

New Babylon
Bezuidenhoutseweg 57
2594 AC Den Haag

Postbus 11756
2502 AT Den Haag
telefoon (070) 515 30 00
www.pelsrijcken.nl

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten*
en notarissen

Landsadvocaat

Aan de Minister van Economische Zaken
De heer H.G.J. Kamp
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

onze ref. JW/DS/10041513
uw ref. -
inzake Vervolgonderzoek vernieuwing energie
Bonaire

J.H. van der Weide
advocaat

14 januari 2016

Geachte heer Kamp,

Hierbij berichten wij u in antwoord op de onderzoeksvragen die het Ministerie van Economische Zaken stelde in vervolg op het rapport Corporate Governance Water en Energie Bedrijf Bonaire van november 2013 (verder: het **SEO-rapport**) dat is opgesteld in opdracht van de Gezaghebber van Bonaire en het Ministerie van Economische Zaken aangaande de vernieuwde energievoorziening op Bonaire.

1 Aanleiding

1.1 Het SEO-rapport richt zich op de corporate governance bij Water- en Energiebedrijf Bonaire N.V. (verder: **WEB**). Het SEO-rapport bevat een schets van de ontwikkelingen omtrent de vernieuwing van de energievoorziening op Bonaire in de periode van 2005 tot 2012. Het SEO-rapport beschrijft feitelijke ontwikkelingen, onder meer:

- dat al bestaande ideeën om tot een vernieuwing van de energievoorziening op Bonaire in een stroomversnelling zijn geraakt als gevolg van een brand in 2005;
- dat in opdracht van WEB in 2005 een Long Term Energyplan is opgesteld door KEMA en Ecofys;

- dat door WEB gekozen is voor een *Build, Own & Operate* constructie (verder: **BOO-constructie**);
- dat 22 partijen zijn uitgenodigd om, op basis van door WEB opgestelde *Terms of Reference*, een bieding te doen aan WEB voor de energievoorziening op basis van een BOO-constructie;
- dat alleen Ecopower een niet bindende bieding heeft gedaan die niet op alle punten in overeenstemming was met de door WEB opgestelde *Terms of Reference*;
- dat gedurende de contractsonderhandelingen tussen WEB en Ecopower over een te sluiten Power Purchase Agreement (verder: **PPA**) bleek van een toename van de totale investeringskosten (verder: **CAPEX**) van het energieproject;
- dat na de realisatie van de vernieuwing van de energievoorziening er een geschil is ontstaan tussen WEB en Ecopower omtrent de bedragen die Ecopower op basis van de PPA aan WEB in rekening mocht brengen;
- dat uiteindelijk een arbitrageprocedure tussen WEB en Ecopower is gevoerd, waarin Ecopower in het gelijk is gesteld, hetgeen tot gevolg heeft gehad dat WEB méér heeft moeten betalen voor de elektriciteit dan zij aanvankelijk meende te hoeven betalen op grond van de PPA, hetgeen consequenties had voor de continuïteit van WEB zelf en voor de energietarieven op Bonaire;

1.2 Het SEO-rapport vervolgt met een analyse van de inhoud van de corporate governance van WEB en in hoeverre die is nageleefd door de directie, de raad van commissarissen, het bestuurscollege en de eilandsraad (als aandeelhouder, beleidsverantwoordelijke entiteit, toezichthouder op de tarieven en contractpartij), Nederland en overige betrokkenen, waaronder met name de accountant.

1.3 Het SEO-rapport sluit af met aanbevelingen voor de toekomst die zijn gericht op de corporate governance, maar bevat ook aanbevelingen voor nader onderzoek. Het SEO-rapport vermeldt:

"De aanbestedingsprocedure van het project heeft uiteindelijk maar één bieder opgeleverd. Hoewel uit de gesprekken de mogelijke redenen aan de orde zijn gekomen voor het afhaken van de andere genodigde partijen, is hierover in het geheel geen feitelijke informatie aangetroffen in het dossier. In aanvulling op hetgeen in de gesprekken met betrokkenen van WEB hierover is aangegeven, zouden gesprekken met de bedrijven in kwestie hierop meer licht kunnen schijnen.

In het onderzoek is een verschil geconstateerd tussen de omvang van de investering in het project zoals die contractueel in de PPA overeen is gekomen, en onderdeel is van kostprijs van elektriciteit, en de omvang van de investering zoals die kan worden verklaard uit informatie in het dossier over de (contractueel overeengekomen) kosten van onderaannemers en eigen kosten van Evelop. Het onverklaarde verschil bedraagt circa USD 10 miljoen. De omvang van dit onverklaarde verschil en de consequenties voor de kosten van elektriciteit op Bonaire rechtvaardigen hier nader onderzoek

naar. Daarbij zal het nodig zijn om toegang te krijgen tot informatie die voor dit onderzoek niet beschikbaar was."

2 Onderzoeksoopdracht

- 2.1 Bij brief van 11 maart 2014 heeft u verzocht nader onderzoek te doen naar de aanbestedingsprocedure en het in het SEO-rapport genoemde onverklaarbare verschil van 10 mln.
- 2.2 Om verder onderzoek te doen naar de aanbestedingsprocedure is, in overleg met EZ, getracht nadere informatie te verkrijgen door de 22 partijen die waren uitgenodigd om een bieding te doen aan te schrijven. Nadat maar van een beperkte response bleek van de aangeschreven partijen, is in overleg met EZ besloten verder onderzoek te staken. Wel is heel recent, in het kader van het hieronder te bespreken onderzoek dat Mazars heeft verricht, nog nadere informatie beschikbaar gekomen omtrent de aanbesteding. De bevindingen worden in hoofdstuk 3 besproken.
- 2.3 Om verder onderzoek te doen naar het in het SEO-rapport genoemde onverklaarbare verschil van 10 mln. is, in overleg met EZ, Mazars verzocht nader onderzoek te doen naar de vraag wat de verklaring is voor het verschil tussen de begrote investering van \$ 46,6 miljoen van 16 mei 2007, zoals dat blijkt uit een cashflow model van Evelop en het investeringsbedrag van \$ 56,2 miljoen zoals opgenomen in de PPA.

3 De aanbestedingsprocedure

- 3.1 Wij hebben de beschikking gekregen over de lijst van 22 mogelijke gegadigden die door WEB zijn uitgenodigd een bieding uit te brengen. Deze partijen hebben wij aangeschreven. Wij hebben uiteindelijk van 8 partijen een inhoudelijke reactie ontvangen.
- 3.2 Geen van de ontvangen reacties van de aangeschreven partijen bevat aanwijzingen dat sprake was van malversaties rond de aanbesteding door WEB. Enkele partijen hebben uitgelegd geen interesse te hebben gehad omdat zij de combinatie van windenergie en diesel niet kunnen leveren of omdat de strategie gewijzigd was van windenergie naar zonne-energie. Enkele partijen hebben gereageerd dat Bonaire buiten hun werkgebied ligt. Twee partijen hebben geantwoord wel initieel interesse in het project te hebben gehad, maar één van die partijen is niet op de pre-bid meeting geweest en de andere partij herinnert zich niet of de pre-bid meeting is bijgewoond. Ten slotte was er één partij die alleen interesse had om een gedeelte van het werk als onderaannemer uit te voeren.
- 3.3 Heel recent heeft Mazars in het kader van het door haar uitgevoerde onderzoek nog stukken ontvangen met betrekking tot de aanbesteding, welke stukken Mazars aan ons ter beschikking heeft gesteld. De ontvangen stukken bevestigen dat kennelijk in totaal 9 partijen vertegenwoordigd waren bij de door WEB georganiseerde pre-bid meeting

op 11 april 2006, waaronder partijen die geen interesse hadden in het realiseren van het project, maar alleen mogelijk interesse hadden in financiering of het leveren van een gedeelte van het project. Ook blijkt dat diverse aangeschreven partijen geen interesse hadden, of op een later moment hun interesse verloren.

- 3.4 Het aantal ontvangen reacties is te beperkt om conclusies te kunnen trekken omtrent de wijze waarop de aanbesteding van het project is uitgevoerd. Mogelijk is het verloop van tijd een reden dat weinig informatie meer beschikbaar is gekomen. De beperkte informatie die is ontvangen, bevat geen aanwijzingen van malversaties.

4 Onderzoek naar het in het SEO-rapport genoemde onverklaarbare verschil van 10 mln.

- 4.1 De bevindingen blijken uit het hier aangehecht rapport Bevindingen – onderzoek WEB-Bonaire (project WEB – Ecopower) van Mazars van 30 november 2015 (verder: **het Mazars-rapport**).

- 4.2 Mazars heeft het in het SEO-rapport genoemde onverklaarbare verschil van 10 mln. alsnog kunnen verklaren aan de hand van nader ontvangen informatie. Voorts heeft Mazars geen signalen dat tegenover gemaakte investeringen geen prestaties zouden zijn geleverd. Mazars beschrijft in haar rapport voorts verkregen toelichtingen van betrokkenen waaruit factoren blijken die van invloed zijn geweest op de toename van de investeringen. Voor een volledig en evenwichtig beeld is het van belang kennis te nemen van het gehele Mazars rapport, dat tevens een samenvatting bevat.

- 4.3 Ten aanzien van de duur van het onderzoek kan nog worden opgemerkt dat alle partijen op basis van vrijwilligheid hebben meegewerkt aan het onderzoek zoals door Mazars uitgevoerd. Dat heeft veel nadere informatie opgeleverd, op basis waarvan Mazars de grondige analyse in het Mazars-rapport heeft kunnen opstellen, maar de aanlevering van stukken heeft wel enige tijd geduurd.

5 Verdere aanvullende opmerkingen

- 5.1 De Terms of Reference van WEB, waarin WEB partijen vroeg een bieding te doen om door middel van een BOO-constructie energie aan WEB te gaan leveren, bevatte een maximum bedrag voor de tarieven. Nadien heeft WEB met Ecopower onderhandeld omtrent een PPA. Gedurende die onderhandelingen nam de CAPEX van het project toe, om de redenen zoals blijken uit het Mazars-rapport. Ook ná de totstandkoming en ondertekening van de PPA is de CAPEX nog toegenomen. Per de in de PPA gedefinieerde Financial Closure Date was de totale CAPEX toegenomen tot \$ 62 miljoen.
- 5.2 WEB is er kennelijk steeds van overtuigd geweest dat zij in de uiteindelijk ondertekende PPA een maximumbedrag van de CAPEX met Ecopower was overeengekomen. Ecopower was van mening dat de daadwerkelijke financieringskosten die waren

gebaseerd op de verdere toename van de CAPEX tot \$ 62 miljoen aan WEB kon worden doorbelast in de zogenaamde z-component van het tarief. Mede als gevolg van dit verschil van inzicht, heeft WEB gedurende langere tijd de facturen van Ecopower niet volledig betaald.

- 5.3 In de uiteindelijk gevoerde arbitrageprocedure is Ecopower op dit punt in het gelijk gesteld. Naar achteraf kan worden geconcludeerd, was dus sprake van een discrepantie tussen wat WEB kennelijk heeft willen afspreken en de inhoud van de PPA met Ecopower. Dit blijkt ook uit hoofdstuk 3 van het Mazars-rapport.
- 5.4 Hoewel het geen voorwerp van onderzoek is geweest, en er dus geen conclusies kunnen worden getrokken wat die discrepantie heeft veroorzaakt, bevatten zowel het SEO-rapport als het Mazars-rapport opmerkingen die een mogelijke verklaring zou kunnen vormen voor het ontstaan van deze discrepantie.
- 5.5 Zo vermeldt het Mazars-rapport dat de accountant van WEB niet om advies is gevraagd ten tijde van de onderhandelingen met Ecopower over de PPA. Een jurist is pas in een later stadium gevraagd op deelaspecten van de PPA te adviseren, een beoordeling van de financiële elementen van de PPA behoorde niet tot de opdracht. Ten aanzien van de financiële afspraken is namens WEB met name door de toenmalige directie alsmede een extern financieel adviseur van de toenmalige directie van WEB met Ecopower onderhandeld.¹
- 5.6 Het SEO-rapport vermeldt dat het beeld ontstaat dat de toenmalige directie van WEB geen wezenlijke beleidsinhoudelijke rol speelde, maar meer een uitvoerende rol in opdracht van de president-commissaris (ten tijde van totstandkoming van het project). Ook blijkt volgens het SEO-rapport uit het dossier en de gesprekken dat de directie (ten tijde van de totstandkoming van het project) zelf over onvoldoende financiële, technische, juridische kwaliteit beschikte en heeft nagelaten deze kwaliteit te organiseren teneinde tot goed afgewogen besluitvorming te komen.² Over de accountant vermeldt het SEO-rapport dat de verhouding tussen de onderneming en de accountant niet optimaal heeft gefunctioneerd.³ In het SEO-rapport is geconcludeerd dat sprake is van een grote discrepantie tussen doelstellingen en resultaten van het energievernieuwingsproject die grotendeels, maar niet geheel, kunnen worden verklaard uit de keuzes die de directie van WEB – onder toezicht van de raad van commissarissen en met informele betrokkenheid van het bestuurscollege – heeft gemaakt en de risico's die het heeft genomen gedurende het gehele project van aanbesteding, onderhandeling en toepassing.⁴
- 5.7 Zowel het Mazars-rapport als het SEO-rapport bevatten naar onze mening aanwijzingen dat de toenmalige directie van WEB achteraf bezien met onvoldoende

¹ Paragraaf 3.6 van het Mazars-rapport

² Paragraaf 3.2.5, Deskundigheid, van het SEO-rapport

³ Paragraaf 3.6, Overig, van het SEO-rapport

⁴ Samenvatting pagina II bovenaan van het SEO-rapport

slagkracht en kennis de onderhandelingen met Ecopower over de PPA heeft gevoerd. Dit zou naar onze mening een mogelijke verklaring kunnen zijn van de discrepantie tussen wat WEB kennelijk heeft willen afspreken en de uiteindelijke inhoud van de PPA met Ecopower.

- 5.8 Gelet op het doel en de werkzaamheden van WEB en de omvang van de investering die gemeoid was met de vernieuwing van de energievoorziening op Bonaire, was het project een majeure beslissing voor WEB. Van een bestuur mag, in zijn algemeenheid, gevergd worden bij een majeure beslissing zich van voldoende advies te laten voorzien. Dit zou aanleiding kunnen zijn voor WEB om nader onderzoek te verrichten naar de vraag of de toenmalige directie van WEB aansprakelijk kan worden gesteld. Wel geldt daarbij dat uit het Mazars-rapport niet is gebleken van onverklaarbare verschillen.
- 5.9 Naar onze mening zal pas met succes een verwijt aan de toenmalige directie van WEB kunnen worden gemaakt, indien (i) uit nader onderzoek zou blijken dat de toenmalige directie inderdaad te lichtvaardig heeft gehandeld en indien (ii) aannemelijk kan worden gemaakt dat de toenmalige directie, als zij zich destijds van juridisch advies zou hebben voorzien, een PPA had kunnen sluiten met Ecopower waarin de toename van de CAPEX ná de totstandkoming en ondertekening van de PPA voor rekening en risico van Ecopower zou zijn gekomen. Alleen dan kan WEB namelijk schade aannemelijk maken. Ook zou, als gevolg van het verstrijken van de tijd, sprake kunnen zijn van verjaring van een mogelijke vordering.

Met vriendelijke groet,
de landsadvocaat,
voor deze,

J.H. van der Weide