



ADVOKATFIRMAET RAFTEVOLL AS
Heiane 2B
5131 NYBORG

Saksbehandler, innvalgstelefon
Line Sperre, 55 57 20 85
Øystein Horn, 55 57 21 61
Trond Morten Krey, 55 57 20 23

Vedtak i klagesak – Tilbakebetaling av kommunalt tilskudd – Cultiva Barnehage – Bergen kommune

Fylkesmannen i Vestland viser til oversendelse av klagesak fra Bergen kommune, datert 3. oktober 2018. Saken gjelder tilbakebetaling av kommunalt tilskudd for Cultiva Barnehage AS.

Fra 1. januar 2019 er Fylkesmannen i Sogn og Fjordane og Fylkesmannen i Hordaland slått sammen til ett embete, Fylkesmannen i Vestland. Grunnet denne omorganiseringen blir saken derfor behandlet av Fylkesmannen i Vestland.

Fylkesmannen gjør følgende vedtak:

Fylkesmannen gjør nytt vedtak. Cultiva barnehage AS skal betale tilbake kr. 1 800 000 av offentlig tilskudd for årene 2014–2016, til Bergen kommune. Tilbakebetaling skal skje i fire terminer á kr. 450 000 med forfall 1. august 2019, 1. januar 2020, 1. juli 2020, og 1. januar 2021.

Bakgrunn for saken

Bergen kommune åpnet den 25. april 2017 økonomisk tilsyn med Cultiva Barnehage AS. Tilsynet ble åpnet av kommunen på bakgrunn av henvendelser fra media om barnehagens lønnskostnader, herunder daglig leders/eiers uttak av lønn. Barnehagens regnskap fra 2014, 2015 og 2016 var gjenstand for tilsynet. Bergen kommune fant i tilsynet flere brudd på barnehageloven § 14 a, og varslet i sin sluttrapport av 1. desember 2017 forberedelse av vedtak om tilbakebetaling av kommunalt tilskudd for perioden 2014–2016.

Den 11. juni 2018 fattet kommunen vedtak om tilbakebetaling av kommunalt tilskudd med krav om tilbakebetaling på kr. 2 054 000. Barnehagen v/ Advokatfirmaet Raftevoll AS varslet 14. juni om at klage ville bli sendt inn på et senere tidspunkt. Fristavbrytende klage ble sendt til kommunen 29. juni 2018, hvor advokat Monicka Ringstad igjen varslet om at en mer utfyllende klage ville bli sendt senere, i tillegg til anmodning om at kommunens vedtak ble gitt oppsettende virkning. Utfyllende klage ble sendt inn til kommunen 31. august 2018.



Kommunen fant i sin klagebehandling ikke grunn til å endre vedtaket av 11. juni 2018, med unntak av enkelte mindre vesentlige beregninger. Ved opprettholdelsen av vedtaket besluttet kommunen også at vedtaket av 11. juni 2018 skulle gis oppsettende virkning, med frist for første betaling kort tid etter endt klagebehandling hos Fylkesmannen. Klagesaken ble deretter oversendt til Fylkesmannen 3. oktober 2018 for endelig klagebehandling.

Fylkesmannen sendte partene foreløpig svar 14. november 2018, hvor Fylkesmannen informerte om at estimert tid for ferdigbehandling av saken vil være ved utløpet av mars 2019. Den 4. februar 2019 mottok Fylkesmannen ytterligere bemerkninger til klagen fra Advokatfirmaet Raftevoll AS. Kommunen var ikke kopimottaker av brevet fra advokatfirmaet. Fylkesmannen oversendte derfor brevet til Bergen kommune for uttalelse. Den 19. februar 2019 mottok Fylkesmannen uttalelse fra Bergen kommune vedrørende klagers nye bemerkninger.

Fylkesmannen legger til grunn at saken ellers er kjent for partene, herunder både klager og kommunen sine anførslers.

Regelverk

Fylkesmannen kan under klagebehandlingen prøve alle sider ved saken, også de skjønnsmessige vurderingene som er gjort. Fylkesmannen kan selv treffe nytt vedtak i saken, eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen for helt eller delvis ny behandling, jf. forvaltningsloven § 34.

Kommunen yter tilskudd til ordinær drift av alle godkjente, ikke-kommunale barnehager i kommunen, jf. bhl. § 14. 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».

Bestemmelsen er bygget opp slik at i de tilfellene barnehagen oppfyller vilkårene i første ledd bokstav a til c, er årsresultatet å anse som rimelig.

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».

Kommunens adgang til å anvende økonomiske reaksjonsmidler 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

Formålet med barnehageloven § 14 a er at offentlig tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode. I vurderingen knyttet til uttrykket «rimelig årsresultat» i første ledd annet punktum, skal man foreta en konkret vurdering av om vilkårene oppstilt i første ledd bokstav a til c er oppfylt. Forutsatt at vilkårene er oppfylt, vil årsresultatet anses å være innenfor kravet til rimelighet, og den ikke-kommunale barnehagen kan dermed disponere over et eventuelt positivt årsresultat slik barnehagen vurderer ønskelig. At vilkårene i barnehageloven § 14 a er kumulative, innebærer at dersom ett av vilkårene ikke er oppfylt, vil ikke årsresultatet anses for å være rimelig etter bestemmelsen.

Kostnader som direkte vedrører godkjent drift – barnehageloven § 14 a første ledd bokstav a

Firmabiler

Kommunen har i sitt vedtak av 11. juni 2018 lagt til grunn at halvparten av kostnadene knyttet til barnehagens firmabiler, kr. 127 231, ikke vedrører barnehagedriften, men privat bruk. Dette ble videre opprettholdt av kommunen i klagebehandlingen. Disse kostnadene utgjør også en del av tilbakebetalingskravet som kommunen har fastsatt.



I de nye bemerkningene fra klagers advokat, datert 30. januar 2019, ble det imidlertid anført at fordi firmabil er en del av lønnen til eier, vil kostnadene knyttet til bilen også være riktig å inkludere i barnehagens regnskap. I kommunens svar til de nye bemerkningene, datert 18. februar 2019, konstaterer kommunen at de er enige med advokaten i at kostnadene knyttet til personbilen, tilsvarende kr. 127 231, kunne belastes barnehagen. Kommunen presiserer deretter at dette vil innebære «en endring i tilbakebetalingskravet på kr. 127 231 i barnehagens favør». Endringen i kommunens tilbakebetalingskrav er etter dette tatt i betraktning ved Fylkesmannens utmåling av tilbakebetalingskravet etter barnehageloven § 16 a.

Eksterne kurs

Det går fram av saksdokumentene at eier av barnehagen har drevet kursvirksomhet ved siden av barnehagedriften, både i 2014, 2015 og 2016. Det er vist til at barnehagen har vært inntektsmottaker av inntektene fra kursvirksomheten, og at eier har tatt ut lønn fra barnehagen i tråd med inntektene. Både kommunen og klager er enige i at lønnen fra kursvirksomheten må holdes adskilt fra alle andre lønnskostnader, da dette ikke er en del av tilskuddsmidlene, og dermed ikke er gjenstand for vurdering etter barnehageloven § 14 a. Når eier av praktiske årsaker velger å ta ut inntektene fra kursvirksomheten som lønn gjennom barnehagen, vil kostnader knyttet til slik lønnsutbetaling være i strid med barnehageloven § 14 a første ledd bokstav a dersom disse kostnadene ikke vedrører barnehagens godkjente drift. Når lønnen som eier har tatt ut gjennom barnehagen er knyttet til ekstern kursvirksomhet, vil barnehagen belastes sosiale kostnader i forbindelse med lønnsutbetalingene. Dette er kostnader som ikke vedrører barnehagedriften, og utgjør derfor et brudd på barnehageloven § 14 a første ledd bokstav a.

Slik Fylkesmannen leser saken er det nå enighet om at kommunens beregninger og tallgrunnlag i vedtaket av 11. juni 2018 er feil. Dette går fram av dokumentasjonen som er mottatt i etterkant av oversendelsen fra Bergen kommune. Fylkesmannen legger til grunn de beløpene som går fram av bilaget til barnehagen, som det, etter Fylkesmannens syn, er enighet rundt. I utregningen av et tilbakebetalingskrav skal da disse beløpene trekkes fra. De sosiale kostnadene som barnehagen er belastet, arbeidsgiveravgift, vedrører som nevnt ikke barnehagedriften, jf. bhl. § 14 a første ledd bokstav a. Summen av lønnen for de eksterne kursene blir trukket fra tilbakebetalingskravet, bortsett fra arbeidsgiveravgiften for denne lønnen. Dette er fordi barnehagen feilaktig har blitt belastet arbeidsgiveravgiften, uten at den skal det. Arbeidsgiveravgiften står da igjen som en del av tilbakebetalingskravet. Følgende blir lagt til grunn i tilbakebetalingskravet:

	2014	2015	2016
Inntekter	25000	78400	89825
Før sos.avg.	22261	68712	78725

Endringen her, i forhold til Bergen kommunes vedtak, gjelder årene 2014 og 2015. Bergen kommune la i sitt vedtak av 11. juni 2018 til grunn feil tall, som kommunen også kommenterte i sitt brev av 3. oktober 2018. Korrigeringen utgjør kr. 69 062, herunder kr. 22 261 i 2014, og kr. 46 801 i 2015.

Lån til eier



I årsregnskapet for 2014 er det opplysninger om et lån til eier på kr. 424 922 inkludert renter. Dette er også oppgitt i resultatregnskapsskjema for 2014 som ytelse til eier. På bakgrunn av årsregnskap har kommunen vurdert at dette lånet er omklassifisert til lønn i 2015. Dette er fordi årsregnskapet for 2015 ikke inneholder informasjon om lån til eier, og at andre kortsiktige fordringer er redusert fra 2014 til 2015 med et beløp som tilsvarer forskjellen i oppgitt lønn til daglig leder for 2014. På bakgrunn av dette konkluderer kommunen med at offentlig tilskudd er brukt i strid med barnehageloven § 14 a. Uenigheten rundt dette, ifølge klager, omhandler hvorvidt dette skal regnes som eiers inntekt for 2015, eller for det året som utbetalingen faktisk fant sted, og det året pengene er utbetalt fra kommunen.

Slik Fylkesmannen ser saken har kommunen tatt dette lånet med i beregningen av tilbakebetalingskravet, på to ulike måter. For det første har kommunen tatt med lånet som en del av de samlede lønnsutgiftene til eier, som ikke regnes som en del av personalkostnadene. Da de samlede lønnsutgiftene til eier økes tilsvarende lånesummen, blir avviket i beregningen av personalkostnadene større. I tillegg til dette har kommunen ført opp lånet som en egen post i tilbakebetalingskravet. Kommunen har da med andre ord latt lånebeløpet påvirke tilbakebetalingskravet to ganger.

Fylkesmannen vurderer at det omgjorte lånet bare skal tas med som en del av de samlede lønnsutgiftene til eier, i beregningen av personalkostnadene. Dette beløpet blir da ikke satt opp som en egen post i tilbakebetalingskravet. Dette er fordi lånet er innberettet som lønn til eier i regnskapet, og Fylkesmannen vurderer det som mer nærliggende at lånet derfor tas med i beregningen av personalkostnadene. Tilbakebetalingskravet fra kommunen må korrigeres med 359 115 kr.

Fylkesmannen vil likevel kommentere dette lånet. Fylkesmannen legger til grunn de faktiske regnskapsmessige lønnsutbetalingene for de respektive år, og vurderer at lån som er omgjort til lønn derfor skal tas med i beregningen. Utgiftene fremgår av barnehagens årsregnskap for 2015, og Fylkesmannen er av den oppfatning at beløpet skal inngå i beregningen som lønnsutbetaling til eier i 2015. Det kan stilles spørsmål ved om det er trolig at lånet var reelt og ville bli tilbakebetalt til barnehagen, og om et slikt lån direkte vedrører barnehagens godkjente drift. Lånet ble omgjort til lønn, slik Fylkesmannen ser det, på grunn av en lovendring. Det at lånet nå er omgjort til lønn på bakgrunn av lovendring, tilsier ikke at utgangspunktet for lånet var i tråd med barnehageloven. Vi kan ikke se at det foreligger dokumentasjon som viser vilkårene for lånet, herunder en tilbakebetalingsplan. Et, etter dette, relativt usikkert utlån av midler fra barnehagen til eier, er etter Fylkesmannens vurdering ikke utlån som direkte vedrører barnehagens godkjente drift. Vi vurderer derfor at lånet var i strid med barnehageloven § 14 a første ledd bokstav a.

Kostnader som overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter – barnehageloven § 14 a første ledd bokstav 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. I forarbeidene legger departementet til grunn at vederlaget i slike transaksjoner ikke kan overstige vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper for prisfastsettelse mellom uavhengige parter.

I forarbeidene er det også fremhevet at forslaget ikke innebærer begrensninger i adgangen til slike transaksjoner, men det stilles krav om å dokumentere at transaksjonen ikke innebærer overkompensasjon for ytelsen barnehagen kjøper, jf. Prop. 98 L (2011–2012) s. 20.

Bestemmelsen legger opp til en trinnvis vurdering. Først må det klargjøres hvem som er eier eller dennes nærstående. Deretter må det konkretiseres hva som er markedsmessig for transaksjoner eller kostnadsføringer som påstås å være i strid med bestemmelsen. Dersom det er avvik mellom det markedsmessige og overføringene til eier eller dennes nærstående, vil årsresultatet ikke være rimelig. Dokumentasjon på at transaksjoner mellom barnehagen og eier eller dennes nærstående tilfredstiller det som er markedsmessig, påhviler barnehageeier, jf. bhl. § 14 a tredje ledd.

Renate Lundgren er eier av barnehagen. Hun er derfor å regne som nærstående part i relasjon til barnehagen. Det er videre på det rene at barnehagen har foretatt transaksjoner til Lundgren gjennom utbetaling av lønn. Spørsmålet er om lønnsfastsettelsen til Lundgren som eier for 2014 til 2016 ville vært den samme dersom Lundgren og barnehagen hadde vært uavhengige parter.

I foreliggende tilfelle har kommunen knyttet tilbakebetalingskravet til det de mener utgjør brudd på *bhl. § 14 a første ledd bokstav c*, ved at mindreutgiftene knyttet til personalkostnader er krevd tilbakebetalt. I denne saken har eier selv arbeidet i barnehagen som daglig leder og pedagogisk leder. Eier har derfor tatt ut lønn fra barnehagen, både på bakgrunn av stillingen som daglig leder og pedagogisk leder, men også på bakgrunn av hennes rolle som eier. Noe av eiers lønn vil derfor utgjøre en del av barnehagens personalkostnader. Allerede her må det derfor tas stilling til hvilke lønnskostnader som knytter seg til eiers arbeid som *ansatt i barnehagen*, som inngår i barnehagens personalkostnader, og hvilke lønnskostnader som kan likestilles med utbytte til eier. Begge disse lønnsutbetalingene er gjenstand for vurdering etter barnehageloven § 14 a første ledd bokstav b, men det er bare lønnskostnadene for eiers stilling som daglig leder og pedagogisk leder som inngår i barnehagens personalkostnader ved vurderingen av disse etter bokstav c.

Barnehageloven § 14 a er som nevnt bygget opp slik at dersom vilkårene i bestemmelsen er overholdt, har barnehagen et rimelig årsresultat hvor overskuddet kan disponeres fritt. I denne saken har kommunen i sitt vedtak og senere bemerkninger angitt at det er Cultiva barnehage sine vesentlig lavere personalkostnader som har muliggjort eiers uttak av lønn. Kommunen har derfor knyttet tilbakebetalingskravet til bokstav c, men likevel konstatert brudd på bokstav b ved at eierkompensasjonen ikke ville blitt utbetalt dersom Lundgren og barnehagen hadde vært uavhengige parter.



Bergen kommune har i sitt vedtak av 11. juni 2018 konstatert at de vurderer at lønnsutbetalingen til eier er en kostnad som overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter. Kommunen har ikke direkte knyttet økonomiske virkninger til dette bruddet, men tar det med som en del av vurderingen av valg av reaksjon etter barnehageloven § 16 a.

Et spørsmål er da hvilke lønnskostnader som knytter seg til eiers stilling som daglig leder og pedagogisk leder. Dette har videre betydning for behandlingen av bokstav c i bestemmelsen.

Det går ikke tydelig fram hvilken lønn Lundgren har mottatt som daglig leder og pedagogisk leder. Kommunen har i vedtaket av 11. juni 2018 lagt til grunn at markedsmessig lønn for stilling som daglig leder og pedagogisk leder vil være kr. 753 484. Dette beløpet er beregnet på bakgrunn av PBLs lønnstariff, med tillegg for videreutdanning. I tillegg inkluderer kommunen feriepenger og sosiale kostnader i den markedsmessige beregningen.

En slik markedsmessig beregning av lønnen var nødvendig ettersom dokumentasjonen på eiers arbeid som daglig leder og pedagogisk leder ikke var tilstrekkelig. Barnehagen v/advokat har på sin side anført at eiers arbeidsinnsats som pedagogisk leder og daglig leder ikke kan begrenses til en 100 % stilling, men at eier fyller 1,6 stilling som styrer og pedagogisk leder. Barnehagen mener derfor at lønnen til eier som daglig leder og pedagogisk leder må være høyere enn kr. 753 484, og dermed at eierkompensasjonen må være lavere enn det kommunen har lagt til grunn.

Fylkesmannen kan ikke se at saksdokumentene godtgjør at Lundgren *faktisk* har arbeidet i barnehagen tilsvarende 160 % stilling. Som kommunen også påpeker går det ikke fram i årsmeldingene for de enkelte regnskapsår og øvrig dokumentasjon fra barnehagen at eier har jobbet i 160 % stilling som daglig leder og pedagogisk leder. Dokumentasjonen viser derimot at eiers stillinger som ansatt i barnehagen utgjør en samlet 100 % stilling de aktuelle årene. Det at det ikke er mulig å rapportere inn mer enn en 100 % stilling i Basil har liten betydning når barnehagen ikke kan dokumentere konkret hvorfor Lundgren har arbeidet tilsvarende akkurat en 160 % stilling. Fylkesmannen legger derfor til grunn kommunens vurdering av markedsmessig/tariffbasert lønn til eier for stillingene som daglig leder og pedagogisk leder, kr. 753 484. Når det gjelder beregningen av denne summen viser Fylkesmannen til Bergen kommunes egne beregninger i deres vedtak av 11. juni 2018, og oversendelsesbrev av 18. februar 2019.

De resterende lønnsytelsene er derfor å anse som godtgjørelse til eier. Kommunen vurderer at den lønnen Lundgren har fått utbetalt utover kr. 753 484 ikke er i tråd med bestemmelsens bokstav b, da hun ikke hadde fått de samme avtalebetingelsene hos en uavhengig part. Det henvises her til en arbeidsavtale som ikke angir en øvre grense for hvilken eiergodtgjørelse som kan tas ut. Kommunen har valgt å vurdere Lundgrens lønnsutbetalinger i forbindelse med brudd på bestemmelsens bokstav c, da kommunen som nevnt mener at eiers høye lønnsutbetalinger muliggjøres på grunn av vesentlig lavere personalkostnader. Barnehagen har hatt et tilskuddsnivå som har gitt rom for høyere bemanning og høyere personalkostnader, enn det barnehagen har brukt.



Når det gjelder hvilke tall som skal legges til grunn for beregningen av eiers totale lønn, vurderer Fylkesmannen at barnehagens innrapporterte tall legges til grunn. Slik Fylkesmannen leser saken er det uenighet rundt hvilken lønn Lundgren skal ha, eller ville fått mellom uavhengige parter, som pedagogisk leder og daglig leder. Da barnehagen ikke har lagt fram dokumentasjon som støtter deres anførsler, legger Fylkesmannen til grunn kommunens vurderinger og konklusjon. Fylkesmannen forstår det videre slik at barnehagen ikke har innsigelser til kommunens vurdering om at avtalen om eiergodtgjørelse ikke hadde blitt inngått på samme vilkår mellom uavhengige parter.

Etter dette legger Fylkesmannen til grunn Bergen kommunes vurdering av lønn til daglig leder og pedagogisk leder, og videre at lønnsavtalen til eier ikke er i tråd med barnehageloven § 14 a første ledd bokstav b. Vurderingen etter bokstav b får ikke direkte virkning på tilbakebetalingskravet, men får virkning for kommunens valg av reaksjon etter barnehageloven § 16 a.

Vesentlig lavere personalkostnader per heltidsplass enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager – barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c

En naturlig forståelse av ordlyden i barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c tilsier at det må foretas en sammenligning mellom personalkostnadene per heltidsplass i Cultiva barnehage AS og personalkostnadene per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager i kommunen. Spørsmålet i denne saken er da om barnehagens personalkostnader per heltidsplass, fratrukket eierkompensasjon, er vesentlig lavere enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager.

Det går fram av sakens dokumenter at det er uenighet rundt hvordan man skal beregne antall heltidsplasser. Som kommunen, legger Fylkesmannen til grunn de tallene som barnehagen selv har innrapportert for 2014–2016. Etter Fylkesmannens vurdering er dette i tråd med Utdanningsdirektoratets tolkingsuttalelse av 19. februar 2018.

Med i Fylkesmannens beregning av personalkostnader per heltidsplass er vikarkostnader, rengjøringskostnader, og kommunens vurdering av tariffmessig lønn til daglig leder og pedagogisk leder. I tillegg har vi trukket fra eiers totale lønn, og trukket fra pensjonskostnader for år 2016, jf. Kunnskapsdepartementets tolkningsuttalelse av 28. august 2018 og Utdanningsdirektoratets artikkel av 29. januar 2019. Beregningen som ligger til grunn for Fylkesmannens vurdering på dette punktet framgår av vedlegget til vedtaket.

Når det gjelder Bergen kommunes vurdering av hvilke tall som skal legges til grunn som antall heltidsplasser, er Fylkesmannen enig i kommunens vurdering. Fylkesmannen har også derfor tatt utgangspunkt i de tall som barnehagen selv har innrapportert for de respektive år. Etter vår oppfatning er dette i tråd med Utdanningsdirektoratets tolkning i brev av 19. februar 2018.

Dette viser med andre ord at der er et avvik mellom personalkostnadene per heltidsplass i Cultiva barnehage AS og personalkostnadene per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager i



kommunen. Prosentavvikene, som fremgår av beregningen i vedtakets vedlegg, er på 20 %, 25 %, og 16 % i de ulike årene. Spørsmålet er da om dette avviket er vesentlig.

Det går ikke klart fram av lov eller forarbeider hva som skal vektlegges i en vurdering av om avviket i personalkostnader er vesentlig. Kunnskapsdepartementet har også i uttalelse av 28. august 2018 sagt at det ikke er mulig å gi en uttømmende liste over forhold som kommunen kan vektlegges ved vesentlighetsvurderingen etter barnehageloven § 14 a første ledd bokstav c. Noen forhold som derimot flere ganger nevnes som aktuelle, både av Kunnskapsdepartementet og Utdanningsdirektoratet, er organisering av drift, barn med særskilt tilrettelegging, og eiers arbeid i barnehagen. Vurderingen av vesentlighetsvilkåret er utpreget skjønnsmessig. Det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet om et eventuelt avvik er å regne som vesentlig.

Minimumsandel og pensjonsutgifter er, som nevnt av kommunen i sluttrapporten av 1. desember 2017 og vedtaket av 11. juli 2018, hensyntatt i beregningen. Når det gjelder organisering av driften kan ikke Fylkesmannen se at det er noe i denne saken som kan påvirke nivået i personalkostnadene. Vi kan heller ikke se at dette er anført av barnehagen. Dette gjelder bortsett fra renholdsutgifter, som er hensyntatt i beregningen av personalkostnader. Det er heller ikke anført eller dokumentert at alderssammensetning og ansiennitet påvirker barnehagens personalkostnader i en slik grad at det fører til et avvik fra de kommunale barnehagene. Slik Fylkesmannen vurderer det er alle relevante kostnader hensyntatt.

Når det gjelder eiers arbeid i barnehagen er det, slik Fylkesmannen vurderer det, ikke dokumentert fra barnehagens side at Lundgren har arbeidet mer enn 100 % i barnehagen. Personalkostnadene vil da ikke være kunstig lave på grunn av dette. Tvert imot, som Utdanningsdirektoratet skriver i tolkningsuttalelse av 19. februar 2018, kan eiers høye lønn tatt ut som ordinær personalkostnad dekke over lav lønn til de øvrige ansatte i barnehagen. I denne saken har Bergen kommune anført at det er tallet på antall ansatte som er lavt, ikke den lønnen disse ansatte mottar. Fylkesmannen vurderer dette som likestilt med eksempelet brukt av Utdanningsdirektoratet.

Det er dokumentert at barnehagen ikke har hatt positivt regnskapsresultat, samlet sett, i årene 2014–2016. Isolert sett kan dette tilsi at avviket i personalkostnader ikke er vesentlig, da dette kan ha påvirket barnehagens mulighet til å utbetale mer lønn. Barnehagen har ikke hatt et særlig positivt resultat, men dette må ses i sammenheng med eiers høye lønnsuttak. Fylkesmannen er enig med Bergen kommunes vurdering av at det kan se ut som at lave personalkostnader har muliggjort høy lønn til eier.

Det går ikke fram av lov eller forarbeider at det kan legges til grunn en prosentterskel for hva som utgjør et vesentlig avvik. I denne saken viser beregningen altså at avviket mellom barnehagens personalkostnader og de kommunale barnehagenes personalkostnader er på 20, 25 og 16 % de respektive år. Som et utgangspunkt vurderer Fylkesmannen at disse prosentavvikene er så store at det kreves rimelige begrunnelser for hvorfor avvikene ikke er vesentlige. Særlig da avvikene utgjør, som kommunen anfører, minst en hel stilling til i barnehagen. Da det som nevnt ikke fremgår av saken at det foreligger forhold som kan forklare, eller påvirke, barnehagens lavere



personalkostnader per heltidsplass, konkluderer Fylkesmannen med at dette avviket er vesentlig. Fylkesmannen presiserer at vi har foretatt en konkret helhetsvurdering i denne aktuelle saken, på bakgrunn av sakens dokumentasjon.

Som et utgangspunkt er det kommunen som er nærmest til å vurdere de private personalkostnadene opp mot de kommunale personalkostnadene, og om det eventuelle avviket mellom disse er vesentlig. Det er kommunen som skal foreta en skjønnsmessig vurdering, ut fra lokale forhold, og gjennom konkret sammenheng med egne kostnader i tilsvarende barnehager. Fylkesmannen vurderer Bergen kommunes vurderinger som forsvarlige og saklige, og er etter dette enig med kommunens vurderinger etter bestemmelsens bokstav c.

Tilbakebetalingskravet etter Fylkesmannens beregninger:

	Samlede	Fradrag	Korrigerig	Tilbake-
	mindre-	eier-	eksterne	betalings
	utgifter	kompensasjon	kurs	krav
Regnskapsåret 2014	-kr 833 324	kr 125 000	kr 22 261	-kr 686 063
Regnskapsåret 2015	-kr 984 637	kr 125 000	kr 68 712	-kr 790 925
Regnskapsåret 2016	-kr 532 800	kr 125 000	kr 78 725	-kr 329 075
SUM	-kr 2 350 761	kr 375 000	kr 169 698	-kr 1 806 063

På bakgrunn av beregninger i vedtakets vedlegg, og beregningen over, har Fylkesmannen kommet til at tilbakebetalingskravet skal utgjøre kr. 1 806 063. Fylkesmannen avrunder dette beløpet til kr. 1 800 000. Fylkesmannen har i stor grad lagt til grunn tidligere utregninger gjort av Bergen kommune, med unntak av følgende beregning som tar hensyn til vikar- og pensjonskostnader:

År	Personalkostnad per heltidsplass - barnehagen	Personalkostnad per heltidsplass - kommunen	Differanse	Antall heltidsplasser	Barnehagens samlede mindreutgifter
Regnskapsåret 2014	76 053	94 571	-18 518	45,0	-833 325
Regnskapsåret 2015	72 315	96 069	-23 754	41,3	-979 834
Regnskapsåret 2016	74 007	87 959	-13 952	38,1	-531 334

I vedtaket av 11. juni 2018 hadde ikke Bergen kommune korrigert for pensjonskostnader i 2016, og ikke korrigert for vikarkostnader i de kommunale barnehagene i 2014, 2015, eller 2016. Dette utgjør i Fylkesmannens vedtak en forskjell fra kommunens vedtak på kr. 305 809. Tallforskjellene i Bergen kommunes og Fylkesmannens beregninger beror på bruk av desimaler. Fylkesmannen legger i dette vedtaket til grunn våre egne beregninger.

Fylkesmannen har etter dette trukket ut den selvstendige posten for lånet til eier fra tilbakebetalingskravet, i tillegg til kr. 69 062 for korrigerig av eksterne kurs, og bilkostnader på kr. 127 231. Fylkesmannen har også økt tilbakebetalingskravet med kr. 305 809, som korrigerig for vikar- og pensjonskostnader.

Kommunens opprinnelige krav	Kr. 2 055 662
Korrigerig av lån til eier	- kr. 359 115



Korrigerings av eksterne kurs	- kr. 69 062
Korrigerings av bilkostnader	- kr. 127 231
Korrigerings av vikar- og pensjonskostnader	+ 305 809
Sum	Kr. 1 806 063

Fylkesmannens kommentarer

I etterkant av vedtaket og oversendingen til Fylkesmannen har Bergen kommune lagt fram kommentarer og nye beregninger som redegjør for hvordan kommunen hadde revurdert vedtaket av 11. juni 2018, og tilbakebetalingskravet, dersom kommunen hadde omgjort sitt eget vedtak. På bakgrunn av dette har Fylkesmannen vurdert og hensyntatt kommunens redegjørelse, som til en viss grad reduserer det opprinnelige tilbakebetalingskravet av 11. juni 2018. Dette gjelder blant annet kostnadene knyttet til bilbruk og eiers eksterne kurs.

Når det gjelder eierkompensasjon på kr. 125 000 kan ikke Fylkesmannen se at denne summen i seg selv er bestridt. Fylkesmannen legger derfor til grunn Bergen kommunes vurdering av dette, og tilbakebetalingskravet reduseres derfor tilsvarende denne summen.

Barnehageloven § 14 a tredje ledd sier at barnehageeier skal kunne dokumentere at offentlige tilskudd og foreldrebetaling er brukt i samsvar med formålet i bestemmelsens første ledd. Dette er også presisert i økonomiforskriften til barnehageloven, jf. § 2 fjerde ledd. Et gjennomgående moment i denne saken er at barnehagen ikke har kunnet dokumentere deres argumenter, eller dokumentere at barnehagens bruk av tilskuddet er brukt i tråd med loven. På bakgrunn av dette har Fylkesmannen konstatert flere brudd på barnehageloven § 14 a.

Når det gjelder Bergen kommunes vurdering etter barnehageloven § 16 a legger Fylkesmannen til grunn at det vil være opp til kommunens frie skjønn hvilke økonomiske reaksjonsmidler de velger å anvende. Fylkesmannen skal som klageinstans legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd. Fylkesmannen kan ikke se at det er grunn til å overprøve kommunens vurdering av dette i denne saken. Tilskudd som etter Fylkesmannens vedtak er vurdert til å være brukt i strid med barnehageloven § 14 a kreves derfor tilbakebetalt, jf. bhl. § 16 a andre ledd. Fylkesmannens vedtak utformes etter dette på samme måte som Bergen kommunes vedtak av 11. juni 2018, med tilsvarende terminer.

Fylkesmannen gjør nytt vedtak i saken. Dette betyr at vårt vedtak erstatter Bergen kommunes vedtak av 11. juni 2018, og det er da Fylkesmannens vedtak som blir gjeldende. Fylkesmannen har vedtatt tilbakebetaling i terminer, ut fra at dette ble gjort i kommunens opprinnelige vedtak.

Fylkesmannens vedtak er endelig, og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd. Retten til innsyn i saksdokumentene følger av forvaltningsloven §§ 18 og 19.

Vedtaket er endret til gunst. Etter forvaltningsloven § 36 skal parten da bli gjort kjent med retten til å få dekning for vesentlige sakskostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket.



Eventuelle krav om sakskostnader må settes fram innen tre uker fra dette brevet er mottatt. Kravet skal stiles til Fylkesmannen i Vestland. Utgiftene bør være dokumenterte. Utgifter til eget arbeid med klagen blir normalt ikke dekket.

Med hilsen

Gunnar O. Hæreid
assisterende fylkesmann

Anne Hjermand
utdanning og verjemålsdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent

Kopi til:
Bergen kommune Postboks 7700 5020 BERGEN

Vedlegg:



	Sum	Pensjon	Samlede	Tariffbasert	Renholds-	Korrigert
	postene		lønnsutgifter	lønnskostnad	kostnad	personal-
	5000-5950		eier	eier, estimert	(antatt)	kostnad
Regnskapsåret 2014	kr 4 414 349		-kr 1 898 453	kr 753 484	kr 152 991	kr 3 422 371
Regnskapsåret 2015	kr 4 151 922		-kr 2 075 384	kr 753 484	kr 152 991	kr 2 983 013
Regnskapsåret 2016	kr 3 398 008	-kr 90 065	-kr 1 397 711	kr 753 484	kr 154 723	kr 2 818 439
SUM	kr 11 964 279	-kr 90 065	-kr 5 371 548	kr 2 260 452	kr 460 705	kr 9 223 823
	Korrigert	Antall	Personal-			
	personal-	heltids-	kostnad pr			
	kostnad	plasser	heltidsplass			
Regnskapsåret 2014	kr 3 422 371	45,0	kr 76 053			
Regnskapsåret 2015	kr 2 983 013	41,3	kr 72 228			
Regnskapsåret 2016	kr 2 818 438	38,1	kr 73 975			
SUM	kr 9 223 822					
	Personal-	Personal-	Differanse	Differanse	Antall	Samlede
	kostnad pr	kostnad		i	heltids-	mindre-
	heltidsplass	kommunal		prosent	plasser	utgifter
Regnskapsåret 2014	kr 76 053	kr 94 571	-kr 18 518	-20 %	45,0	-kr 833 324
Regnskapsåret 2015	kr 72 228	kr 96 069	-kr 23 841	-25 %	41,3	-kr 984 637
Regnskapsåret 2016	kr 73 975	kr 87 959	-kr 13 984	-16 %	38,1	-kr 532 800
SUM						-kr 2 350 761