

RAPPORT PRORAIL B.V.

Samenvatting van het feitenonderzoek [...]
Subject to legal privilege

Herziene versie

Den Haag, 7 maart 2017
Mr. L.H.E. Møller

Voorwoord bij herziene versie

Deze herziene versie is tot stand gekomen na enkele inhoudelijke wijzigingen naar aanleiding van de inzage in de samenvatting van het feitenonderzoek [...] van 15 februari 2017 door de meest betrokken personen.

L.H.E. Møller

Samenvatting van het feitenonderzoek [...]

A. INLEIDING

De Raad van Commissarissen van ProRail B.V. (hierna: 'RvC') heeft Wladimiroff Advocaten N.V. (hierna: 'Wladimiroff') naar aanleiding van een interne klokkenluidermelding opdracht gegeven onderzoek te doen naar de achtergronden van een door ProRail B.V. (hierna: 'ProRail') aan aannemer (bedoeld moet zijn geweest: aannemerscombinatie¹) betaald bedrag van € 27 miljoen, in verband met gestelde claims rondom werkzaamheden betreffende de tunneltechnische installaties van de Betuweroute (hierna: 'TTI-project').

Tijdens het onderzoek is gebleken dat het genoemde bedrag van € 27 miljoen in verband met de vaststellingsovereenkomst tussen ProRail en de aannemerscombinatie van 27 september 2006 (hierna: 'de vaststellingsovereenkomst'), niet los kan worden gezien van overige additionele betalingen van ProRail. Deze overige betalingen bedroegen in totaal € 12,7 miljoen. Deze overige bedragen zijn om die reden ook in het onderzoek betrokken, teneinde de betalingen naar aanleiding van de vaststellingsovereenkomst in het juiste perspectief te kunnen plaatsen.

Om meer inzicht te verkrijgen in de aard en onderbouwing van voorgenoemde betalingen zijn de (beschikbare) administratieve bescheiden van het TTI-project geanalyseerd. In april 2016 heeft Wladimiroff in het Betuweroute Archief (hierna: 'BRA') onderzoek gedaan naar potentieel relevante bescheiden. Vervolgens zijn de relevante digitaal beschikbare bescheiden en de relevante bescheiden uit het papieren archief aan Wladimiroff ter beschikking gesteld. Naar aanleiding van het eerste onderzoek in het BRA heeft Wladimiroff aanvullende informatieverzoeken bij ProRail gedaan en daaruit voortvloeiend aanvullende bescheiden ontvangen. Tevens is onderzoek gedaan naar relevante stukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (hierna: 'Kamerstukken') met betrekking tot het TTI-project. Alle ter beschikking gestelde bescheiden en de Kamerstukken zijn geanalyseerd en beoordeeld op relevantie voor het onderzoek.

Op 1 juli 2016 is een eerste concept rapport 'Onderzoek [...], Analyse administratieve bescheiden' opgesteld. Tevens zijn op 1 juli 2016 voorlopige conclusies geformuleerd en is geadviseerd tot nader onderzoek. In augustus 2016 heeft Wladimiroff naar aanleiding van voorgenoemd advies een deel van de verzochte aanvullende bescheiden ontvangen. Eveneens in augustus 2016 heeft Wladimiroff aanvullend onderzoek verricht in een ander digitaal archief. Zulks heeft geleid tot het concept rapport 'Onderzoek [...], Analyse administratieve bescheiden' van 19 september 2016.

Vervolgens hebben interviews plaatsgevonden met onder andere voormalig directieleden en een voormalig lid van de Raad van Bestuur (hierna: 'RvB') van ProRail. Voorafgaand aan de

¹ De aannemerscombinatie bestond uit twee aannemers.

interviews is aan de genoemde personen het concept rapport van 19 september 2016 ter beschikking gesteld. Op basis van de interviews is het concept rapport aangevuld en op enkele punten aangepast. Een definitief overzicht van de feitelijke bevindingen is afzonderlijk vastgelegd in het rapport 'Feitenonderzoek [...]' van 15 februari 2017.

Zowel het aanvullend onderzoek als de interviews gaven aanleiding tot het aanpassen van de voorlopige conclusies. Het onderhavige document behelst een samenvatting van het rapport 'Feitenonderzoek [...]' van 15 februari 2017.

Opmerking verdient dat ProRail een aantal essentiële stukken niet heeft kunnen traceren. Zo kon (onder meer) de basisovereenkomst tussen de aannemerscombinatie en ProRail, de aan de vaststellingsovereenkomst ten grondslag liggende claimdossiers, een rapport van een onderzoeksbureau en een vermeend aanwezige accountantsverklaring die de door de aannemerscombinatie ingediende claims zou valideren niet worden betrokken in het onderzoek. Zulks brengt met zich mee dat de hierna opgenomen samenvatting van de bevindingen mogelijk anders zou luiden, indien ook deze stukken hadden kunnen worden geraadpleegd.

Een gecoördineerd beleid over de in acht te nemen bewaartermijnen van stukken behorende tot de administratie van het TTI-project lijkt te ontbreken. Een geïnterviewde heeft aangegeven papierendossiers (acht ordners) omtrent het TTI-project en de claims lang te hebben bewaard, maar naar verloop van tijd en op basis van een eigen oordeel te (hebben) laten vernietigen.

B. SAMENVATTING

B.1 Kostprijs van het TTI-project

ProRail heeft in 2004 het TTI-project aanbesteed. De kostenraming van ProRail voor het project was € 118 miljoen. Het TTI-project werd na een aanbestedingstraject aan de aannemerscombinatie gegund, die tijdens de selectie een (herzien) bod had gedaan van € 73 miljoen. De aanbiedingen van de overige partijen weken niet substantieel af van de aanbieding van de aannemerscombinatie. Het TTI-project werd derhalve gegund voor een bedrag dat ruim 38 procent lager lag dan de oorspronkelijke raming van ProRail. Uit de gesprekken met de betrokkenen is gebleken dat bij de afweging aan welke aannemer het TTI-project zou worden gegund – naast het feit dat de aannemerscombinatie de meest gunstige aanbieding had gedaan – ook een rol speelde dat de aannemerscombinatie bestond uit de twee grootste marktpartijen in Nederland. Bij ProRail gaf dit het comfort dat er deugdelijk en tijdig kon worden opgeleverd.

Op 29 juli 2004 werd de basisovereenkomst tussen ProRail en de aannemerscombinatie getekend. Bij ProRail was de Projectorganisatie Betuweroute (hierna: 'PoBR') belast met (de uitvoering van) het TTI-project.

Uiteindelijk heeft het TTI-project ProRail € 132 miljoen gekost. Ten opzichte van de overeengekomen gunningprijs was derhalve sprake van een kostenoverschrijding van ruim 80 procent. De meerkosten hielden voor het merendeel verband met additionele betalingen van ProRail aan de aannemerscombinatie van € 39,7 miljoen.

B.2 (Aanleiding) ontstane problematiek

Reeds in het derde kwartaal van 2004 werd vertraging opgelopen ten aanzien van de planning van de TTI. Door PoBR werd aan de RvB gecommuniceerd dat de beheersing van het TTI-project aan de zijde van de aannemerscombinatie onvoldoende was en dat de mijlpalen² uit de overeenkomst onder druk stonden. Tevens bestond het risico dat de opleverdata van de tunnels niet gehaald zou worden. ProRail achtte de aannemerscombinatie aansprakelijk voor de ontstane vertraging en verzocht de aannemerscombinatie versnellingsmaatregelen te treffen, opdat de indienststelling van de Betuweroute op 2 januari 2007 niet in gevaar kwam. De aannemerscombinatie was echter van mening dat PoBR verantwoordelijk was voor de vertraging.

In juli 2005 diende de aannemerscombinatie verkorte claimdossiers in bij ProRail. De claimdossiers bestonden uit elf onderwerpen.³ PoBR was van mening dat de claimdossiers slechts grove ramingen bevatten en dat de aannemerscombinatie eerst haar claim diende te onderbouwen.

De aannemerscombinatie kwam vanwege het TTI-project in financiële moeilijkheden te verkeren. Volgens ProRail werd zulks mede veroorzaakt door de slechte projectbeheersing van de aannemerscombinatie, wat hoge faalkosten⁴ en inefficiëntie met zich bracht. De aannemerscombinatie stelde aanzienlijke schade te lijden doordat haar inkomstenstroom was opgedroogd, terwijl de kosten van het project doorliepen. De toenmalige projectdirecteur van ProRail gaf in een interview aan dat de moederconcerns van de aannemerscombinatie weigerden het verlies van de aannemerscombinatie te financieren. Zulks ondanks dat zij in die periode kapitaalcrachtige ondernemingen waren.

Uit de interviews is voorts naar voren gekomen dat de complexiteit van het TTI-project heeft bijgedragen aan de ontstane problemen. Het TTI-project was uniek in Nederland. De betrokkenen hebben aangegeven dat zowel ProRail als de aannemerscombinatie zich hadden verkeken op de complexiteit van het TTI-project. Het TTI-project werd middels een Design & Construct contract aanbesteed. Bij een Design & Construct contract neemt de aannemer in

² Volgens de basisovereenkomst dienden de TTI uiterlijk 17 maart 2006 gereed te zijn.

³ Te weten: de projectcoördinatie, het programma van eisen sprinklerinstallatie, de standaardisatie in tunneluitvoeringen - sprinklerinstallaties, het uniformeren van bestekken, dynamische belasting, dieseltractie, raamwerkcontracten, civiele ondergronden/as-built informatie, codering installaties en componenten (CIC), de HF installatie en tijdsvertraging.

⁴ Kosten die ontstaan door eigen fouten/falen in het project, waardoor (o.a.) herstelacties benodigd zijn.

beginsel de verantwoordelijkheid voor het ontwerp. De vraag of het risico voor de complexiteit van het TTI-project derhalve voor rekening van de aannemerscombinatie kwam, werd niet door alle geïnterviewden instemmend beantwoord.

Volgens de toenmalige voorzitter van de RvB van ProRail was een andere relevante verklaring voor de ontstane problematiek de slechte werkrelatie tussen PoBR en de aannemerscombinatie.

Om de vertraging op de planning van het TTI-project in te lopen diende de aannemerscombinatie versnellingsmaatregelen te treffen. Het ontbrak de aannemerscombinatie echter aan de financiële middelen daartoe. De aannemerscombinatie stemde in met het nemen van versnellingsmaatregelen, mits PoBR de kosten van de maatregelen zou dragen. De aannemerscombinatie wenste tevens – ter overbrugging van haar cash flow probleem – een tegemoetkoming te ontvangen van € 4 miljoen.

B.3 Voorfinanciering van de aannemerscombinatie op basis van een Nadere Overeenkomst

Wegens de financiële problemen van de aannemerscombinatie sloot ProRail in augustus 2005 een zogenoemde Nadere Overeenkomst met de aannemerscombinatie. In deze Nadere Overeenkomst kwamen partijen overeen, dat ProRail de aannemerscombinatie zou voorzien in haar financieringsbehoefte. De Nadere Overeenkomst werd namens ProRail ondertekend door de toenmalige projectdirecteur. ProRail en de aannemerscombinatie kwamen (o.a.) overeen dat ProRail aan de aannemerscombinatie een bedrag van € 7,7 miljoen zou financieren, ter overbrugging van de financieringsproblemen van de aannemerscombinatie. Zulks zonder afstand te doen van haar rechten en vooruitlopend op een minnelijke schikking van de claim c.q. arbitrage.

Voorts zou ProRail aan de aannemerscombinatie een additionele financiering verstrekken van € 4 miljoen. De aannemerscombinatie stelde hiervoor een bankgarantie. Ten aanzien van de terugbetaling van € 4 miljoen kwamen ProRail en de aannemerscombinatie een restitutieregeling overeen. Volgens de beschikbare bescheiden is het voorschot van € 4 miljoen in 2009 volledig terugbetaald aan ProRail.

Uit het onderzoek is niet gebleken dat rente verschuldigd was over de verstrekte financiering. Zulks is door de projectdirecteur in een interview bevestigd. De toenmalige contractjurist van PoBR gaf in een interview aan dat de rentecomponent te gering was, omdat het om een korte periode ging.

De verstrekte financiering werd niet gekoppeld aan destijds door ProRail geaccepteerde claims of reeds uitgevoerde werkzaamheden. Sterker nog, uit de Nadere Overeenkomst volgt dat de aannemerscombinatie een nog formeel in te dienen en te onderbouwen claim van € 17,6 miljoen en een bouwtijdverlenging van zes tot acht maanden mondeling kenbaar had

gemaakt aan ProRail. ProRail achtte zich niet aansprakelijk voor de ontstane vertragingen en het geclaimde bedrag, zo blijkt eveneens uit de Nadere Overeenkomst.

Tijdens de interviews hebben de contractjurist en de projectdirecteur de Nadere Overeenkomst betiteld als een financieringsovereenkomst. Zij hebben voorts aangegeven dat het geen primaire taak van ProRail is om aannemers te financieren, doch dat het vanuit bepaalde invalshoeken mogelijk wordt geacht mits de financiële risico's goed zijn afgedekt. Volgens de projectdirecteur was de drijfveer voor het sluiten van de Nadere Overeenkomst het realiseren van de indienststelling van de Betuweroute per 2 januari 2007.

In de periodieke rapportages (TOP-rapportages) van ProRail aan het Ministerie werd ten aanzien van de Nadere Overeenkomst geen informatie opgenomen omtrent de overeengekomen financieringsafspraken. In de TOP-rapportages werd slechts vermeld dat met de aannemerscombinatie versnellingsmaatregelen waren overeengekomen. Uit de beschikbare bescheiden en de interviews blijkt niet dat ProRail het Ministerie langs een andere weg heeft geïnformeerd omtrent de financiering ten behoeve van de aannemerscombinatie. In de communicatie met het Ministerie komen slechts de versnellingsmaatregelen ter sprake. De (financierings)condities lijken onbesproken te zijn gebleven.

B.4 Financieel geschil en schikking augustus 2006

Medio augustus 2005 diende de aannemerscombinatie formeel haar claims in. Uit de beschikbare bescheiden blijkt dat de aannemerscombinatie van mening was dat het werk met betrekking tot het TTI-project complexer was geworden door de ontstane vertraging. Het engineeringproces werd daardoor sterk beïnvloed, waardoor de randvoorwaarden en de uitgangspunten – waarop de aannemerscombinatie destijds haar aanbieding had gebaseerd – ingrijpend waren gewijzigd. ProRail achtte zich niet aansprakelijk voor de claims. De claims werden dan ook in november 2005 door ProRail afgewezen. De aannemerscombinatie bleef echter volharden. Tevens volgden aanvullende claims van de aannemerscombinatie. Zulks leidde tot een financieel geschil tussen partijen. Destijds was de verwachting dat het financiële geschil zou worden gearbitreerd conform hetgeen zou zijn bepaald in de basisovereenkomst van 29 juli 2004.

In februari 2006 trok de aannemerscombinatie haar claimdossiers in, om door middel van een platformoverleg de geschilpunten op te lossen. In dezelfde periode gaven ProRail en de aannemerscombinatie gezamenlijk de opdracht aan een commissie tot het doen van onderzoek naar de uitvoering en de procesbegeleiding van het TTI-project. Partijen verwachtten dat de uitkomst van het onderzoek als basis zou kunnen dienen voor het oplossen van het geschil. De voorgenomen arbitrage was derhalve vooralsnog van de baan.

In juni 2006 nam ProRail kennis van het concept rapport van de commissie, waarin de commissie onder meer concludeerde dat de oorzaak van de ontstane problematiek grotendeels bij ProRail lag. Uit de beschikbare bescheiden blijkt dat ProRail zich niet kon vinden in het

rapport van de commissie. Zulks is ook gebleken uit de interviews. De conclusies van de commissie zouden gebaseerd zijn op feitelijke onjuistheden. De aannemerscombinatie kon zich daarentegen wel vinden in de conclusies van de commissie. Partijen traden naar aanleiding van het conceptrapport van de Commissie Laan opnieuw in onderhandeling.

ProRail deed de aannemerscombinatie in juli 2006 een finaal afwikkelingsvoorstel voor een bedrag van € 19,8 miljoen. Het voorstel ging gepaard met de randvoorwaarde dat het TTI-project uiterlijk eind oktober 2006 zou worden opgeleverd. De aannemerscombinatie kwalificeerde het voorstel van ProRail als onacceptabel en denigrerend. Vervolgens vonden overleggen plaats tussen de projectdirecteur van ProRail, de voorzitter van de Raad van Bestuur (hierna: 'RvB') van de aannemerscombinatie en de voorzitter van de commissie, teneinde het financiële geschil op te lossen. Uit de overleggen bleek dat één van de aannemers van de aannemerscombinatie zich in een tijds-klem bevond. De betreffende aannemer kampte met een tijdsdruk, vanwege het feit dat medio augustus 2006 de halfjaarcijfers zouden worden gepresenteerd. Tevens volgt uit een verslag van een overleg tussen ProRail en de aannemerscombinatie dat de totale claim van de aannemerscombinatie inmiddels € 62,5 miljoen bedroeg. In een overleg van 12 juli 2006 overhandigde de aannemerscombinatie aan ProRail een kostenopstelling, waarin de verwachte kostenafwijkingen op het TTI-project en de geprognosticeerde eindstand van de meerkosten waren opgenomen. Op de contractsom van ruim € 73 miljoen bestond volgens de aannemerscombinatie een geprognosticeerd verschil van € 62,5 miljoen.

In het laatste overleg van 9 augustus 2006 constateerden de projectdirecteur van ProRail en de bestuursvoorzitter van de aannemerscombinatie dat zij niet het mandaat hadden om het verschil van inzicht ter hoogte van € 24,5 miljoen te overbruggen. Op dat moment nam de bestuursvoorzitter van ProRail het dossier over van de projectdirecteur. De bestuursvoorzitter heeft aangegeven dat hij door de projectdirecteur op de hoogte was gehouden van de ontwikkelingen in het TTI-project. De bestuursvoorzitter heeft echter ook aangegeven niet precies te weten of de informatie die hij destijds had met betrekking tot het conflict met de aannemerscombinatie op detailniveau was.

De bestuursvoorzitter heeft verklaard dat hij – nadat hij het dossier had overgenomen – overleg heeft gevoerd met de toenmalige financieel directeur van ProRail. In dat overleg zouden verschillende scenario's zijn overwogen, waaronder arbitrage. Arbitrage zou echter tot meer vertraging leiden en daarmee zou de indienststelling van 2 januari 2007 niet gehaald worden. Een andere optie was om met de voorzitter van de RvB van een van de aannemers te gaan spreken, om te bezien of die aannemer tot een nieuwe bemiddelingspoging bereid was. De bestuursvoorzitter en de financieel directeur van ProRail besloten te kiezen voor de laatste optie, aldus de bestuursvoorzitter. De bestuursvoorzitter heeft voorts aangegeven dat hij en de financieel directeur ongetwijfeld een kostenoverzicht hebben gehad op basis waarvan zij hebben besloten de bestuursvoorzitter van de aannemer te benaderen. Een eventuele verdeling van de kosten was volgens de bestuursvoorzitter niet ter sprake gekomen in zijn overleg met de financieel directeur.

De toenmalige financieel directeur heeft in een interview aangegeven zich niet te kunnen herinneren dat een dergelijk overleg met de bestuursvoorzitter heeft plaatsgevonden. Zij acht het echter goed mogelijk dat de bestuursvoorzitter haar voorafgaand aan de schikking met de aannemerscombinatie heeft benaderd om van gedachten te wisselen.

Op 10 augustus 2006 trof de bestuursvoorzitter een schikking met de voorzitter van de RvB van de aannemer, waarbij zij overeenkwamen dat – ten aanzien van het financiële verschil van € 62 miljoen – de aannemerscombinatie € 25 miljoen voor haar rekening zou nemen en ProRail het restant van € 27 miljoen plus € 10 miljoen voor niet in geschil zijnde meerwerk. Daarnaast zou ProRail € 2,7 miljoen aan acceleratiekosten betalen aan de aannemerscombinatie. Partijen kwamen tevens overeen dat de aannemerscombinatie het ultieme zou doen om de indienststelling van de Betuweroute op 2 januari 2007 te borgen. De bestuursvoorzitter heeft aangegeven dat hij onmiddellijk na de schikking met de aannemer de Minister telefonisch heeft geïnformeerd over de schikking. Volgens de bestuursvoorzitter was de Minister tevreden met de uitkomst. Naast de Minister heeft de bestuursvoorzitter ook de toenmalige president-commissaris van ProRail en de financieel directeur op de hoogte gesteld van de schikking.

Uit de ter beschikking gestelde bescheiden blijkt dat de bestuursvoorzitter bij het treffen van de schikking van 10 augustus 2006 is uitgegaan van een geprognosticeerde kostenopgave van de aannemerscombinatie. In deze kostenopgave had de aannemerscombinatie een verwachte kostenoverschrijding aangegeven van ongeveer € 62 miljoen ten aanzien van het TTI-project.

Onderdeel van de schikking van 10 augustus 2006 was dat ProRail een extern onderzoek zou laten doen naar de wijze van aansturing en afwikkeling van het TTI-project, het contractmanagement door ProRail/PoBR en de verantwoording van de schikking met de aannemerscombinatie. Deze opdracht werd begin september 2006 verstrekt aan een onderzoeksbureau. Het rapport van het onderzoeksbureau is niet aangetroffen in de ter beschikking gestelde bescheiden. Blijkens een brief in de ter beschikking gestelde bescheiden was de conclusie van het onderzoeksbureau onder meer dat de aannemerscombinatie wanprestatie had geleverd en de kosten van haar eigen falen op ProRail probeerde te verhalen. Daarnaast oordeelde het onderzoeksbureau dat de schikking tussen ProRail en de aannemerscombinatie maatschappelijk te verantwoorden was. Uit de ter beschikking gestelde bescheiden en de interviews blijkt dat ProRail van mening was dat het rapport van de commissie werd weerlegd door de conclusies van het onderzoeksbureau.

Uit de beschikbare bescheiden blijkt verder dat de bestuursvoorzitter voorafgaand aan het sluiten van de schikking met de aannemerscombinatie geen goedkeuring had gevraagd aan het Ministerie van Verkeer- en Waterstaat (hierna: 'Ministerie'). Zulks terwijl hij daartoe wel was gehouden op grond van de tussen ProRail en de Staat geldende overeenkomst. Volgens die overeenkomst diende de bestuursvoorzitter vooraf goedkeuring te vragen aan de Directeur-Generaal Rijkswaterstaat (hierna: 'DG RWS'), indien voor meer dan € 10 miljoen aanspraak zou worden gemaakt van de post onvoorzien. In de schikkingsafspraken werd

tevens geen voorbehoud gemaakt met betrekking tot de benodigde toestemming van de Minister. Uit het onderzoek blijkt dat de Minister geen opdracht had gegeven om tot een schikking te komen met de aannemerscombinatie en pas achteraf daarover is geïnformeerd. Zulks is door de bestuursvoorzitter bevestigd. Vanuit het Ministerie was echter reeds in juli 2006 aangegeven dat de informatievoorziening rondom de Betuweroute van groot belang was, met name omdat de Minister – met het oog op vervroegde verkiezingen – niet voor verrassingen wilde komen te staan zoals tegenvallers bij de indienststelling.

In september 2006 ontstond discussie tussen ProRail en de aannemerscombinatie over het doel en de inhoud van de schikking van 10 augustus 2006. Uit de bescheiden blijkt dat de aannemerscombinatie van mening was dat ProRail de financiële afspraken uit de schikking niet correct had uitgewerkt in een concept vaststellingsovereenkomst. ProRail vond daarentegen dat de aannemerscombinatie voorwaarden stelde die in strijd waren met de gemaakte afspraken van 10 augustus 2006. De aannemerscombinatie zou haar bijdrage in de restkosten gemaximeerd willen zien op € 25 miljoen en een afwijkend betalingsschema voor ogen hebben. Op 25 september 2006 liet ProRail de aannemerscombinatie weten dat zij zich niet langer aan de schikking gehouden achtte. De aannemerscombinatie werd vervolgens in gebreke gesteld. Het Ministerie werd door ProRail gelijktijdig geïnformeerd over de ingebrekestelling van de aannemerscombinatie. Eveneens op 25 september 2006 publiceerde ProRail een persbericht, waarin werd bekendgemaakt dat de indienststelling van 2 januari 2007 waarschijnlijk niet gehaald zou worden.

Op 27 september 2006 vond een laatste overleg plaats tussen ProRail en de aannemerscombinatie, waarin partijen tot overeenstemming kwamen. Op 27 september 2006 werd een vaststellingsovereenkomst getekend, waarin de schikking van 10 augustus 2006 werd vastgelegd.

Met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst is het Ministerie slechts gedeeltelijk geïnformeerd door ProRail. Een tijdige indienststelling was de voornaamste reden voor ProRail om toch tot een vaststellingsovereenkomst te komen. Zulks terwijl de Minister eerder had geadviseerd de datum van de indienststelling los te laten. Volgens de DG RWS had de Minister dan naar een externe oorzaak kunnen wijzen voor een latere indienststelling. Door alsnog een deal te sluiten had ProRail alles naar zich toegetrokken.

Daarnaast lijkt de Minister op basis van de verkregen informatie van ProRail in de veronderstelling te verkeren dat de aannemerscombinatie in gebreke was gesteld terwijl de meerge-noemde vaststellingsovereenkomst ondertussen was gesloten. Zulks terwijl vanuit het Ministerie nadrukkelijk was aangegeven dat zij in de besluitvorming betrokken wilde zijn. In dat kader heeft de Directeur-Generaal Personenvervoer (hierna: 'DGP') aangegeven dat op elk moment kon worden overwogen de oplevering van de Betuweroute uit te stellen uit het oogpunt van doelmatigheid en uitlegbaarheid/legitimiteit. Volgens de DGP diende de indienststelling van 2 januari 2007 niet tegen elke prijs te worden gehaald.

Omtrent de communicatie met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst heeft de bestuursvoorzitter van ProRail niet voor niets destijds medegedeeld dat hij erkent dat communicatie voorafgaand aan de schikking van € 27 miljoen beter was geweest en dat de handelwijze van ProRail in dat kader niet zorgvuldig was. Tegenover Wladimiroff heeft de bestuursvoorzitter aangegeven dat hij niet te allen tijde attent was ten aanzien van de mandaatbepalingen. Vrij snel na de schikking heeft de bestuursvoorzitter zich echter gerealiseerd dat hij buiten zijn mandaat was getreden. Hier is hij later door de Minister op aangesproken.

Na de vaststellingsovereenkomst heeft tevens briefwisseling plaatsgevonden tussen ProRail en het Ministerie over de inhoud van de vaststellingsovereenkomst. De Minister was onder andere van mening dat de vaststellingsovereenkomst geen garanties en/of financiële prikkels bevatte voor tijdige oplevering van de Betuweroute. Volgens de DG RWS vormde de vaststellingsovereenkomst een groot politiek risico voor de Minister, omdat de vaststellingsovereenkomst zijns inziens niet uitlegbaar was.

Het Ministerie was het uiteindelijk niet eens met de inhoud en vorm waarin de vaststellingsovereenkomst was getekend. Desondanks heeft het Ministerie berust in de situatie, omdat zij onvoldoende mogelijkheden zag om de vaststellingsovereenkomst open te breken.

B.5 Onderbouwing van de meer betaalde bedragen, genoemd in de vaststellingsovereenkomst

Naar aanleiding van de vaststellingsovereenkomst van 27 september 2006 heeft ProRail aan de aannemerscombinatie een bedrag van € 39,7 miljoen⁵ betaald. Een onderbouwing van de € 2,7 miljoen aan acceleratiekosten werd in november 2006 door de aannemerscombinatie aan ProRail verstrekt. Deze onderbouwing werd door ProRail echter onvoldoende geacht. De controlerend accountant van ProRail oordeelde dat de rechtmatigheid van de € 2,7 miljoen niet was komen vast te staan.

Uit het onderzoek is gebleken dat ProRail de aannemerscombinatie meermaals heeft verzocht om een goedkeurende accountantsverklaring, teneinde de rechtmatigheid van het door haar – naar aanleiding van de schikking met de aannemerscombinatie – betaalde bedrag van € 39,7 miljoen vast te stellen. Een dergelijke accountantsverklaring is niet aangetroffen in de ter beschikking gestelde bescheiden. De toenmalige directeur uitvoeringsorganisatie Betuweroute (hierna: 'directeur uitvoering') heeft in dit kader aangegeven dat een accountant een dergelijke controle niet eens zou kunnen uitvoeren, nu deze niet beschikt over de kennis om de materie op waarde te kunnen beoordelen.

De projectdirecteur heeft in een interview aangegeven dat de aannemerscombinatie nimmer een onderbouwing heeft verstrekt voor het totaalbedrag van € 39,7 miljoen. Tevens was de claim van de aannemerscombinatie opgebouwd uit (aantoonbare) onjuiste kostenposten, aldus de directeur uitvoering. Zo noemt de directeur uitvoering bij wijze van voorbeeld een

⁵ € 27 miljoen + € 10 miljoen + € 2,7 miljoen = € 39,7 miljoen.

claim van de aannemerscombinatie met betrekking tot de elektrische voeding van sprinklerpompen in de tunnels. De claim bedroeg vier à vijf miljoen euro. In de claim wordt uitgegaan van de behoefte aan elektriciteit voor elektrische pompen, terwijl de sprinklerpompen dieselpompen zijn. De directeur uitvoering heeft verklaard dat dit voorbeeld niet de enige – in zijn ogen – valse kostenpost is die onderdeel uitmaakt van de schikking tussen de aannemerscombinatie en ProRail.

Uit de ter beschikking gestelde bescheiden kan niet worden opgemaakt hoe € 39,7 miljoen zich verhoudt tot de claims. Wel geven de ter beschikking gestelde bescheiden blijk van verschillende waarderingen van de claims. In de bescheiden is een notitie aangetroffen van PoBR van oktober 2006 – derhalve na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst – waarin een bedrag van € 5,3 miljoen wordt gealloceerd als 'settlementskosten'. In de notitie wordt settlementskosten niet nader gespecificeerd.

De bedragen uit de vaststellingsovereenkomst zijn tot op heden niet afdoende onderbouwd middels een goedkeurende accountantsverklaring. Sommige van de geïnterviewden hebben aangegeven dat niet vreemd te vinden, omdat de aannemerscombinatie naar hun oordeel niet in staat zal zijn een onderbouwing te geven. Geen van de geïnterviewden meent zich te herinneren een dergelijke accountantsverklaring te hebben gezien. Tijdens het onderzoek is niet gebleken dat de directieleden – ondanks hun bezwaren – actief follow up hebben gegeven op het verkrijgen van de bedongen accountantsverklaring.

B.6 Beweegredenen voor het sluiten van de vaststellingsovereenkomst

Uit het onderzoek is gebleken dat ProRail de vaststellingsovereenkomst met de aannemerscombinatie heeft gesloten met het oogmerk de Betuweroute op 2 januari 2007 in dienst te kunnen stellen. Zulks is in een interview door de bestuursvoorzitter bevestigd. De overige betrokkenen hebben tevens te kennen gegeven dat de bestuursvoorzitter bij de schikking met de aannemerscombinatie in het belang van een tijdsindienststelling heeft gehandeld.

De bestuursvoorzitter gaf in een interview aan dat ProRail niet was geëquipeerd op de wijze waarop een van de aannemers omging met de ontstane problematiek. Volgens de bestuursvoorzitter ging het die aannemer alleen maar om zo veel mogelijk geld uit het project te halen. Persoonlijk gewin of andere niet-zuivere redenen zijn niet uit het onderzoek gebleken. De bestuursvoorzitter gaf verder aan dat arbitrage geen optie was, omdat alsdan de indienststelling op 2 januari 2007 zeker niet gehaald zou worden. Het vorenstaande lijkt de drijfveer te zijn geweest voor het sluiten van de vaststellingsovereenkomst.

Volgens de directeur uitvoering had de aannemerscombinatie op grond van het contract met ProRail een resultaatsverplichting ten aanzien van een tijdsindienststelling van de Betuweroute. Uit de bescheiden blijkt dat ook het Ministerie er zo over dacht. In de vaststellings-

overeenkomst is de oplevering door de aannemerscombinatie geformuleerd als een inspanningsverplichting.

De bestuursvoorzitter vond dat een resultaatsverplichting ten aanzien van de indienststelling de aannemerscombinatie zou verplichten tot het doen van het onhaalbare. Een resultaatsverplichting leek hem derhalve geen goed uitgangspunt voor het realiseren van de indienststelling op 2 januari 2007. De bestuursvoorzitter heeft verklaard dat zowel het Ministerie als de RvC van ProRail in dit kader op dezelfde lijn zaten als hij. Uit de ter beschikking gestelde bescheiden lijkt de DG RWS hier echter anders over te denken. Volgens de DG RWS had de bestuursvoorzitter – in afwijking van de afspraken uit een overleg tussen ProRail en het Ministerie op 20 september 2006 – verdere concessies gedaan ten gunste van de aannemerscombinatie. In het kader hiervan was de resultaatsverplichting van de aannemerscombinatie veranderd in een inspanningsverplichting, aldus de DG RWS.

Volgens de bestuursvoorzitter speelde bij de besluitvorming omtrent de schikking ook mee dat ProRail verder imagooverlies richting de samenleving en het departement wilde voorkomen. De tijdsdruk waarin één van de aannemers verkeerde met betrekking tot de presentatie van de halfjaarcijfers heeft volgens de bestuursvoorzitter een minder grote rol gespeeld bij de besluitvorming. De projectdirecteur heeft aangegeven dat de bestuursvoorzitter mogelijk de gedachte heeft gevolgd dat de argumenten en motiveringen niet tot een oplossing leidden en de feiten derhalve dienden te worden overstegen om tot overeenstemming te kunnen komen.

Zowel uit de bescheiden als uit de interviews blijkt dat lager in de organisatie bij ProRail principiële bezwaren bestonden tegen de schikking. Op het niveau van PoBR is ondubbelzinnig te kennen gegeven dat men het niet eens was met de schikking die op bestuursniveau was getroffen. Het belangrijkste bezwaar tegen de schikking was dat ProRail haar machtsmiddelen had weggegeven om een tijdige indienststelling te bewerkstelligen. Daarnaast werd de aannemerscombinatie middels de schikking beloond voor haar slechte presteren, aldus de betrokkenen. PoBR heeft dan ook afstand genomen van de schikking. De betrokken contractmanager van ProRail heeft een week na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst verzocht om te worden ontheven van zijn functie. De directeur uitvoering heeft verklaard te hebben overwogen op te stappen, maar het heeft gelaten bij een weigering verantwoordelijkheid te nemen voor de vaststellingsovereenkomst. Volgens hem was ook PoBR bereid de aannemerscombinatie een financiële tegemoetkoming te doen, als daarmee de geplande indienststelling zou worden gehaald. PoBR dacht destijds echter aan een financiële tegemoetkoming van ongeveer € 10 miljoen.

De projectdirecteur heeft aangegeven zich te hebben neergelegd bij het besluit van de bestuursvoorzitter, vanwege zijn loyaliteit aan ProRail. De bestuursvoorzitter was ten slotte de hoogste 'baas'. Ondanks de zwaarwegende bezwaren tegen de schikking heeft geen van de betrokken medewerkers of directeurs de door de bestuursvoorzitter gemaakte afspraken geëscaleerd naar de overige bestuursleden en/of naar andere stake-holders. Desgevraagd heeft de projectdirecteur aangegeven dat zulks niet in hem is opgekomen. Hij rapporteerde

rechtstreeks aan de bestuursvoorzitter, waarmee hij een goede verstandhouding had. Er bestond een onderlinge vertrouwensband.

De indienststelling van de Betuweroute op 2 januari 2007 werd niet gehaald. De uiteindelijke indienststelling vond op 16 juni 2007 plaats.