ECLI:NL:RBDHA:2022:1492

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	16-02-2022
Datum publicatie	10-03-2022
Zaaknummer	AWB - 20 _ 7228
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	bodemprocedure (meervoudig). Wet op de Kansspelen.Totalisatorvergunning. Eenvergunningstelsel. Concurrent, belanghebbende, ontvankelijkheid. De gevolgde procedure is niet in strijd met het Unierecht (transparantiebeginsel, art 56 VWEU).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Module Aanbesteding 2022/1792 JAAN 2022/77

Uitspraak

RECHTBANK DEN HAAG

Bestuursrecht

zaaknummer: SGR 20/7228

uitspraak van de meervoudige kamer van 16 februari 2022 in de zaak tussen

Trannel International Ltd., te Malta, eiseres

(gemachtigde: mr. I.E.M. Verheijen)

en

De Raad van Bestuur van de Kansspelautoriteit, verweerder

(gemachtigde: mr. drs. R.G.J. Wildemors).

Als derde-belanghebbende heeft aan het geding deelgenomen: ZEbetting & Gaming Nederland B.V., voorheen Sportech Racing B.V. (gemachtigden: mr. H.J. Breeman en mr. R. van Vugt).

Procesverloop

Bij besluit van 29 juni 2017 (het primaire besluit) heeft verweerder een vergunning aan de derde-belanghebbende verleend voor het organiseren van de totalisator voor de periode van 1 juli 2017 tot en met 1 juli 2022.

Bij besluit van 2 oktober 2020 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres niet-ontvankelijk dan wel ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

De derde partij heeft een reactie ingediend.

De zitting was op 24 november 2021.

Eiseres en verweerder hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Voor de derde partij zijn verschenen mr. R. van Vugt (advocaat) en [A] (managing director van Zebetting).

Overwegingen

Inleiding en voorgeschiedenis

1. De totalisatorvergunning is de vergunning voor het wedden op uitslagen van paardenrennen en harddraverijen. Volgens de wet mag deze vergunning slechts aan één bedrijf worden verleend. Verweerder heeft de vergunning gedurende vele jaren verleend aan dezelfde aanbieder, te weten Sportech Racing B.V., thans genaamd ZEbetting & Gaming Nederland B.V. (hierna: ZEbetting). Deze rechtbank heeft op 26 september 2016 in lijn met het Betfair-arrest, geoordeeld dat de procedure waarbij de vergunning steeds aan dezelfde particuliere aanbieder, zonder voorafgaande gunningsprocedure, wordt verstrekt, in strijd is met artikel 56 VWEU (het recht op vrij verkeer van diensten)1. Tegen deze uitspraak is geen hoger beroep ingesteld. Het gevolg van deze uitspraak was dat voor de nieuw te verlenen vergunning alsnog een openbare gunningsprocedure moest worden gevoerd.

Verweerder heeft op 15 november 2016 bekendgemaakt dat er een transparante procedure georganiseerd zou worden.

In afwachting van de uitkomst van deze vergunningenprocedure heeft verweerder de lopende vergunning van ZEbetting, die op 1 januari 2017 zou aflopen, met zes maanden verlengd tot 1 juli 2017.

Eiseres heeft binnen de daarvoor gestelde termijn een aanvraag ingediend, maar heeft deze op 16 januari 2017 ingetrokken.

Bij het primaire besluit van 29 juni 2017 heeft verweerder de vergunning verleend aan ZEbetting, voor een periode van vijf jaar, van 1 juli 2017 tot 1 juli 2022.

Eiseres heeft bezwaar gemaakt tegen deze vergunning. Bij het (eerste) besluit op bezwaar van 30 mei 2018 heeft verweerder dit bezwaar niet-ontvankelijk verklaard. Volgens verweerder was eiseres geen belanghebbende, omdat zij niet had deelgenomen aan de gunningsprocedure. Deze rechtbank volgde dit oordeel en heeft het daartegen gerichte beroep van eiseres op 30 april 2019 ongegrond verklaard. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft op 24 juni 2020 het hoger beroep van eiseres tegen deze uitspraak gegrond verklaard en zowel het besluit van 30 mei 2018 als de uitspraak van de rechtbank vernietigd2.

De Afdelingsuitspraak van 24 juni 2020

2 De Afdeling oordeelde dat eiseres als een concurrent van ZEbetting moet worden aangemerkt en dat de omstandigheid dat eiseres niet aan de gunningsprocedure had deelgenomen niet maakt dat zij geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb. Omdat eiseres had aangevoerd dat in strijd met het Unierecht aan geïnteresseerde partijen niet de gelegenheid is geboden om op gelijke voet mee te dingen naar en te concurreren om deze vergunning en aldus tot de Nederlandse kansspelmarkt toe te treden, kan zij met haar bezwaar bewerkstelligen dat verweerder een oordeel moet geven over de vraag of de gunningsprocedure is ingericht conform de eisen van het Unierecht. Indien blijkt dat de gunningsprocedure niet voldeed aan de eisen die het Unierecht daaraan stelt en het besluit van 29 juni 2017 daarom onrechtmatig is, dient verweerder die procedure en voorwaarden aan te passen. Indien dit bezwaar van eiseres ongegrond zal blijken, zal verweerder alsnog aan eiseres kunnen tegenwerpen dat zij niet aan de gunningsprocedure heeft deelgenomen. De Afdeling heeft verweerder vervolgens opgedragen de bezwaren van eiseres tegen de vergunningverlening aan ZEbetting alsnog inhoudelijk te behandelen.

Het bestreden besluit van 2 oktober 2020

3 Bij het thans bestreden besluit waarbij ten tweede male op het bezwaarschrift van eiseres van 13 oktober 2017 is beslist, heeft verweerder zich, kort samengevat, op het standpunt gesteld dat de vergunningverleningsprocedure rechtmatig is verlopen, dat eiseres op gelijke voet kon deelnemen aan de procedure en dat aanvankelijk ook heeft gedaan. Na aanvankelijk een aanvraag te hebben te ingediend, heeft zij zich vervolgens vrijwillig teruggetrokken en aldus de mededinging gestaakt. Die handelwijze komt volgens verweerder voor rekening en risico van eiseres. Verweerder is van oordeel dat eiseres overigens geen belang heeft bij het bestreden besluit en dat het bezwaar daarom niet-ontvankelijk dan wel ongegrond is.

Ontvankelijkheid

4 De rechtbank stelt, in navolging van de Afdelingsuitspraak van 24 juni 2020, voorop dat eiseres als een concurrent van ZEbetting moet worden beschouwd en daarmee belanghebbende is in de zin van de Awb. In deze hoedanigheid heeft zij recht op een inhoudelijke beoordeling van haar bezwaren tegen de gevolgde procedure. Het kennelijk als primair bedoeld standpunt van verweerder dat eiseres niet ontvankelijk is, is derhalve onjuist. De rechtbank zal beoordelen of het subsidiaire standpunt van verweerder dat de bezwaren van eiseres ongegrond zijn de toets kan doorstaan.

Waar gaat de zaak nu nog over ?

5 Eiseres stelt in hoofdzaak dat het, gelet op de termijn en inhoud van de verleningsprocedure, de facto nog steeds om een gesloten stelsel gaat en dat zij opnieuw op onrechtmatige wijze wordt uitgesloten van toetreding tot de Nederlandse kansspelmarkt. Omdat de criteria niet tijdig kenbaar zijn gemaakt, is

ZEbetting opnieuw bevoordeeld ten opzichte van anderen en heeft eiseres geen eerlijke kans gehad. Verder stelt eiseres dat de aan de vergunning van ZEbetting verbonden voorschriften volgens haar onrechtmatig zijn en extra nadelig voor haar uitpakken. Bovendien houdt ZEbetting zich niet aan de criteria en de vergunningvoorschriften.

Wat moet de rechtbank beoordelen ?

6 De eerste vraag die de rechtbank moet beoordelen is of met de door verweerder gehanteerde vergunningenprocedure aan de eisen van het Unierecht is voldaan.

Wat is het toetsingskader ?

7 Ingevolge artikel 56 van het VWEU zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Uit het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dat de basis vormt van deze bepaling, vloeit voort dat er een transparantieverplichting geldt in het geval van de verlening van schaarse vergunningen. Niet in geschil is dat de totalisatorvergunning waar het hier om gaat, een schaarse vergunning is. Voor het leerstuk van schaarse vergunningen bestaat geen specifieke regelgeving. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) en van de Afdeling volgt dat de transparantieverplichting inhoudt dat de vergunningverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat de vergunning voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Ook brengt de transparantieverplichting mee dat aan de objectieve criteria voor vergunningverlening voldoende bekendheid wordt gegeven3. Bij de verdeling van schaarse publieke rechten moet derhalve transparantie voorop staan en moeten uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zware eisen worden gesteld aan de verdelingsprocedures.

Welke procedure heeft verweerder gevolgd ?

8 Op 15 november 2016 heeft verweerder bekend gemaakt dat zij een transparante procedure gaat organiseren om te bepalen aan wie de vergunning zou worden verleend. Op 29 november 2016 is de procedure opengesteld. De procedure bestond uit twee fases, een selectiefase en een gunningsfase. In het aanmeldingsformulier voor de eerste fase heeft verweerder vermeld dat belangstellenden die zouden voldoen aan de in de eerste fase gestelde criteria, zouden worden geselecteerd voor de tweede fase. In deze tweede fase zouden de door de geselecteerde partijen gedane voorstellen worden beoordeeld op kwaliteit aan de hand van nog nader bekend te maken criteria. De selectiefase heeft zich gericht op de geschiktheid van de aanvrager en de gunningsfase op de kwaliteit van het aanbod. Voor de inrichting van de procedure heeft verweerder aansluiting gezocht bij de procedure voor een niet-openbare aanbestedingsprocedure als bedoeld in artikel 28 van de Richtlijn 2014/24/EG (Aanbestedingsrichtlijn).

Hadden de gunningscriteria voorafgaand aan de eerste fase reeds bekend moeten worden gemaakt ?

9.1 Volgens verweerder was dit niet nodig nu hiervoor geen specifieke regelgeving voorhanden is waarin dit is voorgeschreven en het volgens de Aanbestedingsrichtlijn4 - die verdergaande eisen stelt dan het primaire Unierecht en daarom geacht moet worden daarmee in overeenstemming te zijn - is toegestaan de inhoudelijke criteria waaraan in de gunningsfase zal worden getoetst pas na afsluiting van de selectiefase bekend te maken aan de concurrerende aanvragers die de selectieprocedure hebben doorlopen. Volgens verweerder blijkt uit de Aanbestedingsrichtlijn dat het niet verboden is de

criteria van de gunningsfase eerder bekend te maken, maar blijkt daaruit ook dat het niet is voorgeschreven dit wel te doen.

9.2 De rechtbank is van oordeel dat dit standpunt onvoldoende is onderbouwd. Uit de Aanbestedingsrichtlijn en de jurisprudentie van het HvJ over dit onderwerp volgt niet eenduidig dat bij aanbestedingen bekendmaking van de gunningscriteria in een latere fase is toegestaan.

9.3 Dit betekent naar het oordeel van de rechtbank echter niet dat het niet bekendmaken bij de potentiële inschrijvers van de inhoudelijke gunningscriteria voorafgaand aan de inschrijving in de eerste fase tot de conclusie kan leiden dat de gevolgde procedure in strijd is met het Unierecht. In dit geval is immers geen sprake van een aanbesteding en zijn de bepalingen van de Aanbestedingsrichtlijn, die verder gaan dan het primaire Unierecht, niet van toepassing. Ter zitting is gebleken dat de concept-vergunning op 29 november 2016 - dat wil zeggen op het moment waarop de eerste fase van de procedure is opengesteld - bekend is gemaakt en ook in het portaal gepubliceerd is. Uit deze concept-vergunning kon worden afgeleid wat van de potentiële inschrijvers werd verwacht. Dit betekent dat degenen die zich op dat moment wilden inschrijven, onder wie eiseres, van te voren bekend waren met dan wel op de hoogte konden zijn van de gestelde criteria. Daarmee is bij de start van de procedure een passende mate van openbaarheid gegeven ten aanzien van de bij de vergunningverlening te hanteren objectieve criteria. Het betoog van eiseres dat verweerder haar niet tijdig op de hoogte heeft gesteld van de criteria zodat zij zich onvoldoende heeft kunnen voorbereiden en daardoor is benadeeld, slaagt niet. De omstandigheid dat verweerder de concept-vergunning in een eerder stadium aan de zittende vergunninghouder bekend heeft gemaakt, maakt niet dat de procedure niet transparant is geweest en evenmin dat eiseres onevenredig is benadeeld.

Is de ervaringseis discriminatoir ?

10.1 Eiseres betoogt dat de in de selectiefase gestelde eis dat de belangstellende minimaal drie jaar ervaring moet hebben met het organiseren van totalisators discriminatoir is, omdat niemand anders dan de zittende vergunninghouder in staat was om aan deze eis te voldoen (criterium 10)5.

10.2 Zoals verweerder en de derde partij terecht naar voren hebben gebracht, berust dit betoog op een onjuiste lezing van het criterium nu daaruit blijkt dat de gevraagde ervaring ook buiten Nederland kan zijn opgedaan, namelijk in de EU of de EER. De verwijzing van eiseres naar het arrest Unibet/Hongarije6 gaat niet op. In die casus is geoordeeld dat nationale aanbieders werden bevoordeeld en andere aanbieders werden gediscrimineerd als gevolg van de eis van ten minste 10 jaar ervaring op het grondgebied van Hongarije. In dit arrest is in r.o. 46 geoordeeld dat het vereiste van ten minste drie jaar ervaring in een lidstaat geen voordeel doet ontstaan voor de in de lidstaat van ontvangst gevestigde aanbieders en zijn rechtvaardiging kan vinden in een doelstelling van algemeen belang.

Mede gelet daarop kan niet worden geoordeeld dat de in criterium 10 gestelde eis discriminatoir is.

Waren de termijnen te kort ?

11 Omdat de bestaande vergunning afliep op 1 januari 2017 waardoor de periode om voor die tijd een nieuwe vergunningenprocedure te doorlopen te kort was, heeft verweerder bij wijze van noodverband een tijdelijke vergunning verleend aan de derde partij, tot 1 juli 2017. De nieuwe procedure heeft, gedurende de tijdelijke verlenging van de bestaande vergunning, ruim een half jaar in beslag genomen. De enkele verwijzing van eiseres naar een artikel over de ontwikkelduur van procedures7 gaat niet op nu de in dat artikel genoemde termijn van anderhalf tot 3 jaar een ervaringsgegeven betreft en hieruit niet blijkt dat het onmogelijk is een transparante procedure binnen een (veel) kortere periode te organiseren en te doorlopen. De selectiefase heeft 30 dagen geduurd, van 29 november 2016 tot en met 30 december 2016. Niet valt in te zien dat deze termijn, die in aanbestedingen ook geldt op grond van de Aanbestedingsrichtlijn, te kort zou zijn. Daarbij komt dat in de selectiefase slechts enkele vragen hoefden te worden beantwoord en dat eventuele stukken ook later nog konden

worden ingebracht. De rechtbank ziet niet in op welke wijze eiseres hierdoor benadeeld zou zijn, temeer nu zij voor die stelling geen concrete argumenten heeft aangedragen.

Tussenconclusie

12 De rechtbank is op grond van het vorenstaande van oordeel dat er geen reden is om aan te nemen dat de gevolgde procedure voor de totalisatorvergunning in strijd is met het Unierecht en meer in het bijzonder met het transparantiebeginsel van artikel 56 VWEU. Verweerder heeft de bezwaren tegen de gevolgde procedure terecht ongegrond verklaard. Het beroep dient in zoverre ongegrond te worden verklaard.

Overige beroepsgronden

13.1 Gelet op het oordeel dat hetgeen eiseres heeft aangevoerd tegen de procedure niet kan slagen en verweerder de bezwaren daartegen terecht ongegrond heeft verklaard, dient, gelet op de Afdelingsuitspraak van 24 juni 2020, te worden bezien of verweerder aan eiseres ten aanzien van de overige bezwaren heeft kunnen tegenwerpen dat zij niet aan de gunningsprocedure heeft deelgenomen.

13.2 Vast staat dat eiseres zich in januari 2017 uit de procedure heeft teruggetrokken en niet heeft meegedongen naar de totalisatorvergunning. De beroepsgronden die geen betrekking hebben op de vergunningenprocedure als zodanig, maar op de aan de vergunning verbonden voorschriften, zoals de mogelijkheid van online aanbod, en de al dan niet naleving daarvan door Zebetting, had eiseres alleen kunnen inbrengen als zij daadwerkelijk naar de vergunning had meegedongen. Nu hiervan geen sprake is, heeft verweerder ten aanzien van deze gronden aan eiseres kunnen tegenwerpen dat zij niet aan de gunningsprocedure heeft deelgenomen.

14 Het beroep dient ongegrond te worden verklaard.

15 Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is van mr. R.H. Smits, voorzitter, en mr. M.J.L. van der Waals en mr. J.C.A. de Poorter, leden, in aanwezigheid van mr. B.M. van der Meide, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 16 februari 2022.

De voorzitter is verhinderd te ondertekenen

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Bent u het niet eens met deze uitspraak ?

Als u het niet eens bent met deze uitspraak, kunt u een brief sturen naar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin u uitlegt waarom u het er niet mee eens bent. Dit heet een beroepschrift. U moet dit beroepschrift indienen binnen 6 weken na de dag waarop deze uitspraak is verzonden. U ziet deze datum hierboven.

---

1 ECLI:NL:RBDHA:2016:11648 en ECLI:NL:RBDHA:2016:11649

2 ECLI:NL:RVS:2020:1456

3 Zie r.o. 50 en 51 van het Betfair-arrest (ECLI:EU:C:2010:307), r.o. 49 en 50 van het arrest Engelmann (ECLI:EU:C:2010:506) en r.o. 42 van het arrest Unibet/Hongarije (ECLI:EU:2017:491) , de Conclusie van AG Widdershoven over schaarse vergunningen (ECLI:NL:RVS:2016:1421) de uitspraak van de Afdeling van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927),

4 5 Verweerder verwees ter zitting naar artikel 28, bijlage V, onderdeel B, van de Aanbestedingsrichtlijn

5 10. Aantoonbare ervaring organiseren totalisator Gezien de complexiteit van de automatisering en de organisatie van totalisators, dient u in de afgelopen drie jaar aantoonbare ervaring te hebben opgedaan met het organiseren van een totalisator met fysiek aanbod (land based) binnen Nederland, de EU of de EER

6 Arrest Unibet/Hongarije (ECLI:EU:C:2017:491)

7 Verwijzing in noot 13 van de aanvullende gronden naar het artikel van Remme & Buwalda uit 2014 over transparante gunningsprocedures

---