

RAPPORT PRORAIL B.V.

Conclusies op basis van het
feitenonderzoek [...]

Herziene versie

Den Haag, 3 november 2015
Mr. L.H.E. Møller

Voorwoord bij herziene versie

Deze herziene versie is tot stand gekomen na een tekstuele herziening van de geprivilegieerde conclusies [...] van 16 oktober 2015. Inhoudelijk hebben geen wijzigingen plaatsgevonden.

L.H.E. Møller

Conclusies op basis van het feitenonderzoek [...]

Inleiding

De Raad van Commissarissen van ProRail B.V. (hierna: ProRail) heeft verzocht een onderzoek uit te voeren, teneinde de aard en onderbouwing van de financiële stromen te achterhalen, voorafgaand aan en naar aanleiding van een vaststellingsovereenkomst die op 20 juli 2009 werd gesloten (hierna: vaststellingsovereenkomst) tussen ProRail en aannemer A en aannemer B (tezamen hierna: de bouwcombinatie), in het kader van het project X, meer specifiek het (sub-)project Y (hierna: het project). Tevens is verzocht conclusies te formuleren op basis van de bevindingen uit het onderzoek.

Een overzicht van de feitelijke bevindingen is afzonderlijk vastgelegd in het herziene rapport 'Feitenonderzoek [...]' d.d. 3 november 2015. Het onderzoek werd bemoeilijkt door het ontbreken van een toegankelijke en volledige projectadministratie. Daarnaast ontbrak de toegang tot het volledige e-mailverkeer uit de betrokken periode, als gevolg van brand in een server.

Voorafgaand aan het vaststellen van de onderstaande conclusies, zijn met dagtekening 30 juni 2015 voorlopige conclusies opgesteld. De geïnterviewde leden van de directie is de mogelijkheid geboden om op deze voorlopige conclusies te reageren. De betrokken directieleden hebben van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Zulks heeft geleid tot aangepaste voorlopige conclusies d.d. 24 juli 2015.

De genoemde reacties van de directieleden waren (mede) de aanleiding om de betrokken voormalig leden van de Raad van Bestuur van ProRail te interviewen. Voorafgaand aan de interviews zijn het concept rapport 'Feitenonderzoek [...]' d.d. 24 juli 2015 en de daaraan ten grondslag liggende bescheiden aan deze voormalig leden van de Raad van Bestuur ter beschikking gesteld. Op basis van de interviews is het concept rapport 'Feitenonderzoek [...]' aangevuld en op enkele punten aangepast. De interviews gaven eveneens aanleiding tot het aanpassen van de voorlopige conclusies.

Het onderhavige document behelst de samenvatting en de conclusies op basis van het herziene rapport 'Feitenonderzoek [...]' d.d. 3 november 2015.

Samenvatting

Kostprijs van het project

Na een aanbestedingstraject werd het project in 2004 gegund aan de bouwcombinatie voor een bedrag van € 53,8 miljoen. Uiteindelijk heeft het project € 82,1 miljoen gekost, ofwel 54 procent meer dan de prijs waarvoor het project aan de bouwcombinatie was gegund. De

uiteindelijke kostprijs van het project komt aardig overeen met de door ProRail gemaakte raming van de kosten voorafgaand aan het aanbestedingstraject.

De vaststellingsovereenkomst vormt een onderdeel van de uiteindelijke kostprijs van € 82,1 miljoen. In de vaststellingsovereenkomst is onder meer overeengekomen dat ProRail – ter beslechting van diverse claims – een bedrag van € 9 miljoen zou betalen aan de bouwcombinatie.

Vooruitlopend op de uitkomst van de onderhandelingen over de waardering van de claims – die onderwerp waren van de vaststellingsovereenkomst – is op 25 juni 2008 een voorschot van € 7,5 miljoen 'sans prejudice' betaald op de bankrekening van aannemer A. Op 30 december 2008 is een tweede voorschot uitbetaald van € 1 miljoen, eveneens op de bankrekening van aannemer A. Beide voorschotbetalingen werden niet overgemaakt op de bankrekening van de bouwcombinatie. Uit documentatie blijkt dat zulks een bewuste keuze was. De documentatie geeft geen blijk van de beweegredenen hieromtrent.

Aanleiding tot voortijdige betaling aan aannemer A

Medio 2008 zocht de bouwcombinatie/het concern contact met een bestuurslid van ProRail. De bouwcombinatie/het concern gaf destijds aan dat aannemer B belang had bij een voorschotbetaling in verband met een aanstaande kredietrating. Van verschillende kanten was het aangezochte bestuurslid ter ore gekomen dat aannemers van mening waren dat ProRail niet altijd redelijk en billijk met hen omging. Het bestuurslid besloot in te gaan op het verzoek van de bouwcombinatie/het concern om spoedig een betaling te realiseren. Het bestuurslid heeft vervolgens een directielid van ProRail verzocht zulks te effectueren.

Betaling losgekoppeld van claims

In het kader van de effectuering van de voorschotbetaling werd geconstateerd dat het niet mogelijk was een voorschotbetaling voor/op 30 juni 2008 te koppelen aan de claims inzake het project.

In een e-mail van het directielid belast met de uitvoering, gericht aan een medewerker en aan een ander directielid en 'cc' aan een tweetal bestuursleden, is uitgelegd dat het voor aannemer B van groot belang was dat haar balans er op 30 juni 2008 opgeschoond/gunstig uitzag. Tevens werd uitgelegd dat het op dat moment schier onmogelijk was om de betaling te koppelen aan de arbeidsintensieve afwikkeling van de claims uit fase 1 van het project: "die koppeling moet je dus ook niet leggen". De oplossing werd gevonden in een voorschotbetaling, "aangezien een voorschotbetaling niet gestoeld hoeft te zijn op een factuur". Er werd vervolgd: "mijn dringende verzoek is derhalve een betalingsopdracht voor dit voorschot te laten maken en via de gebruikelijke wegen te laten accorderen. Haast is geboden, want op 30 juni a.s. moet dit bedrag op hun rekening staan."

In de e-mail werd de voorschotbetaling gekenschetst als een coulancegebaar van ProRail en dat de betreffende voorschotbetaling moest worden verricht onder de voorwaarde dat

aannemer B daaraan geen enkele "propositie op haar rechtspositie kan ontleen". Een bestuurslid mailde diezelfde dag: "OK, dank, lijkt mij een prima oplossing, gebaseerd op het feit dat jullie inschatting is dat wij hen dit bedrag altijd nog verschuldigd zijn, los van de precieze samenstelling/grondslag. [naam directielid]'s toevoeging 'sans prejudice' lijkt mij verstandig."

Voorschotbetalingen

Uit de gesprekken met ProRail medewerkers is gebleken dat het besluit tot uitbetaling van het eerste voorschot – in het kader van het project – niet breed werd gedragen onder de betrokkenen bij het project. Sprekend in dit kader is de uitspraak van één van de betrokken projectmanagers die het besluit omschrijft als een "oekaze" van hoger in de organisatie. Deze projectmanager heeft onder meer aangegeven het besluit niet logisch te achten, omdat ProRail daardoor haar onderhandelingspositie ten aanzien van de nog niet afgewikkelde claims prijs gaf.

Op directieniveau hebben de betrokken directieleden aangegeven dat de term voorschotbetaling ongelukkig gekozen is. Beide directieleden gaven aan dat betaald is voor uitgevoerd werk.

Op bestuursniveau is een bestuurslid ervan uitgegaan dat het voorschot zag op reeds geleverde prestaties. Het bestuurslid verkeerde in de veronderstelling dat het bedrag van de voorschotbetaling – ongeacht de uitkomst van de onderhandelingen – verschuldigd was aan de bouwcombinatie.

Onderbouwing bedragen

Het is niet mogelijk gebleken een sluitende reconstructie te maken van de hoogte en waardering van de claims. Uit e-mails van 17 en 24 juni 2008 blijkt dat het totaalbedrag van de claims uit de eerste fase van het project door de afdeling Aanbestedingszaken, Kostenmanagement en Inkoop (hierna: AKI) werd geraamd op € 5.406.124,-. Tijdens het onderzoek is niet inzichtelijk geworden, hoe deze raming zich verhoudt tot de voorschotbetaling van € 7,5 miljoen (d.d. 25 juni 2008).

Uit e-mails van december 2008 blijkt dat de bouwcombinatie met betrekking tot haar claims uit fase 1, een bedrag van € 13,45 miljoen zou hebben gevorderd. Uit de betreffende e-mails blijkt daarnaast van het bestaan van een kostenopstelling met dagtekening 22 april 2008. Uit de meergenoemde e-mails volgt dat de kostenopstelling d.d. 22 april 2008 uitging van een bedrag van € 8 miljoen waarvan € 5,9 miljoen betrekking had op de claims ter zake van de ribbelkop- en casing-palen.

In december 2008 werd overeenstemming bereikt over een finale waardering van de claims, te weten € 9 miljoen. De nadere invulling en waardering van de specifieke claims was onderwerp van onderhandelingen in de daarop volgende maanden. Deze onderhandelingen hebben geleid tot de vaststellingsovereenkomst van 20 juli 2009.

Het schikkingsbedrag van € 9 miljoen was reden voor het uitbetalen van een tweede voorschot van € 1 miljoen. Ondanks het feit dat dit voorschotbedrag gekoppeld kan worden aan de claims van de bouwcombinatie, werd ook dit voorschot uitbetaald op de bankrekening van aannemer A.

De kostenopstelling d.d. 22 april 2008 is niet in de (project)administratie teruggevonden. Het is niet duidelijk of met 'het aanbod van ProRail om € 8 miljoen te betalen' op deze kostenopstelling werd gedoeld. Daarentegen is wel een kostenopstelling van 4 juli 2007 aangetroffen van een ProRail medewerker. Uit deze kostenopstelling volgt dat de bouwcombinatie destijds ter zake van de ribbelkop- en casing-palen (afgerond) € 4,9 miljoen claimde. De betreffende medewerker achtte de claims echter slechts valide voor een bedrag van € 1,4 miljoen, waarvan ProRail de helft voor haar rekening zou moeten nemen.

Uit e-mails van eind juni 2008 blijkt dat de claims van de bouwcombinatie ter zake van de ribbelkop- en casing-palen nog altijd (afgerond) € 4,9 miljoen bedroegen. Eind juni 2008 werden tevens een aantal overige claims opgevoerd; zodat het totaalbedrag van de claims uit fase 1 (afgerond) € 5,4 miljoen bedroeg.

In de e-mails van december 2008 staat met betrekking tot de ribbelkop- en casing-palen vermeld: "geen scope verandering dus oude Inzicht". Waarom de 'oude Inzichten' in december 2008 leidden tot een bedrag van € 5,9 miljoen – terwijl de claim in juli 2007 en juni 2008 door de bouwcombinatie zelf was gesteld op € 4,9 miljoen – is tijdens het onderzoek niet gebleken.

Het vorenstaande dient ter illustratie. Voor een nadere uiteenzetting van de vele bedragen die zijn genoemd in dit kader, zij verwezen naar het feitenrapport.

Vanuit de Raad van Bestuur van ProRail is aangegeven dat het in die tijd vaak voorkwam dat een aannemer probeerde zoveel mogelijk te claimen. Het was de 'Pavlov reactie' vanuit ProRail om de claim "op zijn kop te houden en helemaal uit te schudden". De aanvankelijke afwijzing van claims door AKI – alsmede de verschillende waarderungen van de claims – kunnen hierdoor mogelijk worden verklaard.

Wel staat vast dat de behandeling van de claims op enig moment is geëscaleerd naar directieniveau. Uit e-mails kan worden afgeleid dat in oktober 2007 door de bouwcombinatie/het concern is verzocht om overleg op directieniveau. Een van de directieleden heeft aangegeven betrokken te zijn geraakt bij het project, nadat de bouwcombinatie te kennen had gegeven in financiële moeilijkheden te verkeren (mede) als gevolg van de lage inschrijving op datzelfde project.

Conclusies

Verantwoording bestede middelen

Uit het onderzoek is gebleken dat de projectadministratie van het project hiaten bevat. De projectadministratie is versnipperd over verschillende computerprogramma's, waarvan sommige onderdelen niet langer toegankelijk zijn. Een volledige reconstructie van de ontbrekende delen via de e-mailservers is niet mogelijk gebleken vanwege brand in één van die servers. Echter, de hiaten zijn niet allen terug te leiden tot de toegankelijkheid van systemen en een brand. Immers, een vastlegging – in welke vorm dan ook – van de reden waarom werd gecontracteerd met een bouwcombinatie – die substantieel lager had ingeschreven dan ProRail had geraamd – ontbreekt. Vastlegging van besluitvorming daaromtrent had – gelet op de zowel relatieve als absolute lagere inschrijving van de bouwcombinatie – voor de hand gelegen.

Evenmin zijn in directienotulen of andere stukken vastleggingen gevonden waaruit blijkt dat binnen de Raad van Bestuur van ProRail (onderling) afstemming heeft plaatsgevonden over de betaling van een voorschot of de hoogte van het te betalen voorschot.

Het ontbreken van een toegankelijke en volledige projectadministratie van het project vormt een schending van zowel de wettelijke administratieverplichting(en), als de wettelijke bewaarverplichting(en) van administraties. Aangezien uit de (project)-administraties de verantwoording van uitgaven van publieke middelen moet blijken, verdient de toegankelijkheid – alsook de mate van verantwoording van bestede middelen – meer aandacht dan in het kader van het project is gebleken.

Collegiaal bestuur

De leden van de toenmalige Raad van Bestuur gaven aan, dat in de betrokken periode sprake was van collegiaal bestuur; men vertrouwde elkaar. Deze collegialiteit verklaart mogelijk het gebrek aan afstemming van de aandachtsgebieden van de (oud-)bestuursleden. Uit de interviews met de voormalig bestuursleden is gebleken, dat het bestuur de portefeuilles niet helder had verdeeld en dat de samenwerking – om de woorden van een van de bestuursleden te gebruiken – “niet echt daverend was”.

Een Bestuurslid stelde geen bemoeienis te hebben gehad met het project. Het bevreemde dat bestuurslid dat een collega uit het bestuur de bouwcombinatie/het concern niet verwees naar de portefeuillehouder binnen het bestuur. Uit de interviews met de voormalig bestuursleden blijkt derhalve dat het niet duidelijk was wie de zaken rondom het project moest behandelen.

Functiescheiding met 'checks and balances'

ProRail kent een systeem van functiescheiding, dat gevolgd moet worden bij nagenoeg alle besluiten. Het systeem voorziet in een zelfstandige toetsing op verschillende niveaus. Uit het onderzoek is gebleken dat deze 'checks en balances' het te vaak hebben moeten afleggen tegen het vertrouwen in de deskundigheid en het integer handelen van collega's. Tijdens de interviews is veelvuldig aangegeven dat een eigen toetsing van felten achterwege is gebleven en werd vertrouwd op de collega die om besluitvorming verzocht. Zulks geldt voor alle niveaus in de organisatie.

Op bestuursniveau heeft men aangegeven af te zijn gegaan op de deskundigheid van een directielid; Daarnaast is aangegeven dat bestuursleden geen opdrachten gaven aan het betreffende directielid: *"zo waren de verhoudingen niet"*. Een bestuurslid gaf aan zich destijds niet te hebben verdiept in de zaak. Er werd afgegaan op de deskundigheid van het genoemde directielid. Bovendien werd een ander bestuurslid gezien als behandelaar van de zaak vanuit de Raad van Bestuur.

Op directieniveau stelde het betreffende directielid dat er – bij het bepalen van de hoogte van de eerste voorschotbetaling – werd uitgegaan van het feit dat ProRail reeds een schikkingaanbod van € 8 miljoen had gedaan. Voor een inhoudelijke toelichting (op de waarde van reeds verrichte werkzaamheden) werd verwezen naar een ander directielid. Dat andere directielid stelde dat de inhoudelijke verantwoordelijkheid voor de waardering van de claims lag bij de projectmanager en de bouwmanager. Op dat niveau in de organisatie is aangegeven, dat men het besluit om een voorschot te betalen onverstandig vond, nu ProRail daarmee een belangrijk deel van haar onderhandelingspositie prijs gaf.

Tijdens het onderzoek is geen schriftelijke vastlegging aangetroffen van een schikkingaanbod van € 8 miljoen. De interviews – in onderling verband gelezen – geven het beeld van een bedrag dat is gaan 'zweven'; een bedrag zonder onderbouwing en een bedrag dat door niemand inhoudelijk werd getoetst alvorens het voorschot van € 7,5 miljoen werd overgemaakt.

Concreet: noch op bestuursniveau, noch op directieniveau, heeft men zich inhoudelijk vergewist dat het ging om gerealiseerd werk. Op alle niveaus in de organisatie wordt naar elkaar gewezen, zulks zowel horizontaal als verticaal. Lager in de organisatie werd juist gezegd dat het geen goed idee was om een voorschot te betalen. Derhalve heeft noch op directieniveau, noch op niveau van de Raad van Bestuur van ProRail, een inhoudelijke beoordeling plaatsgevonden van de waardering van de claims en of het ging om daadwerkelijk verricht werk.

Onderling vertrouwen heeft klaarblijkelijk aan een kritische houding – ten opzichte van hetgeen ter toetsing werd voorgelegd – in de weg heeft gestaan.

Betaling losgekoppeld van claims

Het ultbetalen van voorschotten op een nog overeen te komen bedrag in een vaststellingsovereenkomst is opmerkelijk. Zulks om de volgende reden.

In het geval van het project geldt dat in de basisovereenkomst in art. 12, lid 2 expliciet is bepaald dat betalingen in het kader van het project alleen plaatsvinden na afgifte van een prestatieverklaring. In het geval van een vaststellingsovereenkomst, is de betreffende vaststellingsovereenkomst gelijk te stellen aan een prestatieverklaring. Vanult ProRail is zulks bevestigd.

Nu een vaststellingsovereenkomst op het moment van uitbetaling van de voorschotten ontbrak, werd aan de voorwaarde voor betaling ex art. 12, lid 2 van de basisovereenkomst niet voldaan. Reeds om deze reden is het bedenkelijk dat ProRail heeft ingestemd met het betalen van een voorschot op een nog te sluiten vaststellingsovereenkomst. Immers, aan de contractuele voorwaarde voor het uitbetalen van publieke middelen werd niet voldaan.

Het onderzoek heeft niet geleid tot een falsificatie van de aan de voorschotbetalingen gegeven uitleg, te weten dat de betreffende betalingen zagen op reeds uitgevoerde werkzaamheden. Echter, er is onvoldoende waarde gehecht aan een juiste juridische inkleding van de voorschotbetaling(en). In de interviews met directieleden is de gekozen invulling omschreven als 'ongelukkig' en een gang van zaken die 'geen schoonheidsprijs verdient'. Een dergelijke constatering had moeten plaatsvinden bij toetsing van het destijds gedane voorstel. Thans blijft het voor de directieleden bij een constatering achteraf.

Meewerken aan het flatteren van een jaarrekening

Daarnaast is het op zichzelf beschouwd opmerkelijk dat ProRail bereid was mee te werken aan het 'optimaliseren' van de balanspositie van een derde in verband met een kredietrating. Zulks te meer, nu in het onderhavige geval een onnodig financieel risico werd gelopen. Immers, de voorschotbetaling geschiedde zonder juridische titel.

Indien en voor zover de voorschotbetaling tot een verbetering van de kredietrating van aannemer B heeft geleid, zijn publieke middelen ingezet voor een oneigenlijk doel. Het ontbreken van een koppeling met de gestelde claims, brengt met zich mee dat publieke middelen ingezet zijn op een wijze die – onder omstandigheden – tot verstoring van een goede marktwerking kan leiden. In dat kader zij vermeld dat de prijs waarvoor men vermogen in de markt kan aantrekken, wordt beïnvloed door de kredietrating. Derhalve kan een (gunstige) kredietrating een effect hebben op de concurrentiepositie ten opzichte van andere marktpartijen.

Het onderwerp waarvoor in dezen binnen ProRail urgentie is gecreëerd, lijkt niet te stroken met de belangen van ProRail. Deze urgentie lijkt bovendien te hebben geleid tot een juridische vormgeving van de betalingen, die door de betrokken directieleden als 'ongelukkig' wordt gekwalificeerd.

Los van het voorgaande, lijkt de voorschotbetaling het beoogde doel – de solvabiliteit van de aannemer – voorbij te schieten. Nu het voorschot in juridische zin was 'ontkoppeld' van de aanwezige claims, kan de voorschotbetaling in de boeken van aannemer B niet hebben geleid tot een verbetering van de solvabiliteit. Zulks zou enkel het geval kunnen zijn, indien het voorschot bij aannemer B onder een andere titel werd geboekt dan de titel waaronder het bedrag werd ontvangen.
