



STATEN VAN ARUBA			
Dag	17 APR. 2008		
Vers	80-60/SOF/S		
Par	M		

Postbus 1163 Oranjestad, Aruba

Aan de Voorzitter van de Staten van Aruba
Mevrouw drs M.G. Ras
L.G. Smith Blvd 72
Oranjestad

Havenstraat 2
Oranjestad
Aruba
Tel +297 521 4100
Fax +297 521 4190
om.aruba@setarnet.aw

Onderdeel	Procureur-Generaal
Contactpersoon	mr. N. Jörg
Doorkiesnummer(s)	33
E-mail	advocaat-generaal@omaruba.aw
Datum	17 april 2008
Ons kenmerk	577/2008
Onderwerp	Parlementair onderzoek naar aanbestedingen

Excellentie,

In het kader van de zogenaamde Fondo-strafzaak is het Openbaar Ministerie geconfronteerd geraakt met talrijke overtredingen van de Comptabiliteitsverordening, waarbij bovendien vaak valsheid in geschrift aan de orde was. Het Gerecht in Eerste Aanleg heeft op 11 maart 2008 vonnis gewezen en in een aantal gevallen een veroordeling uitgesproken. Zo is er ook een veroordeling uitgesproken voor het niet houden van een openbare aanbesteding waarbij bovendien een ministeriële beschikking ontbrak.

De Comptabiliteitsverordening 1989 bepaalt in artikel 25:

“Een werk, een levering of een dienstverrichting waarvan de geraamde kosten Afl. 100.000,- of meer bedragen, wordt slechts toegewezen, nadat daartoe een openbare aanbesteding heeft plaats gevonden.”

Artikel 26 bepaalt:

“Van het houden van een openbare aanbesteding kan bij beschikking van de betrokken minister in overeenstemming met de minister van Financiën worden afgezien indien:

- goede gronden doen verwachten, dat een openbare aanbesteding niet in het financiële belang van het Land zal zijn, of

- b. de aan het werk, de levering of de dienstverrichting te stellen bijzondere eisen niet tot hun recht zouden komen, of
- c. het werk van zodanige aard is, dat toezicht tijdens de keuring na de gereedmaking geen afdoende waarborg van deugdelijkheid verschaft, of
- d. een bijzondere aanbieding is ontvangen, waarvan de aanvaarding in het belang van het Land is.”

Het tweede lid bepaalt dat een onderhandse aanbesteding moet plaats vinden indien wordt afgezien van een openbare aanbesteding; het derde lid bepaalt dat indien het houden van een openbare of onderhandse aanbesteding niet mogelijk of ondoelmatig is, het werk uit de hand wordt gegund.

Het vierde lid bepaalt:

“Indien voor een werk, een levering of een dienstverrichting waarvoor de geraamde kosten Afl. 100.000,- of meer bedragen, geen openbare aanbesteding is gehouden, dient uit de ministeriële beschikking [van de betrokken minister in overeenstemming met de minister van Financien], te blijken, om welke redenen de gevolgde wijze van aanbesteding is gekozen.”

In zijn Jaarverslag 2001-2004 vestigt de Algemene Rekenkamer Aruba de aandacht onder meer op het volgende punt (p. 7):

“Het afwijken van de bepalingen ex artikel 25 (aanbestedingen) van de Comptabiliteitsverordening 1989 (CV 1989) komt regelmatig voor. In het verleden werd het afwijken van deze wettelijke bepalingen vaak niet vastgelegd bij ministeriële beschikking, zoals voorgeschreven in artikel 26 van de CV 1989. Hierin is een lichte verbetering opgetreden. Echter, het opmaken van een ministeriële beschikking geschiedt regelmatig achteraf, nadat de verplichtingen zijn aangegaan en in standaard bevoordingen. Vaak wordt — zonder nadere onderbouwing — het houden van een aanbesteding als ondoelmatig bestempeld of de ontvangst van een gunstige aanbieding of het bestaan van tijdsdruk als argument gebruikt om van het houden van openbare aanbestedingen af te zien. Dit is naar het oordeel van de Rekenkamer geen steekhoudend argument. Immers, in geval van het bestaan van tijdsdruk is hetzij in de planning, hetzij in de voortgangscntrole het een en ander misgelopen.”

Onderdeel 7.4 van het Jaarverslag werkt de naleving van de aanbestedings-

voorschriften nader uit (p. 82 e.v.). Tabel 22 geeft het aantal ministeriële beschikkingen per ministerie per jaar weer. Is dit in het laatste hele jaar van de regering-Eman (2000) het aantal van 72, in het overgangsjaar naar de regering-Oduber (2001) is het 48. Daarna loopt het aantal ministeriële beschikkingen op van 56 via 78 naar 115 in 2005. In totaal gaat het in de verslagperiode om 369 beschikkingen.

Tabel 23 geeft 13 motiveringen weer die worden gebruikt om af te zien van een openbare aanbesteding. In 6 gevallen is er geen motivering.

Tabel 24 bevat een weergave van de zoektocht van de Rekenkamer naar een antwoord op de vraag of de ministeriële beschikkingen voldoen aan de vier eisen die de Rekenkamer aan de wet ontleent. In het kader van de onderhavige brief is de rubriek "Duidelijke omschrijving van het project" relevant, aangezien dit terugslaat op het voldoen aan de wettelijke eis, op p. 84 onder c:

"Is de gegeven motivering in de ministeriële beschikkingen, opgesteld in verband met het afzien van een openbare aanbesteding, onderbouwd?"

Slechts in 102 van de in totaal 369 ministeriële beschikkingen is sprake van een onderbouwing. De Rekenkamer formuleert het als volgt:

"De onderbouwing van de motivering is niet toereikend indien een aanbesteding onder andere als ondoelmatig wordt bestempeld en deze stelling met een standaardtekst wordt onderbouwd, hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij rechtszaken. De vermelding van de ontvangst van een voordelige of bijzondere aanbieding of van het bestaan van een specifieke deskundigheid bij de geselecteerde leverancier is evenmin toereikend indien niet nader wordt toegelicht hoe tot dat oordeel is gekomen."

Het standpunt van de Algemene Rekenkamer Aruba kan als volgt worden samengevat: de wet biedt vier uitzonderingen op de verplichting tot openbare aanbesteding. Waarom een uitzondering aan de orde is moet worden gemotiveerd. De door de wet geëiste motivering kan niet bestaan uit een herhaling van de wettekst of equivalente bewoordingen.

Dat standpunt komt ons juist voor. Het belang waar het OM voor staat, is dat het niet verschaffen van een (behoorlijke) motivering als zodanig een overtreding van de Comptabiliteitswet kan zijn, strafbaar gesteld in art. 372a en 372b van het Wetboek van Strafrecht, en het verschaffen van een onjuiste motivering valsheid in geschrift kan opleveren.

Het Openbaar Ministerie is van verschillende kanten geattendeerd op de vroegere, maar ook op de voortgaande praktijk van grote aantallen ministeriële beschikkingen tot het afzien van openbare aanbestedingen. Zowel uit een oogpunt van de mogelijkheid van benadeling van 's Lands kas, als uit een oogpunt van de mogelijkheid van oneerlijke concurrentie, uit een oogpunt van transparantie van het overheidsbeleid inzake de gunning van werken, leveringen en dienstverrichtingen alsmede uit een oogpunt van de mogelijkheid van ongewenste bijverschijnselen — die gepaard kunnen gaan met het afzien van openbare aanbestedingen — ware deze praktijk tot het uiterste terug te dringen.

In het kader van het onderzoek in de zogenaamde Namdar-zaak is het OM op zoek (gegaan) naar ministeriële besluiten tot het afzien van openbare aanbesteding. Als “bijvangst” is het OM daarbij gestuit op ongeveer 270 ministeriële besluiten uit de periode 2005-2007. Vastgesteld werd dat ministeriële besluiten als hier bedoeld in verschillende categorieën kunnen worden ingedeeld, waaronder een categorie waarbij het afzien van openbare aanbesteding niet eerst werd gevolgd door een onderhandse aanbesteding, maar direct door een aanbesteding uit de hand, zoals voorzien in het derde lid. Ook werd vastgesteld dat in ongeveer 20% van de gevallen weinig feitelijke onderbouwing werd gegeven voor de toepassing van een van de wettelijke uitzonderingen. Waargenomen werden ministeriële beschikkingen waarin geen bedrag werd vermeld. In ongeveer 50% van de ministeriële besluiten over dezelfde dienstverrichting werd zonder uitzondering dezelfde motivering gebruikt. In een aantal gevallen wekte de motivering van spoedeisendheid enige bevreemding aangezien de besteding betrekking had op een jaarlijks terugkerende activiteit. Bevreemding wekte ook dat voor twee identieke gevallen een beroep gedaan werd op de bijzondere kwaliteiten van één aanbieder, twee andere aanbieders over dezelfde kwaliteiten beschikten, maar niet werden uitgenodigd te offeren.

Hoe dan ook komt uit dit onderzoek naar voren dat de praktijk van uitzonderingen op de aanbestedingsregels van de Comptabiliteitsverordening niet aan het afnemen is en dat de onderbouwing voor het maken van een uitzondering niet zelden ontbreekt. Het beeld dat de Rekenkamer voor de jaren 2001-2004 heeft geschetst is op dit laatste punt sterk verbeterd, maar niet voldoende. Een ruwe schatting onzerzijds is dat in 5% van de gevallen aanleiding bestaat voor een nader onderzoek naar de juistheid van de gegeven onderbouwing; dit, naast de 20% waarin voldoende onderbouwing achterwege is gebleven, en het grote percentage identieke motiveringen voor een specifieke categorie dienstverrichtingen.

De Comptabiliteitsverordening heeft openbare aanbesteding waarmee grote bedragen zijn gemoeid als uitgangspunt. Elk geval van afzien van een openbare aanbesteding draagt in zich de mogelijkheid van ongewenste bijverschijnselen.

Op dit moment heeft het Openbaar Ministerie geen aanwijzingen die een verkennend onderzoek door de Landsrecherche rechtvaardigen. In de eerste plaats is het afzien van de voorgeschreven aanbesteding een door de wet gedekte mogelijkheid en wijst een tekortschietende motivering of onderbouwing op zichzelf nog niet op strafbaar handelen. In de tweede plaats is er het beleid van het OM inzake het ministerieel ambtsmisdrijf van art. 372a en 372b van het Wetboek van Strafrecht. Dit beleid houdt in dat in beginsel geen vervolging wordt aangevangen indien het ambtsmisdrijf niet gepaard is gegaan met een algemeen misdrijf. Wat geldt voor de vervolging geldt in zekere zin ook voor de opsporing: zonder aanwijzingen van een algemeen delict wordt een beweerd ambtsmisdrijf in beginsel niet in onderzoek genomen.

Niettemin baart de voortgaande praktijk het OM bepaald wel zorgen.

Daar komt bij dat bij huiszoeken die zijn gedaan in het kader van het Fondo-onderzoek contracten met het Land met een waarde boven Afl. 100.000 boven water zijn gekomen die niet middels een ministeriële beschikking traceerbaar waren. Met de mogelijkheid van een "dark number" moet dan ook rekening worden gehouden. Tot zo een dark number kan ook gerekend worden een niet-traceerbaar contract met een totale waarde van meer dan Afl. 100.000,- waarvan de termijnen een waarde onder de Afl. 100.000 hebben en zodoende voor onderhandse aanbesteding — of nog minder — in aanmerking schijnen te komen, maar in werkelijkheid niet.

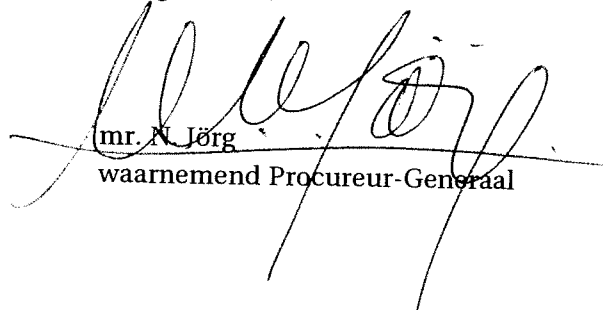
Het Openbaar Ministerie meent dan ook dat de Staten naar deze praktijk een onderzoek zouden dienen in te stellen. Het zijn immers in de eerste plaats de Staten die moeten toezien op de zuivere uitoefening van de bevoegdheden die aan de ministers zijn toebedeeld door de Comptabiliteitsverordening. Tegen een dergelijk onderzoek kan men moeilijk bezwaar hebben uit een oogpunt van zuinige besteding van overheidsgelden, van eerlijke concurrentie, van transparantie van het overheidsbeleid inzake de gunning van werken, leveringen en dienstverrichtingen, en van het tegengaan van ongewenste bijverschijnselen. Dit is een typische Statentaak, waarvan ik U uitnodig deze aan de Staten voor te leggen.

Het onderzoek dat ik mij voorstel zou dienen in te houden dat het volgende in kaart wordt gebracht:

- de totale omvang van het verschijnsel van uitzonderingen op de aanbestedingsregels van de Comptabiliteitsverordening (dus inclusief het dark number);
- de totale waarde van de werken, leveringen en dienstverrichtingen waarop deze uitzonderingen betrekking hebben, en de verhouding hiervan tot de totale uitgaven van het Land;
- in welke mate het afzien van openbare aanbesteding daadwerkelijk wordt gevolgd door onderhandse aanbesteding;
- in welke mate van onderhandse aanbesteding wordt afgezien en werken, leveringen en dienstverrichtingen uit de hand worden gegund;
- de (mate van) naleving van het voorschrift dat de redenen worden opgegeven waarom van openbare aanbesteding is afgezien (de onderbouwing);
- de juistheid van de gegeven onderbouwing, of, indien niet gegeven, de juistheid van de beslissing tot het afzien van openbare aanbesteding;
- de onderbouwing van de onmogelijkheid of ondoelmatigheid van onderhandse aanbesteding;
- de juistheid van deze onderbouwing, of, indien niet gegeven, de juistheid van de beslissing tot gunning uit de hand.

Gaarne verneem ik van U welke stappen de Staten in dezen gaan nemen.

Hoogachtend,


mr. N. Jörg
waarnemend Procureur-Generaal