

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

Retour naar correspondentieadres: Keizersgracht 62, 1015 CS Amsterdam

AANGETEKEND

Datum: 14 februari 2019
Inzake: Beroep Projectplan Markermeerdijken
Ons kenmerk: 181487

Uw kenmerk: 201810151/1/R1 (beroep) en 201810151/2/R1 (vovo)
E-mail: helpdesk@habitatconnect.nl
Tel.nr: 088-2400700

EERSTE AANVULLING BEROEPSCHRIFT inzake de gecoördineerde besluiten van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland inzake:

1. De goedkeuring van het Projectplan Waterwet Versterking Markermeerdijken en het MER;
2. De omgevingsvergunning en ‘verklaring van geen bedenkingen’ betreffende het handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening, het wijzigen van een provinciaal monument en het vellen van een houtopstand;
3. De vergunning gebiedsbescherming (Natura 2000-gebieden);
4. De ontheffing soortenbescherming (Flora en fauna).

1

ter inzage gelegd met ingang van 14 november 2018 tot en met 27 december 2018.
(Kennisgeving Staatscourant 2018 nr. 63297, Crisis- en herstelwet)

Geacht college,

Als advocaat/gemachtigde van de in [bijlage 1](#), beroepschrift, opgenomen groep organisaties en personen, stellen wij beroep in tegen de boven aangehaalde besluiten. Ter aanvulling en nadere toelichting geldt het volgende.

De bijlagen bij deze aanvulling zijn doorlopend genummerd ten opzichte van het beroepschrift.

Onderwerpen die worden aangevuld in deze eerste aanvulling

- De begrenzing van de bevoegdheid van HHNK als waterkeringbeheerder
- A.2 De publiek-private samenwerking
- A.3 Toetsing veiligheidsopgave
- A.4 Innovatieve alternatieve oplossingen
- A.6.4 De (bewezen) binnenwaartse stabiliteit van de Markermeerdijken

Indien tegenstrijdigheden zouden worden geconstateerd tussen de tekst in het beroepschrift en de tekst van deze aanvulling, dan geldt de tekst van de aanvulling als een actualisering van de tekst in het beroepschrift.

De begrenzing van de beheerbevoegdheid van HHNK als waterkeringbeheerder

Voor de goede orde zij opgemerkt dat de bevoegdheid van het bestuursorgaan ambtshalve door uw Afdeling behoort te worden getoetst.

Ingevolge artikel 5.1, Waterwet, dient de keringbeheerder een legger vast te stellen, waarin is omschreven waaraan waterstaatswerken naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen. Bovendien behoort een overzichtskaart deel uit te maken van de legger. Uit de legger worden de normatieve toestand en beheergrenzen van waterstaatswerken afgeleid en daarmee is de juridische begrenzing van het waterstaatswerk vastgelegd.

De juridische begrenzing in de legger is bepalend voor de (begrenzing van de) uitoefening van bevoegdheden die de beheerder ten aanzien van de waterstaatswerken heeft, zoals een gestelde dijkversterkingsopgave. De vaststelling van de legger is zelfstandig appellabel.

(Volgens onder meer Rb. Leeuwarden 18 april 2005, LJN AT4192, Kamerstukken II 2006/07,30818, nr. 3, p. 39 en Kamerstukken I 2007/08, 30818, nr. C, p. 14 en 29, F.A.G. Groothuijse, *Water Weren*, proefschrift, paragraaf 5.2, pagina 131, 2009.)

De Projectplanverplichting geldt volgens de memorie van toelichting bij de totstandkoming van de Waterwet uitsluitend voor dijkversterkingen die tot gevolg hebben dat wijziging wordt aangebracht in de normatieve toestand (richting, vorm, afmeting of constructie), zoals die is vastgelegd in de legger.

3

(Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. C, p. 14 en Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 103)

Het bestreden Projectplan voorziet niet alleen in het onderhoud van het bestaande dijkprofiel overeenkomstig de bestaande legger, maar wijzigt de ligging, vorm, afmeting en constructie van de waterkering over het gehele dijktraject, althans grote delen daarvan. In ieder geval vanwege geplande asverschuivingen en het uitbreiden van de bestaande waterkering met oeverdijken als onderdeel van het nieuwe dijkprofiel. Ingevolge artikel 5.4, eerste lid, Waterwet, dient in dat geval een Projectplan te worden vastgesteld.

Voor zover daarbij wordt afgeweken van de bestaande beschermingszone in de legger, is het Projectplan vastgesteld en goedgekeurd in strijd met het recht. Bovendien is de bevoegdheid van HHNK als keringbeheerder tot het vaststellen van een Projectplan voor de dijkversterking gekoppeld aan de bestaande begrenzings overeenkomstig de legger.

Een en ander klemt omdat in het Projectplan de dijkversterkingsopgave juridisch niet is begrensd en is vastgelegd op de ligging, vorm, afmeting en constructie van de waterkering. Zodoende kunnen de (uiteindelijke) feitelijke gevolgen van het besluit voor de bestaande omgeving niet worden getoetst, voorzover deze ingrepen en dus gevolgen afwijken van het goedgekeurde Projectplan. Anders gezegd, nu een dergelijke juridische begrenzing van de effecten van het besluit lijkt te ontbreken, is rechtsonzeker voor appellanten welke feitelijke ingreep uiteindelijk na de goedkeuring van het Projectplan zal worden uitgevoerd en met welke gevolgen voor de bestaande ruimtelijke – en omgevingswaarden.

Uit paragraaf 6.3, derde alinea, Projectplan, blijkt dat een nieuw leggerbesluit in procedure wordt gebracht nadat de versterking is gerealiseerd en daarmee de definitieve vorm, ligging, afmeting en constructie van de primaire kering en de daarbij behorende (beschermingszones) worden vastgelegd. Bovendien is in deze paragraaf aangekondigd dat, daar waar oeverdijken worden aangelegd, de status van de bestaande dijk als primaire waterkering zal worden afgewaardeerd naar een regionale waterkering.

Niet is onderkend dat bij een latere vaststelling van een gewijzigde legger, de beschermingsdoelstelling van de legger te niet is gegaan, voor zover sprake is van afwijkingen ten opzichte van de geldende legger.

Bovendien is het verleggen van de primaire waterkering met oeverdijken en het vervolgens door HHNK afwaarderen van de bestaande betreffende dijktrajecten in strijd met de geografische plaatsbepaling van primaire waterkeringen in Bijlage 1 en Bijlage 1A juncto artikel 1.3, eerste en tweede lid, Waterwet, althans de concrete begrenzing daarvan in de legger.

De wijziging van de legger overeenkomstig de geplande dijkversterking is geen onderdeel gemaakt van de gecoördineerde besluitvorming, terwijl sprake is van een onlosmakelijke samenhang tussen de concrete beschermingsdoelstelling van de legger en de wijziging van de waterkering ten opzichte van de legger.

Wijzigingen in de aanpak na de vaststelling van het Projectplan

In paragraaf 4.7, Projectplan, is aangegeven dat bij de realisatie van de versterking onder voorwaarden mag worden afgeweken van het ontwerp, maar ten aanzien van deze wijzigingsmogelijkheden staat na de planvaststelling geen inspraak en rechtsbescherming meer open. Vergelijk in dat verband flexibiliteitsbepalingen in een bestemmingsplanregeling, waarbij binnen de gestelde begrenzing door het bevoegde gezag binnenplannen kan worden afgeweken met een appellabel besluit. De gestelde voorwaarde genoemd onder punt 5 is in ieder geval als een open norm geformuleerd, maar ook de toetsing aan de punten 1 t/m 4 kan tot debat leiden.

4

Bij de vaststelling en goedkeuring van het Projectplan is, mede gelet op het voorgaande en het gestelde in paragraaf 6.3, expliciet gekozen voor het behoud van vrijheid bij de verdere feitelijke uitvoering van de dijkversterking. Inderdaad blijkt inmiddels - als voorbeeld zonder volledig te kunnen zijn - dat ook na de vaststelling van het Projectplan door het college van hoofdingelanden van HHNK op 19 september 2018, een nieuwe, ingrijpende uitvoering in de vorm van het toepassen van damwanden bij Uitdam aan de orde is. Bovendien - in dit specifieke geval - ook nog in afwijking van het advies van de Deltacommissaris.

Conclusies

De wijziging van de legger hangt, gelet op het voorgaande betoog, zodanig samen met de vaststelling van de inhoud van dit Projectplan, dat de wijziging van de legger uiterlijk bij de vaststelling van het Projectplan had moeten worden vastgesteld. Bovendien was dan geborgd geweest welke ingrepen en begrenzing, alsmede de gevolgen daarvan, onderdeel zijn van de besluitvorming en voorbereiding daarvan.

Ook staat rechtsbescherming open tegen het toepassen van 'flexibiliteit' bij de uitvoering van het Projectplan. Onder deze omstandigheden had GS het vastgestelde Projectplan niet mogen goedkeuren.

De geldende drie leggers op het dijktraject gaan hierbij als [bijlage 9](#).

A.2 De publiek-private samenwerking

Appellanten hebben in het beroepschrift gesteld dat HHNK zich kennelijk met objectief onvoldoende bestuurlijke afwegingsruimte als contractuele partij heeft verbonden in de alliantie-overeenkomst, na een aanbestedingsprocedure in een vroeg stadium van het proces. Met als gevolg dat de inspraak feitelijk niet meer volwaardig functioneerde. Althans, het is niet transparant toetsbaar voor appellanten op welke wijze de publiekrechtelijke belangenafweging door HHNK functioneerde als publiekrechtelijk bevoegd gezag, in de context van de juridische vormgeving van de publiek-private samenwerking in dit specifieke geval.

Het functioneren van inspraak is rechtstreeks verbonden met het aanbestedingsrecht en de gekozen alliantie-contractvorm. Bij de uitvoering van een dijkversterking - zoals de onderhavige - bestaat de mogelijkheid om het effect van de dijkversterking op de omgeving groot te laten zijn (asverschuiving, afgraven, damwanden, 'strakke' profielen) of bestaande waarden juist te beschermen met technische middelen of oplossingen op het watersysteemniveau van IJsselmeer en Markermeer zoveel mogelijk te mitigeren vanuit het behoud van de bestaande dijk en daaraan verbonden waarden (verankering, pompen, vooroeverbestorting).

Het functioneren van de inspraak en daaraan verbonden rechtsbescherming waarvan appellanten gebruik maken, ziet precies op deze afwegingen en is wettelijk gezien het doel van de inspraak.

Maar de publiekrechtelijke afwegingen zijn gemaakt binnen de juridische en commerciële vormgeving van deze bijzondere PPS-constructie tussen HHNK als publiekrechtelijk bestuursorgaan/waterkeringbeheerder en de betrokken private partijen. Het was voor appellanten zeer opvallend dat na het gunnen van de aanbesteding de houding van HHNK jegens burgerparticipatie veranderde naar een inerte, gesloten opstelling. Dat veranderde niet meer tijdens de behandeling van de formeel ingediende zienwijzen inzake het ontwerp-Projectplan.

6

De aanbesteding en de alliantie-overeenkomst

Afspraken in een PPS kunnen zelden of nooit tot een resultaatsverplichting aan de zijde van de overheid leiden. Zou dat wel zo zijn, dan zouden de uitkomsten van de publiekrechtelijke bevoegdhedenaanwendungen op voorhand worden vastgelegd, hetgeen zich niet verdraagt met het karakter van die bevoegdheden. Dat betekent echter niet, dat de positie van derdenbelanghebbenden bij PPS-overeenkomsten niet in het gedrang kan komen. (Vroeg)tijdige beïnvloedingsmogelijkheden voor derdenbelanghebbenden zijn dan wenselijk.

P.J.J. van Buuren et al, Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, negende druk, Kluwer, 2014, pagina 250.

Appellanten wijzen er in dit specifieke geval op dat de inzet door HHNK van het samenstel van een vroegtijdige aanbesteding, gecombineerd met een alliantie-contractvorm juridisch en in de feitelijke organisatie van de samenwerking tussen HHNK als overheidsinstantie en de betrokken private partijen duidelijk tot resultaatsverplichtingen leidt jegens de private partijen in de alliantie-overeenkomst. Bovendien lijken alle partijen in deze samenwerking juridisch aan elkaar geklonken zijn, met uitdrukkelijk een gezamenlijk commercieel doel.

Het functioneren van de bestuursrechtelijke discretionaire bevoegdheid lijkt, als gevolg van de – combinatie van – deze gekozen aanbestedingsopzet en de specifieke civielrechtelijke contractvorm – onhoudbaar ingeperkt te zijn, althans ingezet te zijn voor ‘eigen’ privaatrechtelijke doeleinden. Ter nadere toelichting geldt het volgende.

Voor de realisatie van de Markermeerdijken is gekozen voor een betrekkelijk nieuwe contractvorm in het bouwcontractenrecht: de alliantie-overeenkomst. Kenmerkend voor dit model is dat de opdrachtgever – anders dan bij het geïntegreerde contract – zich niet terugtrekt als opdrachtgever, maar juist een nauwe samenwerking met de opdrachtnemende private partijen aangaat.

Daartoe richten beide partijen een samenwerking op, de ‘alliantie’, waarin beide partijen delen in de risico's die een werk met zich brengt alsmede in de kansen. Naar keuze van de partijen wordt de samenwerking wel of niet in een aparte rechtspersoon vormgegeven. Voor zover bekend is er geen Afdelingsjurisprudentie beschikbaar over dit onderwerp.

Een overzichtelijke beschrijving van de alliantie-contractvorm is beschreven in een publicatie van het Instituut voor Bouwrecht te Den Haag onder redactie van prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw* (3^e druk), hoofdstuk 9 *De alliantieovereenkomst*, 2012.

U dient het extract ‘hoofdstuk 9’, dat betrekking heeft op de beschrijving van de alliantieovereenkomst, te beschouwen als hier herhaald en ingelast.

Het extract gaat hierbij als **bijlage 10**.

7

Essentiële uitgangspunten bij een alliantie-samenwerking

Uitgangspunten die in het aangehaalde aanbestedingsdocument zijn opgenomen en de bestuursrechtelijk noodzakelijke (af)(be)wegingsvrijheid van HHNK afzonderlijk en in onderlinge samenhang raken, zijn de volgende.

a. Besluitvorming zal altijd bij unanimititeit plaatsvinden.

Unanimititeit vormt de kern van de alliantie-opzet, als zijnde een gezamenlijke verantwoordelijkheid tussen de publieke en private partij(en) en is daarom essentieel voor de werking van de beoogde alliantie-samenwerking.

b. Winst en verlies worden 50/50 tussen partijen gedeeld.

Sprake lijkt te zijn van een volledige projectalliantie. Het bestuur van HHNK wordt gemakkelijk als overheidsorgaan ‘meegetrokken’ in de winstmaximalisering aan de zijde van de private partij als uitgangspunt voor te maken (belangen)afwegingen.

Immers, er zal druk ontstaan binnen de alliantie om keuzes te maken die leiden tot een optimaal financieel resultaat, het uitdrukkelijke doel van de aanbesteding voor de private partij. Het financiële belang van de private partij kan daardoor gemakkelijk doorslaggevend blijken te zijn bij het maken van keuzes met een publiekrechtelijk afwegingscomponent. De interne druk op de overheidsdeelnemer die kan ontstaan is uitstekend voorstelbaar.

Bovendien deelt het bestuur van HHNK 50/50 mee in de te genereren winst en de bonus/malusregeling ingevolge de Regeling bijzondere subsidies waterkeren en waterbeheren, met als uiteindelijk gevolg dat ook HHNK als een op winst gerichte partij zal moeten acteren om de private partijen aan wie de aanbesteding is gegund, niet te kort te doen en daar dus haar besluiten op zal baseren.

In hoeverre gegeneerde winst door HHNK moet worden verrekend met de ontvangen subsidiëring is niet bekend, mede gelet op het geldende niet-subsidiabele deel van 10% van de projectkosten. Het niet-subsidiabele deel betreft in dit geval bij een projectbudget van 500 miljoen, een bedrag van 50 miljoen dat ten laste komt van de waterkeringbeheerder.

Gebleken is na het indienen van het WOB-verzoek, dat de subsidiebeschikking onder geheimhouding is gebracht, althans niet is overlegd. Zodoende kan niet worden geverifieerd in welke mate feitelijk sprake is van een financieel belang aan de zijde van HHNK bij de belangenafweging.

In het kader van het unanimititeitsvereiste bij besluitvorming over oplossingen, zal daarom de drempel laag (kunnen) zijn om onduidelijk mee te bewegen met het winst oogmerk van de private partij(en) binnen de alliantie. In dat geval staat het functioneren van de publiekrechtelijke belangenafweging duidelijk onder druk.

c. Inhoudelijke en financiële contractsomvang

Op basis van de overeengekomen uitgangspunten in het aanbestedingstraject is het ontwerp (conform de geldende leidraden en technische rapporten) gecontracteerd en dient het project te worden opgeleverd. Daarbij mogen de private partij(en) rekening houden met een contractsomvang van naar verluidt € 350 - € 500 miljoen.

Uiteraard had het bestuur van HHNK als aanbestedende dienst ervoor kunnen kiezen een uitvraag/aanbesteding te doen op basis van het gewenste doel: pleeg zodanige ingrepen zodat er tegen zo laag mogelijke kosten wordt voldaan aan de veiligheidsnorm, met als belangrijkste randvoorwaarde het verkrijgen van een zo groot mogelijk maatschappelijk draagvlak. Daarvoor is echter niet gekozen. Uitdrukkelijk is het bestuur van HHNK met een eigen basis ontwerp gekomen en heeft dat in de markt gezet. Zodoende werden andere alternatieven bij voorbaat uitgesloten, althans door de werking van het geldende aanbestedingsrecht voorzien van een zeer hoge wijzigingsdrempel vanwege een heraanbestedingsverplichting wanneer dit ontwerp wezenlijk zou worden gewijzigd. Marktpartijen hebben het voorlopig ontwerp (VOPP) afgeprijsd en mochten er vervolgens dan ook van uitgaan dat deze opgave een bepaalde omvang had. Deze omvang is ook in de alliantie-overeenkomst opgenomen.

Gelet op het geldende aanbestedingsrecht ligt voor de Aanbesteder, het bestuur van HHNK, en de private partij(en) die de aanbesteding hebben gewonnen, het inhoudelijke ontwerp van de beoogde dijkversterking dus reeds vast in het Voorlopig ontwerp Projectplan (VOPP).

Deze vastlegging kwam echter al in 2014, ruim voorafgaand aan de terinzagelegging van het ontwerp-Projectplan Dijkversterking Markermeerdijken en daarmee de start van de formele inspraak. Met als gevolg dat de waarde van de inspraak onhoudbaar werd gemarginaliseerd tot slechts wat ‘fine-tuning’ van de geplande dijkversterking. Dat is ook precies wat appellanten hebben ervaren in de contacten met de alliantie en de beantwoording van de zienswijzen na de terinzagelegging van het ontwerp-Projectplan.

Ingrijpende wijziging van de aanbestedingsopdracht - een ‘wezenlijke wijziging’ - vergt vervolgens een heraanbesteding, schadeloosstelling aan de private partij(en) aan wie de aanbesteding was gegund en een verlenging van de doorlooptijd. Ook ten aanzien van de wijziging van de aanbestedingsopdracht is de drempel voor het bestuur van HHNK dus hoog te achten, om, vanuit de inspraak beschikbaar gekomen, ingrijpende alternatieven door te voeren.

Heraanbesteding is aan de orde wanneer de aard van de wijziging zodanig wezenlijk is dat andere marktpartijen potentieel economisch kunnen worden benadeeld. Een wezenlijk wijziging van de aanbestedingsopdracht kan er immers toe leiden dat andere marktpartijen kunnen en willen meedingen.

Het functioneren van het alliantie-contract Alliantie Markermeerdijken

Het alliantie-contract dat is gesloten binnen de Alliantie Markermeerdijken is eveneens geheim gehouden, met als gevolg dat het juridisch en feitelijk functioneren van HHNK, als zelfstandig bevoegd overheidsorgaan tot het vaststellen van een Projectplan en partij binnen de alliantie-overeenkomst, niet getoetst kan worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals onder meer is opgenomen in de artikelen 3:2 t/m 3:4, Awb.

9

Deze toetsing kan niet worden gemist, gelet op de inhoud van de aanbestedingsstukken.

Uit het openbare stuk “Beschrijvend document Selectiefase BD-1 voor de Europese aanbesteding van het Project: Alliantie- Overeenkomst Markermeerdijken Datum Registratienummer 14.52970 **(bijlage 5, beroepsschrift)** valt wel het een en ander op te maken over de inhoud van de Alliantie-overeenkomst Markermeerdijken. De in de aanbestedingsstukken opgenomen uitgangspunten van het Alliantie-contract Markermeerdijken lijken niet af te wijken van hetgeen gebruikelijk is en in de literatuur is beschreven.

Het wijzigen van een aanbesteding

In het licht van een functionerende inspraak is relevant in hoeverre wijziging van de aanbesteding nog mogelijk is. Aanbestedingstechnisch gezien is wijziging altijd mogelijk, maar als sprake is van een wezenlijke wijziging, dan dient een heraanbesteding te volgen. Voor de goede orde, appellanten doelen met de gronden van het beroep niet op het functioneren van de aanbesteding, maar op het functioneren van de inspraak.

Aannemelijk is dat inspraakreacties die in de publiekrechtelijke belangenafweging potentieel kunnen leiden tot een wezenlijke wijziging in de gegunde aanbesteding, feitelijk – onduidelijke - drempels opleveren in het adequaat functioneren van de formele inspraak.

Op de overheidswebsite PianOo, expertisebureau aanbesteding, is een wezenlijke wijziging nader gedeut:

Citaat:

Een wijziging is wezenlijk als daardoor de kring van potentiële gegadigden wordt vergroot. Dit is aan de orde als verwacht mag worden dat door de wijzigingen andere bedrijven dan de oorspronkelijke inschrijvers zich zouden hebben ingeschreven of zich nog zullen inschrijven. Zaken als geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria mag de aanbestedende dienst niet meer aanpassen zonder een nieuwe termijn te bieden dan wel de procedure af te breken en een gewijzigde opdracht aan te besteden. (...) Na de uiterlijke termijn van indiening leidt een wezenlijke wijziging in beginsel tot een heraanbesteding.

Als wezenlijk merkt de Aanbestedingswet 2012 aan:

- een wijziging van de opdracht die er toe leidt dat de opdracht materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht;*
- de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van of gunning aan andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken;*
- wijzigingen die het economisch evenwicht van de opdracht verleggen ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht;*
- de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht;*
- als een nieuwe opdrachtnemer in de plaats komt van de oorspronkelijke opdrachtnemer zonder dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 2.163f (zie: vervanging van de opdrachtnemer hieronder).*

Eind citaat.

Een drietal willekeurig gekozen duidelijke voorbeelden illustreren alternatieven die door verschillende appellanten zijn aangedragen in zienswijzen, waarbij is verzocht om de bestaande waarden nadrukkelijk tot uitgangspunt te nemen van het ontwerp van de dijkversterking.

Deze zienswijzen leveren wezenlijke wijzigingen op in de gegunde aanbesteding. In een aanbesteding voorafgaand aan de formele zienswijzenfase worden deze zienswijzen, gelet op het geldende aanbestedingsrecht en de alliantie-contractvorm, functioneert de inspraak niet meer, gelet op potentieel grote gevolgen voor de lopende uitvoering van de aanbesteding.

In een dergelijke aanbesteding ná de vaststelling van het Projectplan kan de inbreng wel tijdig volwaardig worden afgewogen op een moment 'dat alle opties open zijn' en (dus) doeltreffende inspraak kan plaatsvinden.

Voorbeeld 1: Een minder robuust ontwerp van het Projectplan uitvoeren op een tijdhorizon tot 2050, wanneer waterveiligheidsbeleid is ontwikkeld voor de jaren daarna.

Voorbeeld 2: Het op rijksniveau versneld realiseren van pompen in de Houtribdijk (Plan Spaargaren). Gecombineerd met een vooroeverbestorting en het uitvoeren van achterstallig

onderhoud op het dijktraject, tegen circa 20-30% van de waarde de nu gegunde aanbestedingsopdracht en circa 50% met inbegrip van de kosten van pompen.

Voorbeeld 3: Het – eveneens vanuit de focus van het behoud van bestaande waarden - grootschalig toepassen van JLD-dijkverankeringen, in plaats van asverschuivingen, vergraving van waardevolle dijksecties en het aanbrengen van omvangrijke zandlichamen. Boskalis is met name groot in grondverzet en is dan waarschijnlijk geen aangewezen partij. In wezen komt het neer op een verplichting om een nieuwe aanbesteding in de markt te zetten.

Conclusies

Formele inspraak in de fase van de ter inzagelegging van het ontwerp-Projectplan is, gelet op het voorgaande betoog, in dit geval onduldbaar beperkt tot slechts een functie als ‘stofkam’.

De uitgevoerde aanbesteding in de combinatie met de alliantie-contractvorm heeft er kennelijk toe geleid dat de inspraak inzake het ontwerp-Projectplan niet tijdig en bestuursrechtelijk volwaardig kon worden afgewogen op een moment ‘dat alle opties open zijn’. Het geldende aanbestedingsrecht en de ratio en inhoud van de alliantiecontractvorm beletten een vrije publiekrechtelijke belangenafweging.

En dat (dus) zodoende doeltreffende inspraak niet meer kon plaatsvinden in de zienswijzefase, voor zover het betrof inbreng van appellanten die potentieel kon leiden tot wezenlijke wijzigingen. Althans sprake is van een niet-transparante bestuursrechtelijke belangenafweging op grond van de ingezonden zienswijzen, nu HHNK contractueel bindend als partij binnen een alliantie-contract moet functioneren en de inhoud van het alliantiecontract geheim gehouden is.

A.3 Toetsing veiligheidsopgave

Gelet op de gang van zaken bij de totstandkoming, vaststelling en goedkeuring van het bestreden Projectplan is door een gezaghebbende vertegenwoordiging uit de waterveiligheidsbranche, op maandag 21 januari 2019 een brandbrief toegezonden aan de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de Vaste Commissie voor Infrastructuur en Waterstaat Tweede kamer.

De brief is op persoonlijk initiatief opgesteld en verzonden door:

Prof. dr. ir. M. Kok, Hoogleraar Waterveiligheid, TU Delft;

Prof. ir. drs. J.K. Vrijling, emeritus Hoogleraar Waterbouwkunde, TU Delft;

Ir. F. Spaargaren, gepensioneerd; onder meer voormalig Hoofd Bouwbureau Oosterscheldewerken bij Rijkswaterstaat-Deltadienst, verantwoordelijk voor het ontwerp en bouw van de Oosterscheldekering, Hoofd corporate strategy Volker Stevin Groep, voorzitter Raad van Bestuur DHV Group en Algemeen Directeur Waterloopkundig Laboratorium te Delft.

De essentie van de brief is gelegen in de met redenen omklede vaststelling door de ondertekenaars, dat sprake is van een zeer uit de hand gelopen dijkversterkingsproject, met alle vermijdbare kosten en schade van dien voor bestaande landschaps-, natuur- en cultuurwaarden.

U dient de inhoud van deze brief met bijlage te beschouwen als hier herhaald en ingelast als aanvulling op het beroepschrift.

12

De open brief gaat hierbij als [bijlage 11](#).

Rekenmodel Hydra Zoet

In paragraaf 2.4, Projectplan, is de doelstelling en uitgangspunt opgenomen dat gedurende een planperiode van 50 jaar (tot 2071) zal worden voldaan aan de wettelijke veiligheidseisen. In het ontwerp is rekening gehouden met toekomstige ontwikkelingen, onder andere door een toeslag op de ontwerpwaterstand door klimaateffecten en bodemdaling.

Het maatgevend meerpeil betreft de situatie 2071. De berekening met Hydra Zoet levert een stand op van N.A.P. + 0,70 m. Volgens de huidige regels wordt dat verhoogd met een onzekerheidstoeslag van 0,40 m. Op zichzelf is de combinatie met windkracht 4/5 correct. Het cruciale probleem is echter dat extrapolatie naar 2071 niet mogelijk is, omdat onbekend is welk peilbeheer na 2050 op het IJsselmeer zal gelden. Ook voor het oude beoordelingsinstrumentarium geldt hetzelfde. Zie hierover verder de open brief aan de minister.

Het gevolg van deze extrapolatie is dat sprake zal zijn van een meer ingrijpende, duurdere en voor de omgeving schadelijkere versterkingsopgave, dan wanneer de aansluiting wordt gezocht bij het tot 2050 stabiele peilbeheer. Het uitgangspunt dat de veiligheidsopgave dient te zien op een periode van 50 jaar, veroorzaakt in de rekenmodellering rekenkundig onnodig zware ingrepen.

Essentieel is het peilbeheer in het Markermeer in de periode tot 2050 en vervolgens na 2050. Er is geen peilbesluit of waterveiligheidsbeleid als uitgangspunt beschikbaar voor de situatie na 2050. Klimaatontwikkelingen zullen naar verwachting een heroverweging vergen van de inrichting van de waterveiligheid. Zoals gezegd ligt het peilbeheer tot 2050 vast. Er kan met de uitwateringssluizen water worden afgelaten van het Markermeer op het IJsselmeer. Het Markermeerpeil kan korte tijd oplopen als het IJsselmeerpeil tijdelijk hoger staat.

In de open brief is nadrukkelijk gepleit voor een keuze voor versterking tot 2050. De condities zijn lager, maar er moet zonder gemaal rekening worden gehouden met een verhoogd Markermeer peil. Maar minder verhoogd dan nu kennelijk in de rekenmodellering is opgenomen tot 2071.

In de periode tot 2050 moet immers nog duidelijk worden hoe het toekomstig peilbeheer er gaat uitzien na 2050. Daarbij zijn twee opties denkbaar als het IJsselmeerpeil na 2050 structureel zou worden verhoogd;

- (1) een gemaal in de Houtribdijk is noodzakelijk om overtollig Markermeerwater uit te slaan op het IJsselmeer, omdat aflat onder vrij verval dan niet meer mogelijk is. Gevolg: de dijkversterking tot 2050 was onnodig ingrijpend op de bestaande landschappelijke -, natuur – en cultuurhistorische waarden, omdat het peil op het Markermeer beheersbaar is met het gemaal;
- (2) geen gemaal; een versterking gericht op 2050 is in dat geval na 2050 zeer waarschijnlijk onvoldoende, waarbij de dijk opnieuw moet worden versterkt vanwege een verhoogd peil op het Markermeer.

Daarom is in de open brief nadrukkelijk gepleit voor een gemaal in de Houtribdijk, gecombineerd met een beperkte (onderhouds)dijkversterking die ook na 2050 voldoende is, omdat het peil dan beheersbaar is. Ondanks de stellingname van de minister om niet vervroegd pompen in de Houtribdijk op te nemen in het watersysteem.

13

In het onwaarschijnlijke geval, dat na 2050 geen gemaal nodig zou zijn, omdat het IJsselmeerpeil na 2050 niet wordt verhoogd, dan zijn de kosten van een beperkte dijkversterking, gecombineerd met een gemaal, nog ongeveer de helft van de nu aan de orde zijnde projectkosten. Nog afgezien van het voorkomen van de maatschappelijke kosten die ontstaan door de schade aan bestaande omgevingswaarden. Als gevolg van de geplande ingrepen en het gebrek aan denken op het niveau van het watersysteem IJsselmeer – Markermeer bij het vinden van oplossingen om de impact van de dijkversterking zoveel mogelijk te beperken. Dus het centraal stellen van de bescherming van de bestaande landschappelijke -, natuur – en cultuurhistorische waarden.

Tot slot blijkt niet uit deze motivering door het gebruik van het woord ‘onder meer’ niet op welke wijze de gebruikte onzekerheidstoeslag is opgebouwd en/of dat bij de berekening gebruik is gemaakt van nog andere uitgangspunten voor de vaststelling van het maatgevend meerpeil.

Hydraulische belasting en meerpeil

In paragraaf 2.5.4.1 is gemotiveerd dat de belasting op de Markermeerdijken wordt bepaald door het maatgevend meerpeil van het Markermeer en de windbelasting. De daadwerkelijk optredende waterstanden zijn echter afhankelijk van wind en afvoermogelijkheden. De afvoermogelijkheid wordt sterk bepaald door het meerpeil op het IJsselmeer.

Met voldoende pompcapaciteit in de Houtribdijk speelt dit gestelde veiligheidsprobleem niet meer, omdat Markermeerwater dan wordt uitgeslagen op het IJsselmeer in plaats van spuien met vrij verval. Met als gevolg dat een dijkversterking veel soberder kan worden uitgevoerd als slechts een onderhoudsinspanning.

In de eerder aangehaalde open brief aan de minister is (nogmaals) gestipuleerd dat het effect van een oplossing met pompen, de gestelde veiligheidsopgave in belangrijke mate kan verkleinen, maar dat de kosten van pompen onterechte nu ten laste zijn gebracht van de dijkversterkingsopgave Markermeerdijken. Met als gevolg dat de belangenafweging ten nadele van het behoud van de Markermeerdijken uitviel.

Men had een ontwerp moeten maken zonder binnenwaarts stabiliteit tekort. Rijkswaterstaat was nauw betrokken bij de totstandkoming en vaststelling van het rapport 'Bewezen Sterkte' in 2000, maar verwerpt nu op basis van het rapport 'Kansrijkheid pompen en bewezen sterkte Markermeerdijken HWBP-2) de conclusies in het rapport 'Bewezen Sterkte' (2000) dat er geen of nauwelijks sprake is van een binnenwaarts stabiliteit tekort. Verder telt Rijkswaterstaat abusievelijk de kosten van twee gemalen op bij de kosten van de wat afgepelde dijkversterking, één in de Houtribdijk en één in de Afsluitdijk. Zoals de open brief aangeeft is er na 2050 sowieso een gemaal nodig voor het peilbeheer van het IJsselmeergebied. De kosten drukken niet op de dijkversterking, althans behoren daar niet op te drukken.

Het onderzoek "Kansrijkheid pompen en bewezen sterkte Markermeerdijken HWBP-2 (RWS, 2015)" gaat hierbij als [bijlage 12](#).

Kosten van de veiligheidsopgave

14

De termen 'sober en doelmatig' en 'robuust' hebben geen betekenis zonder de context waarin deze termen worden gebruikt. Door HHNK is 'sober en doelmatig' onjuist vertaald naar de doelstelling om tegen zo laag mogelijke kosten de beoogde dijkversterking te realiseren, terwijl met deze beleidsterm bedoeld is dat de aanpak en daaraan verbonden kosten zich moet beperken tot uitsluitend de dijkversterking.

Appellanten wijzen er voorts op dat het kostenaspect bij de afweging van alternatieven voor een aanpak niet alleen de daadwerkelijke uitvoeringskosten betreffen ter uitvoering van de in de aanbesteding gegunde opdracht, maar dat ook maatschappelijke kosten moeten worden beschouwd, om te kunnen komen tot de juiste afwegingskeuzes.

Kan sprake bijvoorbeeld sprake zijn van een sterk verkleinde ingreep als gevolg van het plaatsen van pompen in de Houtribdijk, dan behoren deze kosten niet alleen te worden afgezet tegen de bouwkosten ter uitvoering van de aanbestedingsopdracht, maar ook de besparing op de maatschappelijke kosten vanwege het mitigeren van inbreuken op landschaps-, natuur- en cultuurhistorische waarden. Bovendien is aannemelijk dat pompen in de Houtribdijk als onderdeel van het waterveiligheidsbeleid op nationaal niveau aan de orde zullen komen.

Door HHNK is 'robuust' vertaald naar de doelstelling om tot 2071 te voldoen aan de veiligheidsnorm, zonder het nationale beleid te kennen met betrekking tot de waterveiligheid na 2050. Zoals hiervoor al aangehaald is dat beleid er eenvoudigweg nog niet voor het nationale watersysteem, waarvan het Markermeer deel uitmaakt. De term is gemakkelijk een vrijbrief om een dijkversterking uit te voeren met een veel grootschaliger effect op de bestaande omgeving, dan nodig om te voldoen aan de gestelde veiligheidsnorm per module. Een dergelijke aanpak lijkt hier aan de orde en is niet in het algemeen maatschappelijk belang.

Onderbouwing veiligheidstekorten per module

In paragraaf 3.1, Projectplan, zijn de gestelde veiligheidstekorten beschrijvend toegelicht. In deze paragraaf is een uitleg gegeven van wat bedoeld is met een veiligheidstekort en is op pagina 41-42 het veiligheidstekort per module weergegeven. Deze weergave is te beschouwen als een lijst met conclusies. Niet blijkt echter verifieerbaar hoe deze veiligheidstekorten zijn vastgesteld en hebben geleid tot deze conclusies. Bij gelegenheid van de beantwoording van de zienswijzen is deze onderbouwing ook niet gekomen.

Appellanten achten het van groot belang voor het toetsen van de geplande ingrepen per dijkmodule, dat duidelijk is hoe elke dijkmodule scoort ten opzichte van de veiligheidsnorm 1:3000. Vervolgens zal gemotiveerd moeten zijn met welke versterkingsopgave een vastgesteld veiligheidstekort wordt opgelost, zodat nut en noodzaak duidelijk en verifieerbaar zijn.

Als voorbeeld ter verduidelijking geldt Hoorn binnenstad; Gesteld is een veiligheidstekort op hoogte, maar niet blijkt hoe dit veiligheidstekort is onderbouwd met gegevens over de bestaande dijk en de mate waarin de veiligheidsnorm 1:3000 niet (meer) wordt gehaald. Bij onvoldoende kruinhoogte hangt het er voor de benodigde ingreep vanaf hoeveel de kruin verhoogd moet worden. Bij een ophoging van 0,10 – 0,15 meter is grofweg sprake van regulier onderhoud, bij een ophoging met 0,5 meter is een forsere ingreep nodig.

Bij de dijkversterking bij Durgerdam werd als veiligheidstekort op de kruinhoogte door HHNK 0,5 meter gesteld. Toen dat duidelijk was werd met behulp van satellietbeelden vastgesteld dat de veiligheidsopgave nog slechts 0,15 meter bedroeg. Met als gevolg een sterk verminderde dijkversterkingsopgave.

Verder is het toe te laten overslagdebiet van belang. Voor zover bekend gaat HHNK uit van 1,0 l/m/s. Bij 5,0 l/m/s kan de kruin decimeters lager zijn. Dat kan als de grasbekleding op het binnentalud voldoende sterk is.

A.4 Innovatieve alternatieve oplossingen

Zoals in het beroepschrift reeds was aangegeven, leek een kansrijk alternatief consequent te worden geweerd door de Alliantie Markermeerdijken, met als argument dat dit alternatief niet toepasselijk was als een ‘bewezen techniek’ voor een primaire waterkering. Tijdens een overleg op zaterdag 19 januari 2019 van Stichting Zuiderzeedijk met de heer J. Karsten, directeur van JLD dijkstabilisatoren, werd door de heer Karsten bevestigd dat in de daaropvolgende week de JLD-techniek met HHNK zou worden besproken. Bovendien is de JLD-techniek bij het Expertise Netwerk Waterveiligheid (ENW) geagendeerd op 5 maart 2019 en zal de techniek naar verwachting het predicaat ‘bewezen techniek’ krijgen.

Ter vergelijking geldt het volgende. De Alliantie-methode van asverschuiving daarentegen is ook geen bewezen techniek. Men is niet zeker van de veilige toepassing. Op dit moment wordt, op basis van een eerder verleende, separate tijdelijke omgevingsvergunning met afwijking van het vigerende bestemmingsplan, namelijk een aanvang gemaakt met de aanleg van proefterpen. Met als doel om te onderzoeken in hoeverre de slappe veengronden zullen reageren op asverschuivingen en de aanleg van oeverdijken met zware zandpakketten. Het blijkt nu dat bij de vaststelling en de goedkeuring van dit Projectplan nog allerminst zeker is in hoeverre de geplande aanpak uitvoerbaar is en met een aanvaardbaar schaderisico.

De tijdelijke omgevingsvergunning met ruimtelijke onderbouwing aangaande de aanleg van een van de proefterpen, gaat hierbij als [bijlage 13](#).

Als voorbeeld geldt de situatie te Uitdam. In Uitdam is de Alliantie in het najaar van 2018, vermoedelijk na de vaststelling van het Projectplan op 19 september 2018, tot een gewijzigd inzicht gekomen en wil damwanden gaan slaan in het hele dorp, dus geen vernageling zoals in het advies van de Deltacommissaris als oplossing was voorgesteld.

Voor het plaatsen van damwanden zal de bestaande dijk 6 meter in de dijk moeten worden afgegraven. Voor de JLD techniek geldt dat niet, met als gevolg dat de bestaande situatie minder wordt aangetast.

Voor Warder en Opperwoud (dijkpaal 70-73), waar asverschuiving is voorgesteld, kan de JLD techniek eveneens een oplossing bieden en ingrijpende schade voorkomen. Uit overleg met de Alliantie is inmiddels gebleken dat de JLD-techniek mogelijk zal worden toegepast in 'knelpuntsituaties'. De vraag is dan welke betekenis door de Alliantie is gehecht aan een 'knelpuntsituatie'.

Appellanten beschouwen een situatie nadrukkelijk als een knelpuntsituatie als sprake is van geplande ingrijpende inbreuken op de bestaande dijksituatie, zoals het afgraven van delen van een dijk die er al eeuwen ligt en die zich ruimschoots heeft bewezen, waarbij de ondergrond goed is ingeklonken. Er is dan ook veel maatschappelijke weerstand tegen geplande asverschuivingen en de aanleg van oeverdijken met behulp van opgebrachte zandpakketten, terwijl deze ingrepen niet als ‘bewezen techniek’ technisch volwaardig bruikbare oplossingen zijn om een geconstateerd veiligheidstekort op te lossen.

Men legt nu proefterpen aan om in de praktijk de berekeningen te valideren. Bij de besluitvorming in Provinciale Staten was naar verluidt niet bekend dat de asverschuivingen en oeverdijken nog in de praktijk gevalideerd moesten worden.

De bedoelde maatschappelijke weerstand is bij talloze gelegenheden geuit door de Stichting Zuyderzeedijk in het algemeen en de meeste bewoners van Warder en Uitdam.

Conclusies

Het voorgaande maakt duidelijk hoe zinvol inspraak kan zijn, maar ook hoe aangedragen alternatieven worden ‘weggeschreven’, omdat ‘de trein op een spoor rijdt, waarvan niet meer wordt afgeweken’. Aannemelijk is dat de combinatie van vroegtijdige aanbesteding en een alliantie-contractvorm daaraan debet is, omdat de grootschalige toepassing van een dergelijk alternatief zal leiden tot een wezenlijke wijziging van de aanbesteding en dus een heraanbesteding met alle bijkomende werkzaamheden, kosten en vertraging van dien.

Gelet op het bovenstaande verzoeken cliënten u om deze aanvulling te betrekken bij het eerder ingediende beroepschrift.

Hoogachtend,

Mr. B.J. Meruma (advocaat)

17

Mr. drs. J. Rutteman (advocaat)

Mr. drs. B. Krot (jurist)

Bijlagen

[Bijlage 9a](#) – Legger Edam - Uitdam

[Bijlage 9b](#) – Legger Hoorn – Edam

[Bijlage 9c](#) – Legger Uitdam - Amsterdam

[Bijlage 10](#) – Extract Alliantieovereenkomst

[Bijlage 11](#) – 190124 Brief aan de minister en Vaste kamercommissie

[Bijlage 12](#) – Kansrijkheid pompen en bewezen sterkte, 2014

[Bijlage 13a](#) – 180831 Omgevingsvergunning proefterp De Weel

[Bijlage 13b](#) – 180831 Ruimtelijke onderbouwing proefterp