Ved gjennomgang av BASIL skjemaene fra 15.12.2019 ser vi at det ved Bjørkeng oppvekstsenter skulle vært 5 pedagoger, i årsmeldingen er det oppført at de har 4 pedagoger, ingen på dispensasjon. Dette er ikke fulgt opp av barnehagemyndigheten.

Vår vurdering er at barnehagemyndigheten har en del informasjon om barnehagenes praksis, selv om den ikke er systematisert og skriftlig, men at barnehagemyndigheten ikke bruker denne informasjonen til risikovurderinger for å vurdere behovet for veiledning og tilsyn. Dersom barnehagemyndigheten ikke bruker den informasjonen den har om barnehagen, vil ikke temaene for tilsyn og veiledning være i tråd med de faktiske behovene. Dette vil igjen medføre at barnehagemyndigheten ikke påser regelverksetterlevelse ved gjennomføringen av veiledning og tilsyn, jf. barnehageloven § 8 første ledd.

Fylkesmannen vurderer at barnehagemyndigheten muligens har tilstrekkelig kunnskap om barnehagene til å gjøre risikovurderinger, men innhenter ikke systematisk og bruker den ikke til å vurdere risiko. Barnehagemyndigheten opplyser selv at den har kunnskap, men ikke kapasitet til å systematisere kunnskapen slik at kommunen kan vurdere om barnehagene oppfyller eierpliktene.

Det er Fylkesmannens vurdering at barnehagemyndigheten ikke bruker denne kunnskapen til å gjøre risikovurderinger for å vurdere behov for veiledning og tilsyn.

4. Er barnehagemyndighetens risikovurdering basert på oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven?

Barnehagemyndigheten må anvende loven og forskriftene i tråd med gjeldende rett når den vurderer risiko for brudd i regelverket, jf. barnehageloven § 8 første ledd. Dette betyr at barnehagemyndigheten må vite hvilke rettslige krav regelverket stiller barnehageeier. De rettslige kravene følger ikke alltid lovteksten.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten at den har oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven, og viser til det som er opplyst om noe mangelfull risikoanalyse og tilsyn. Vurderingene som gjøres av barnehagemyndigheten er likevel basert på gjeldende forståelse av barnehageloven.

I tilsendte tilsynsplan under punktet «Risikoanalyse som grunnlag for tilsyn og veiledning» er det vist til hvilke eierplikter barnehagemyndigheten skal påse at barnehagene etterlever. Disse er i tråd med dagens bestemmelser i barnehageloven. Det foreligger imidlertid ingen dokumentasjon på at barnehagemyndigheten har gjort systematiske risikovurderinger.

Tre av de seks barnehagene i Målselv kommune er organisert som del av et oppvekstsenter, med enhetsleder og avdelingsleder. Det kom fram i intervju at avdelingsleder innehar styreroppgaver, men rapporterer til enhetsleder på økonomi.

Styreren er en sentral person i barnehagens virksomhet. Styreroppgavene kan sammenfattes i fire hovedoppgaver: å lede den pedagogiske virksomheten, utøve personalansvar, utføre administrative oppgaver og samhandle med den lokale barnehagemyndigheten.

Utdanningsdirektoratet skriver i brev av 04.02.2013 om ledelse og organisering av skoler og barnehager at rektor kan være leder for *samløkalisert* grunnskole og barnehage, for eksempel et oppvekstsenter. Forutsetningen er at lovens krav til forsvarlig ledelse er oppfylt både for skolen og barnehagen. På bakgrunn av kravene til daglig ledelse i både barnehageloven og opplæringsloven, mener Utdanningsdirektoratet at det *kun unntaksvis* vil være mulig å organisere virksomheter med felles ledelse av både skole og barnehage. I forarbeidet til barnehageloven og i ovennevnte brev blir det understreket at felles organisering av skole og barnehage som en mindre virksomhet kan være en god løsning i områder der barnehagebarn og skolebarn til sammen utgjør noen få titalls barn.

Det går fram av BASIL at barnehagene som er tilknyttet oppvekstsentrene har mange barn og flere avdelinger.

Fylkesmannen fører ikke tilsyn med om organiseringen er lovlig, men oppfordrer barnehagemyndigheten til å vurdere om organiseringen oppfyller lovens intensjon om organisering og ledelse.

På bakgrunn av innsendt dokumentasjon og opplysninger i intervju, finner vi at barnehagemyndigheten kan ha oppdatert og riktig forståelse av barnehageloven. Men da barnehagemyndigheten ikke gjør risikovurderinger, kan vi ikke vurdere om den er basert på riktig lovforståelse.

5. Gjennomfører barnehagemyndigheten veiledning og tilsyn i tråd med sine risikovurderinger?

For at barnehagemyndigheten skal gjennomføre veiledning og tilsyn i tråd med sine risikovurderinger, må den ha tilstrekkelig kunnskap om barnehagene, og på bakgrunn av kunnskapene vurdere behovet for veiledning og tilsyn. På denne måten vil barnehagemyndigheten få et bilde av hvor regeletterlevelsen eventuelt er mangelfull. På bakgrunn av denne informasjonen må barnehagemyndigheten bruke sine virkemidler; veiledning og tilsyn. Barnehagemyndigheten må gjennomføre veiledning og tilsyn på en slik måte at den bidrar til økt regeletterlevelse i barnehagen. Dersom barnehagemyndigheten ikke

bruker virkemidlene i tråd med sine funn, oppfyller den ikke sin plikt til å påse regeletterlevelse, jf. barnehageloven § 8 første og femte ledd og §16 første og andre ledd.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten at den gjennomfører tilsyn og veiledning basert på risikovurderinger. Her vises til referat fra styremøtene, samt eksempler fra de to tilsynene som er vedlagt dokumentasjonen. Barnehagemyndigheten fastslår at tilsynene er gjort i tråd med risikovurderingene, selv om det er opplyst i punkt 1.2 i RefLex at myndigheten bare i begrenset grad har gjennomført systematiske risikovurderinger.

I tilsendte referat fra styremøtene, ser vi lite spor av myndighetsoppgaver. Kommunalsjef opplyser i intervju at det er dyktige styrere i barnehagene og derfor et begrenset behov for veiledning. Når det kommer spørsmål fra styrerne omkring regelverket er det ikke avklart om han svarer som barnehageeier eller -myndighet.

I intervjuet tok kommunalsjefen opp at i en kommune hvor det bare er kommunale barnehager, vil barnehageeier og barnehagemyndighet ha overlappende interesser hvor begge rollene er opptatt av lov- og regeletterlevelse og at en da opplever disse i så stor grad overlappende at det til tider oppleves kunstig å skille de. *(Her harv vi, etter kommunens ønske endret ovenstående avsnitt).*

Vi viser igjen til tilsendt tilsynsplan under punktet «Risikoanalyse som grunnlag for tilsyn og veiledning» hvor det står at barnehagemyndigheten skal innhente informasjon for å få kunnskap om barnehagene og med det kunne vurdere regeletterlevelse og behov for veiledning og tilsyn. Slik vi forstår det, har kommunen beskrevet praksis som skal innføres i fremtiden når det gjennomføres veiledning og tilsyn.

Det er bekreftet i intervju at tilsynsplanen ikke er tatt i bruk.

Fylkesmannen finner at barnehagemyndigheten ikke i tilstrekkelig grad gjennomfører veiledning og tilsyn i tråd med sine risikovurderinger.

3 Veiledning

3.1 Rettslige krav

Det framkommer i merknadene til § 8 i barnehageloven at kommunen har et veiledningsansvar overfor barnehageeier. Ved siden av tilsyn er aktiv og god veiledning et viktig virkemiddel for å oppnå gode barnehager. Veiledning og tilsyn er to ulike oppgaver kommunen har for å sikre at barnehagetilbudet er godt og forsvarlig

Aktiv og god veiledning av regelverket er et viktig virkemiddel for å oppnå gode barnehager og effektiv etablering og drift. Ved god veiledning kan man ofte få endret forhold til det bedre slik at det ikke er nødvendig med pålegg om retting eller stenging.

Veiledningen skal være av en slik art at den er egnet til å påse regeletterlevelse og hindre regelbrudd.

3.2 Våre observasjoner, vurderinger og konklusjoner

6. Er barnehagemyndighetens veiledning basert på oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven?

Barnehagemyndighet må anvende loven og forskriftene i tråd med gjeldende rett når den aktivt gir informasjon til barnehageeierne om eierpliktene i barnehageloven med forskrifter, jf. barnehageloven § 8 første ledd. Barnehagemyndigheten må vite hvilke rettslige krav regelverket stiller til barnehageeier. Det rettslige kravet følger ikke alltid direkte av lovteksten.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten at den bruker veiledning som virkemiddel for å påse regeletterlevelse etter barnehageloven hos barnehageeier og at veiledningen er basert på oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven.

Barnehagemyndigheten opplyser i RefLex at veiledningen foregår på tre plan, gjennom aktuelle tema på styrermøtene, ved at styrerne tar kontakt på telefon og ber om veiledning og veiledning basert på risikoanalyser/tilsyn. Myndigheten skriver videre at sistnevnte veiledning i mindre grad har funnet sted ut over de skriftlige dokumentene fra tilsyn som er innsendt.

Her viser vi til våre kommentarer og konklusjoner i kontrollspørsmål 3 og 4, hvor vi har konkludert med at barnehagemyndigheten ikke bruker sin kunnskap om barnehagene til å vurdere risiko og valg av virkemidler, veiledning eller tilsyn.

Det er og kommet fram av dokumentasjonen i tilsynet at barnehager drives ulovlig, som vist til i våre vurderinger i kontrollspørsmål 3 om Bjørkeng oppvekstsenter, uten at barnehagemyndigheten har fulgt opp dette.

Fylkesmannen har ikke mottatt dokumentasjon, som referat eller lignende som viser at barnehagemyndighetens veiledning er basert på oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven.

Fylkesmannen kan ikke vurdere om myndighetens veiledning er basert på oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven.

4 Gjennomføring av tilsyn

4.1 Rettslige krav

§ 16 første ledd: "Kommunen fører tilsyn med virksomheter etter denne lov.

Kommunen er etter barnehageloven § 16 tilsynsmyndighet og skal føre tilsyn med at den enkelte barnehage drives etter barnehageloven og ellers er forsvarlig. Kommunestyret bestemmer hvilket organ tilsynet skal legges til jfr. kommuneloven §§ 10, 12 og 23 nr. 10. Tilsynet må være av en slik art at tilsynet er egnet til å påse regeletterlevelse.

For å kunne påse regeletterlevelse gjennom tilsyn må barnehagemyndigheten innhente informasjon om barnehagene. Deretter må barnehagemyndigheten vurdere forholdene opp mot lovkrav og konkludere med om forholdene er ulovlige eller uforsvarlige.

Barnehagemyndighetens vurderinger og konklusjoner må formidles skriftlig til barnehageeier.

4.2 Våre observasjoner, vurderinger og konklusjoner

7. Bruker barnehagemyndigheten tilsyn som virkemiddel der dette er nødvendig for å påse regeletterlevelse etter barnehageloven hos barnehageeier?

Barnehagemyndigheten skal bruke tilsyn som virkemiddel der det er nødvendig, jf. barnehageloven § 8 første og femte ledd og § 16 første og andre ledd. Tilsyn er kontroll av om barnehageeier oppfyller eierpliktene i barnehageloven med forskrifter. Dette innebærer at barnehagemyndigheten ikke kan føre tilsyn med forhold som ikke er regulert i barnehageloven med forskrifter. Tilsyn er utøvelse av offentlig myndighet, og innebærer å undersøke praksis og pålegge endring av praksis som ikke er i samsvar med regelverket. Vurderingen av om det er nødvendig med tilsyn, skal baseres på barnehagemyndighetens risikovurdering.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten at de bruker tilsyn som virkemiddel der det er nødvendig for å påse regelverketterlevelse etter barnehageloven i barnehagene.

Barnehagemyndigheten viser i kommentarfeltet i RefLex til at det tidligere er gjort rede for manglende systematisk risikoanalyse. Men viser til dokumentasjon på at det er gjennomført to tilsyn med barnehagene. Det ene var et dokumenttilsyn med §§ 7,19,20, og 22 med Andslimoen barnehage og det andre med Samisk barnehage.

Vi har mottatt endelig rapport fra tilsyn med Andslimoen barnehage. Tilsynet ble varslet i mars 2015 og rapporten er datert 21.10.2016. Barnehagemyndigheten har i endelig rapport vist til de aktuelle bestemmelsene i barnehageloven og vurdert barnehagens praksis opp mot disse. Barnehagemyndigheten har synliggjort sine vurderinger i rapporten og konkludert på hvert tema i tilsynet.

Vi har og mottatt varsel om tilsyn med Samisk barnehage av 15.1.2018, foreløpig tilsynsrapport med forhåndsvarsel om pålegg av 7.6.2018 og referat fra møte om Samisk

barnehage av 11.6.2018. Det er opplyst i RefLex at dette tilsynet ikke ble fulgt opp videre med endelig rapport fordi barnehagen ble lagt ned høsten 2018.

Fylkesmannen har mottatt dokumentet «Gangen i tilsyn med barnehagene» og en tilsynsplan for tilsyn med barnehagene i Målselv kommune. Det er opplyst i intervju at styrerne ikke kjenner til tilsynsplanen og at den ikke er tatt i bruk.

Det kom fram i intervju at det ikke har vært tilsyn med barnehagene de siste årene.

Selv om kommunen har gjennomført noen tilsyn flere år tilbake i tid, er det vår vurdering at barnehagemyndigheten per i dag ikke bruker tilsyn for å påse at barnehagene etterlever barnehagelovens bestemmelser.

Fylkesmannen vurderer at barnehagemyndigheten ikke bruker tilsyn som virkemiddel der dette er nødvendig for å påse regeletterlevelse etter barnehageloven hos barnehagene.

8. Er barnehagemyndighetens tilsyn basert på oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven?

Barnehagemyndigheten må anvende loven og forskriftene i tråd med gjeldende rett når den fører tilsyn, jf. barnehageloven § 16 første og andre ledd. Barnehagemyndigheten må vite hvilke rettslige krav regelverket stiller til barnehageeier. Det rettslige kravet følger ikke alltid direkte av lovteksten. Barnehagemyndigheten må bruke gyldige rettskilder og legge til grunn gjeldende fortolkning fra nasjonale myndigheter for å klargjøre hva regelverket faktisk krever av barnehageeier.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten at tilsynet er basert på oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven.

Fylkesmannen viser til de dokumenterte tilsynene som er beskrevet i punktet ovenfor, og til barnehagemyndighetens henvisning til bestemmelser i barnehageloven og konklusjoner i varsel og rapport.

Fylkesmannen vurderer at de gjennomførte tilsynene er basert på oppdatert og gjeldende forståelse av barnehageloven.

9. Innhenter barnehagemyndigheten informasjon i tilsynet som gjør at den kan ta stilling til om barnehageeier oppfylder barnehageloven?

Barnehagemyndigheten må ha nok og egnet informasjon om barnehageeiers praksis til å kunne vurdere og konkludere på om barnehageeier oppfylder eierpliktene i barnehageloven med forskrifter. Det følger av forvaltningsloven § 17 at barnehagemyndigheten må opplyse saken så godt som mulig før den fatter vedtak.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten at den innhenter informasjon i tilsynet som gjør at den kan ta stilling til om barnehagene oppfyller barnehageloven.

Da barnehagemyndigheten per i dag ikke gjennomfører tilsyn og vi ikke har mottatt dokumentasjon på det, kan Fylkesmannen ikke svare på om barnehagemyndigheten innhenter informasjon som gjør at den kan ta stilling til om barnehagene oppfyller barnehageloven.

Når det gjelder tidligere tilsyn som er omtalt i denne rapporten, har kommunen sannsynligvis innhentert egnet informasjon fra barnehagene.

Fylkesmannen kan ikke svare på barnehagemyndigheten per i dag innhenter informasjon som er nødvendig for å kunne vurdere og konkludere på om barnehagen oppfyller barnehageloven.

10. Vurderer og konkluderer barnehagemyndigheten på om barnehageeier oppfyller lovkravene i barnehageloven?

For å påse regeletterlevelse, må barnehagemyndigheten vurdere og konkludere på om praksis er i tråd med regelverket eller ikke innenfor temaene i tilsynet. For å kunne konkludere må barnehagemyndigheten vurdere barnehagens praksis opp mot de aktuelle rettskravene, jf. barnehageloven § 8 første og femte ledd og § 16 første og andre ledd.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten at den vurderer og konkluderer på om barnehagen oppfyller lovkravene i barnehageloven.

Som vi har vist til tidligere i rapporten, vurderte og konkluderte barnehagemyndigheten på om barnehagene oppfylte lovkravene i de tilsendte tilsynsrapportene fra tilsyn i 2015 og 2018.

Fylkesmannen vurderer at barnehagemyndigheten i skriftlige rapporter fra tilsyn i 2015 og 2018 har vurdert og konkludert på om barnehagen oppfyller lovkravene på de aktuelle temaene.

11. Formidler barnehagemyndigheten sine vurderinger og konklusjoner skriftlig til barnehageeier?

Barnehagemyndigheten må formidle sine vurderinger og konklusjoner fra tilsynet skriftlig til barnehageeieren, uavhengig om den har avdekket brudd på regelverket i tilsynet eller ikke. Der barnehagemyndigheten har avdekket brudd på regelverket, vil det være vanskelig for barnehageeier å endre sin praksis uten at den får vurderingene og konklusjonene fra tilsynet skriftlig. Der barnehagemyndigheten ikke har avdekket brudd på regelverket, tilsier likevel de ulovfestede prinsippene om forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk at

barnehageeier har krav på å få vite hvilke vurderinger som er gjort i tilsynet, og hvilken konklusjon barnehagemyndigheten har landet på.

I RefLex svarer barnehagemyndigheten at de formidler sine vurderinger og konklusjoner skriftlig til barnehagen.

Vi viser til punktet ovenfor og til tilsynsrapportene hvor barnehagemyndigheten formidlet sine vurderinger og konklusjoner skriftlig til barnehagene.

Fylkesmannen vurderer at barnehagemyndigheten i de gjennomførte tilsynene i 2015 og 2018 formidlet sine vurderinger og konklusjoner skriftlig til barnehagen.

5 Reaksjoner og vedtak i tilsyn

5.1 Rettslige krav

Der barnehagemyndigheten konkluderer med ulovlige eller uforsvarlige forhold, må barnehagemyndigheten følge opp at lovbruddene rettes, ved å gi pålegg eller veiledning. Ifølge barnehageloven § 16 andre ledd, kan kommunen gi pålegg om retting. Dersom fristen for å utføre pålegget ikke overholdes kan tilsynsmyndigheten vedta tidsbegrenset eller varig stenging av virksomheten. Pålegg om retting og pålegg om midlertidig eller varig stenging skal gis i form av enkeltvedtak, og forvaltningslovens regler skal følges. Kommunen må følge opp at den enkelte barnehage retter ulovlige eller uforsvarlige forhold i samsvar med pålegget.

Kommunens tilsynsvirksomhet er utøvelse av offentlig myndighet. Utøvelsen må derfor skje i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper om likebehandling og forsvarlighet.

5.2 Våre observasjoner, vurderinger og konklusjoner

12. Sender barnehagemyndigheten forhåndsvarsel til barnehageeier i tilfeller hvor den skal vedta pålegg om retting eller stenging av barnehagen?

Pålegg om stenging og retting er enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 bokstav b. Ved enkeltvedtak skal kommunen varsle parten, som er barnehageeier, jfr. forvaltningsloven §§ 16 jfr. 2 bokstav e. Formålet med forhåndsvarselet er at parten skal kunne imøtegå kommunens anførsler og få anledning til å uttale seg før det fattes enkeltvedtak. Forhåndsvarsel (varsel før enkeltvedtak) skal som hovedregel være skriftlig. Forhåndsvarsel skal forberede barnehageeier på det vedtaket som kan komme, og gi barnehageeier mulighet til å uttale seg og ivareta sine interesser. Barnehagemyndigheten kan gi forhåndsvarselet i tilsynsrapporten.

Barnehagemyndigheten svarer ja på dette spørsmålet i RefLex.

Det går fram av foreløpig rapport etter tilsyn med Samisk barnehage i 2018 at barnehagemyndigheten ga forhåndsvarsel om pålegg.

Det er Fylkesmannens vurdering at barnehagemyndigheten gir forhåndsvarsel til barnehageeier i tilfeller hvor den skal vedta pålegg om retting eller stenging av barnehagen.

13. Inneholder forhåndsvarselet opplysninger om det rettslig og faktiske grunnlaget for det varslede vedtaket, en beskrivelse av hva vedtaket innebærer for barnehageeier og en frist for uttalelse?

I forhåndsvarselet må barnehagemyndigheten vise til aktuelle bestemmelser i barnehageloven med forskrifter. Videre må forhåndsvarselet inneholde opplysninger om hvilke forhold som er lagt til grunn. Her må barnehagemyndigheten skrive hva den har sett på i tilsynet. Dette omfatter både de faktiske forholdene og hvilke vurderinger den har gjort. Forhåndsvarselet må vise hva vedtaket vil innebære for barnehageeieren, for eksempel om å rette ulovlige eller uforsvarlige forhold. Forhåndsvarselet må gi barnehageeieren frist for å uttale seg. Vanligvis er fristen to uker.

Barnehagemyndigheten svarer ja på dette spørsmålet i RefLex.

Det går fram av foreløpig rapport etter tilsyn med Samisk barnehage i 2018 at forhåndsvarsel om pålegg inneholder opplysninger om det rettslig og faktiske grunnlaget for det varslede vedtaket og en beskrivelse av hva vedtaket innebærer for barnehageeier og en frist for uttalelse.

Det er Fylkesmannens vurdering at forhåndsvarselet inneholder opplysninger om det rettslig og faktiske grunnlaget for det varslede vedtaket og en beskrivelse av hva vedtaket innebærer for barnehageeier og en frist for uttalelse.

14. Gir barnehagemyndigheten pålegg om retting bare i tilfeller der den har konkludert med at et forhold er ulovlig eller uforsvarlig?

Barnehagemyndigheten kan ikke gi pålegg om retting i andre tilfeller enn der den har funnet at et forhold er i strid med barnehageloven med forskrifter, eller er uforsvarlig, jf. barnehageloven § 16 andre ledd første punktum.

Barnehagemyndigheten svarer ja på dette spørsmålet i RefLex og viser til samme dokumentasjon som i spørsmålet ovenfor.

Det er Fylkesmannens vurdering at barnehagemyndigheten gir pålegg om retting bare i tilfeller der den har konkludert med at et forhold er ulovlig eller uforsvarlig

15. Gir barnehagemyndigheten en frist for retting i sine pålegg om retting til barnehageeier?

Barnehagemyndigheten må gi barnehageeier en frist for å rette opp brudd på regelverket som ble avdekket under tilsynet. Fristen må tilpasses bruddets type og omfang. Fristen skal ikke være lengre enn det som er nødvendig for at barnehageeier skal kunne rette regelverksbruddet.

Barnehagemyndigheten opplyser at dette tilsynet ble avsluttet fordi barnehagen ble nedlagt, og at det derfor ikke ble skrevet endelig rapport. Dersom det hadde gått videre til endelig rapport ville barnehagemyndigheten gitt en slik frist.

Det er ikke aktuelt for Fylkesmannen å vurdere dette punktet.

16. Følger barnehagemyndigheten opp at bruddene på barnehageloven har blitt rettet?

Barnehagemyndigheten må forsikre seg om at barnehageeier korrigerer ulovlig praksis slik at praksis blir i samsvar med barnehageloven og dens forskrifter. Dersom barnehagemyndigheten gir pålegg om retting, må barnehagemyndigheten følge forvaltningslovens bestemmelser og utforme vedtaket skriftlig. Barnehagemyndigheten kan ikke avslutte tilsynet før barnehageeier har sannsynliggjort at brudd på regelverket er rettet.

Barnehagemyndigheten viser til opplysningene i punktet ovenfor.

Det er ikke aktuelt for Fylkesmannen å vurdere dette punktet.

17. Vedtar barnehagemyndigheten stenging som reaksjon kun der barnehageeier ikke overholder fristen for å etterkomme pålegget, eller der forholdet ikke lar seg rette?

Barnehagemyndigheten ikke vedtatt stenging som reaksjon i tilsyn. Det er derfor ikke aktuelt å kommentere andre tilfeller enn der barnehageeier ikke overholder fristen for å etterkomme pålegget, eller der forholdet ikke lar seg rette.

Barnehagemyndigheten har svart ikke aktuelt på dette kontrollspørsmålet.

Det er ikke aktuelt for Fylkesmannen å vurdere dette punktet.

18. Sender barnehagemyndigheten stengingsvedtak til fylkesmannen til orientering?

Barnehagemyndigheten skal sende en kopi av vedtaket til fylkesmannen.

Barnehagemyndigheten har svart ikke aktuelt på dette kontrollspørsmålet.

Det er ikke aktuelt for Fylkesmannen å vurdere dette punktet.

19. Inneholder pålegg om retting eller stenging (eller underrettelsen om pålegget):

- a) Informasjon om det rettslige grunnlaget for pålegget?
- b) Det faktiske grunnlaget for pålegget?
- c) Kommunens vurdering av faktiske forhold opp mot rettslige krav?
- d) Klageadgang?
- e) Klagefrist?
- f) Klageinstans?
- g) Fremgangsmåte ved klage?
- h) Opplysninger om å se sakens dokumenter?
- i) Opplysninger om adgangen til å be om utsatt iverksetting?

Barnehagemyndigheten skal i enkeltvedtaket vise til hvilken bestemmelse som ligger til grunn for avgjørelsen. I tillegg må barnehagemyndigheten beskrive hvilke faktiske forhold den har brukt i sine vurderinger og hvilke hensyn som har vært utslagsgivende for skjønnet. Dette er sentralt for at barnehageeier skal kunne forstå både begrunnelsen for vedtaket og hvilke konsekvenser det får.

Barnehageeier har klageadgang på enkeltvedtak. Vedtaket må informere om dette slik at barnehageeier kan ivareta sin klagerett. Vedtaket må opplyse om klagefristen. Klagefristen er minimum tre uker.

Vedtaket skal inneholde informasjon om fremgangsmåten ved klage. Vedtaket må opplyse om at fylkesmannen er klageinstans. Klagen skal sendes til barnehagemyndigheten først for forberedelse og vurdering. Barnehagemyndigheten kan oppheve eller endre vedtaket sitt til gunst for barnehageeier. Dersom barnehagemyndigheten helt eller delvis opprettholder sitt vedtak, skal den sende klagen til fylkesmannen for behandling. Barnehagemyndigheten kan ikke sette begrensinger i klageretten, for eksempel ved å kreve at klagen må være begrunnet.

Vedtaket må opplyse om barnehageeiers rett til å se sakens dokumenter. Videre må vedtaket inneholde informasjon om barnehageeiers rett til å be om at vedtaket ikke blir iverksatt før klagefristen er ute, eller klagen er avgjort.

Barnehagemyndigheten har svart ikke aktuelt på dette kontrollspørsmålet.

Det er ikke aktuelt for Fylkesmannen å vurdere dette punktet.

6 Våre reaksjoner

6.1 Pålegg om retting

I kapitlene ovenfor har vi konstatert at dere ikke oppfyller regelverket på alle områder. Vi pålegger dere å rette opp følgende forhold, jf. barnehageloven § 9 første ledd, jf. kommuneloven § 30-4:

Pålegg:

Barnehagemyndigheten i Målselv kommune skal påse at barnehagene drives i samsvar med gjeldende regelverk jf. barnehageloven §§ 8.

Det innebærer at barnehagemyndigheten skal:

- Innhente tilstrekkelig og egnet kunnskap om hvordan barnehagene oppfyller sine plikter etter barnehageloven
- Bruke denne kunnskapen til å gjøre risikovurderinger for å vurdere behov for veiledning eller tilsyn med barnehagene
- Gjennomføre aktiv veiledning opp mot eierpliktene i barnehageloven og ut fra sin kunnskap om barnehagene
- Gjennomføre nødvendige tilsyn opp mot eierpliktene i barnehageloven

6.2 Oppfølging av pålegget

Dere skal iverksette tiltak for å rette brudd på regelverket umiddelbart. Når påleggene er rettet, skal dere erklære at retting er gjennomført og redegjøre for hvordan dere har rettet.

Fristen er 01.05.2021. Vi vil ikke avslutte tilsynet før dere gjennom erklæringen og redegjørelsen har vist at påleggene er rettet.

7 Dere har rett til å klage

Tilsynsrapporten er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Dere kan klage på enkeltvedtaket.

Hvis dere klager, må dere gjøre det innen **tre uker**. Fristen gjelder fra beskjed om brevet har kommet frem til dere, jf. forvaltningsloven §§ 28 og 29. Dere sender klagen til oss. Vi har muligheten til å omgjøre vedtaket. Hvis vi ikke er enig med dere, sender vi klagen til Utdanningsdirektoratet som avgjør saken.

I forvaltningsloven § 32 kan dere se hvordan dere skal utforme klagen.

Dere kan be om at vi ikke setter i verk vedtaket før klagefristen er ute, eller klagen er endelig avgjort av Utdanningsdirektoratet, jf. forvaltningsloven § 42.

Dere er part i saken og har rett til innsyn i sakens dokumenter, jf. forvaltningsloven § 18.

Solveig Bjørn
tilsynsleder

Vibeke Gjendemsjø
tilsynsmedarbeider