
Hampus Stefansson

Ansökan om undantag från LUF-direktivet

2019 nr 3

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Ansökan om undantag från LUF-direktivet

*Hampus Stefansson**

1 Inledning

En inte oväsentlig del av en upphandlingsjurists tid går åt till att bedöma om upphandlingslagarna är tillämpliga.¹ Denna artikel utgör inget undantag till undantagsanalyserandet utan kommer att behandla reglerna om ansökan om undantag från LUF-direktivet.² Syftet är att göra en regelinventering av dessa betydelsefulla regler som kan leda till att en hel sektor undantas från reglerna i LUF.

Ansökan om undantag kan göras av en medlemsstat eller av en upphandlande enhet och förutsätter (1) att den aktuella verksamheten är direkt konkurrensutsatt i medlemsstaten och (2) att det råder fritt tillträde på marknaden. Artikeln kommer att behandla ansökningsförfarandet och de två rekvisiten i LUF som måste vara uppfyllda för att kommissionen ska bevilja undantag, dvs. ”direkt konkurrensutsatt” och ”marknader med fritt tillträde”. Artikeln kommer även att kortfattat behandla de (hittills) två beviljade svenska ansökningarna om undantag från LUF-direktivet: undantaget för produktion och försäljning av el och undantaget för vissa posttjänster.

2 Reglernas syfte och tillkomst

LUF-direktivets regler är tillämpliga i sektorer där det historiskt sett har rått monopol eller har krävts särskilda tillstånd för att bedriva verksamhet, såsom postsektorn, energisektorn och transportsektorn. Reglernas tillämplighet inom försörjningssektorerna styrs av vilken verksamhet som bedrivs och inte vilket organ som upphandlar. Det innebär att reglerna även kan vara tillämpliga för privata företag som bedriver verksamhet inom de aktuella sektorerna. Inom dessa sektorer har det inte ansetts råda samma konkurrens på marknaden som på andra konkurrensutsatta marknader, vilket inneburit att det funnits en risk för nationella preferenser. Det har även ansetts gälla för privata företag verksamma inom dessa sektorer då de har bedrivit sin verksamhet efter tillstånd som getts

* Biträdande jurist, BOKWALL RISLUND Advokatbyrå.

¹ Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (”LOU”), lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (”LUF”), lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (”LUK”) samt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

² Europaparlamentets och rådets 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet).

av medlemsstaten och som inneburit att de i praktiken haft en monopol- eller oligopolställning.³

Över tid har flera marknader som ursprungligen omfattades av LUF:s tillämpningsområde avreglerats och därigenom fått en ökad konkurrensutsättning. Dessa marknader förlorade därigenom den karaktär som motiverade upphandlingsplikt genom att ta steget till att bli ”vanliga” konkurrensutsatta marknader. Därmed gällde LUF-direktivets syfte inte längre i samma utsträckning.⁴ Ett exempel på det är telesektorn vilken numera är helt undantagen regleringen i LUF-direktivet. Om det är tillräcklig konkurrens på en viss marknad behövs alltså inte förfarandereglererna i LUF-direktivet.

Alla sektorer och marknader ser dock inte ut på samma sätt i alla EU:s medlemsstater och avregleringar av olika sektorer har kommit olika långt i medlemsstaterna. I samband med införandet av direktiv 2004/17/EG (”2004 års LUF-direktiv”) infördes därför en möjlighet att ansöka om medlemsstatsspecifika undantag från LUF-direktivets regler under förutsättning att verksamheten var direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. Regleringen infördes för att det inte ansågs vara lämpligt att undanta hela sektorer i hela EU om det inte rådde effektiv konkurrens i samtliga medlemsstater. Det ansågs även befogat att inte kräva att enskilda medlemsstater följde LUF-direktivet, om deras marknader var fria och helt konkurrensutsatta.⁵ Medlemsstaterna gavs dock inte möjlighet att själva lagstifta om att LUF-direktivets regler inte ska vara tillämpliga på en viss sektor i medlemsstaten, även om marknaden faktiskt skulle anses vara direkt konkurrensutsatt och med fritt tillträde. På samma sätt gavs inte heller upphandlande enheter möjlighet att hävda att de bedriver verksamhet inom ett område som är direkt konkurrensutsatta med fritt tillträde, för att därigenom undgå upphandlingsplikt. Ett undantag måste föregås av en beviljad ansökan till kommissionen.⁶

3 Regleringen i direktiven och genomförandet i Sverige

3.1 Direktivregleringen

Artikel 34 i LUF-direktivet anger att verksamhet som träffas av direktivets artikel 8–14 kan undantas från upphandlingsplikt enligt ett särskilt förfarande som regleras i artikel 35 i LUF-direktivet. Av artikel 34 i LUF-direktivet framgår att

³ Se bl.a. Trepte, Peter, *Public Procurement in the EU – A Practitioner’s Guide*, 2 u., Oxford University Press, 2010, s. 141.

⁴ Se Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol II, 3 u., Sweet & Maxwell, 2018, s. 299 f.

⁵ Se prop. 2006/07:128, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 263.

⁶ Se Troels Poulsen, Sune, *EU Public Procurement Law*, Brussels Commentary (Steinicke och Vesterdorf red.), C.H. Beck Hart, Nomos 2018, s. 972.

en verksamhet kan undantas om verksamheten i medlemsstaten är direkt konkurrensutsatt och att det är fritt tillträde till den aktuella marknaden. I samband med medlemsstaternas genomförande av reglerna i LUF-direktivet publicerade kommissionen ett genomförandebeslut som närmare reglerar hur en ansökan till kommissionen ska se ut.⁷ Om en verksamhet undantas från LUF-direktivet enligt artikel 34 i LUF-direktivet så är den även undantaget LOU-direktivet enligt artikel 7 i direktiv 2014/24/EU ("LOU-direktiv").

En förändring jämfört med 2004 års LUF-direktiv är framförallt att tidsfristerna förlängdes eftersom kommissionen behövde göra omfattande utredningar av konkurrenssituationen. Bl.a. visade det sig att de båda svenska undantagen krävde en förlängning av tidsfristen för kommissionen.

3.2 Det svenska genomförandet

Sverige har genomfört reglerna om undantag från LUF-direktivet i 3 kap. 24 § LUF. Där anges att LUF inte gäller för verksamheter som är direkt konkurrensutsatta på marknader med fritt tillträde under förutsättning att det har fastställts via ett särskilt förfarande hos kommissionen. Det framgår alltså explicit av LUF att det inte är möjligt att tillämpa undantaget direkt, utan det måste dessförinnan ha skett en ansökan om undantag hos kommissionen och kommissionen måste ha fattat ett positivt beslut om att bevilja undantag.⁸ I bestämmelsen förtydligas även att det ska vara möjligt för en upphandlande enhet att själv inleda ett sådant förfarande, dvs. att ansöka om undantag från LUF-direktivet.

Den svenska lagstiftaren har valt att inte tynga lagen med beskrivningar avseende vad som är "direkt konkurrensutsatt" och "marknader med fritt tillträde" eftersom det är kommissionen som beslutar om undantag från tillämpningen.⁹ Läsaren är istället hänvisad till att närmare granska de mer omfattande reglerna i artikel 34 och 35 i LUF-direktivet.

De svenska undantagen avseende vissa posttjänster och försäljning och produktion av el beviljades i enlighet med bestämmelserna i 2004 års LUF-direktiv. Undantagen är fortsatt tillämpliga, även om undantagen inte framgår uttryckligen i LUF. Det följer av LUF-direktivet, där det framgår att undantag som hade erhållits enligt 2004 års LUF-direktiv äger fortsatt tillämplighet (se skäl 43 i LUF-direktivet). I direktivet tydliggörs också att hänvisningar som sker till

⁷ Kommissionens beslut 2016/1804 av den 10 oktober 2016 om tillämpningsföreskrifter till artiklarna 34 och 35 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporttjänster och posttjänster ("kommissionens genomförandebeslut").

⁸ Detta konstaterade även Förvaltningsrätten i Stockholm i SJ-målen, se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 januari 2014 (mål nr 1959-1960-13).

⁹ Se prop. 2015/16:195, s. 385 och prop. 2006/07:128, s. 265.

artiklar i 2004 års LUF-direktiv ska anses vara hänvisningar till motsvarande artiklar i LUF-direktivet (se artikel 107 i LUF-direktivet).

Viktigt att poängtera är att undantagsregleringen även omfattar upphandlingar som inte förefaller ha ett nära samband med undantagsverksamheten. Det krävs dock att upphandlingen syftar till att användas i undantagsverksamheten och inte någon annan verksamhet. Det framgår bl.a. av ett avgörande från Förvaltningsrätten i Stockholm.¹⁰ Vattenfall Vattenkraft AB upphandlade snöröjning utan att tillämpa förfarandereglererna i LUF och en entreprenadfirma ansökte om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterade kort att ”Vattenfall Vattenkraft AB producerar och säljer el i Sverige och behöver därmed inte tillämpa LUF. Bolagets ansökan om överprövning av den aktuella upphandlingen ska därmed avvisas”.

3.3 Ansökningsförfarandet

Ansökningsförfarandet regleras i artikel 35 i LUF-direktivet. I artikeln hänvisas det till att mer detaljerade genomförandeakter ska antas av kommissionen, vilket resulterade i kommissionens genomförandebeslut. En ansökan skickas enklast per e-post till kommissionen till en på kommissionens hemsida angiven adress. I bilaga I till genomförandebeslutet framgår samtliga uppgifter som ska lämnas av sökanden.

Tiden för kommissionen att behandla en komplett ansökan framgår av bilaga IV till LUF-direktivet och är tiden 90 arbetsdagar om medlemsstaten har infört avregleringar på den aktuella marknaden. Om medlemsstaten inte har infört avregleringar på den aktuella marknaden och frågan det behöver avgöras faktiskt och rättsligt för den enskilda ansökan har kommissionen upp till 130 arbetsdagar på sig att behandla en sådan ansökan. Om en ansökan inte åtföljs av ett välgrundat utlåtande från en oberoende nationell myndighet förlängs tiden för kommissionen att behandla ansökan med ytterligare 15 arbetsdagar. För svensk del har Konkurrensverket skrivit utlåtanden som har skickats med de två ansökningarna till kommissionen. Om kommissionen inte har kommit med ett beslut eller förlängt tidsfristen inom den föreskrivna tiden så gäller undantaget direkt i enlighet med ansökan.

¹⁰ Förvaltningsrätten i Stockholm beslut av den 3 december 2014 (mål nr 27307-14).

3.4 Fritt tillträde till en marknad

Det första rekvisitet för att göra bedömningen om en viss verksamhet skulle kunna vara föremål för en undantagssituation är om det är fritt tillträde till marknaden för den aktuella verksamheten. Det finns två olika typsituationer att göra skillnad på om det ska anses vara fritt tillträde till en marknad.

Den första typsituationen är om det har införts liberaliserande EU-direktiv på området och de är genomförda i medlemsstaten. De olika liberaliseringsdirektiven finns med i bilaga III till LUF-direktivet och omfattar bl.a. transport eller distribution av gas eller värme och produktion transport eller distribution av el. I artikel 34.3 och skäl 46 till LUF-direktivet anges att om liberaliseringsdirektiven är genomförda i medlemsstaten ska det räcka för att förutsätta att det är fritt tillträde till marknaden. Det anges även att bilagan ska kunna uppdateras av kommissionen men det framstår som att någon sådan regleringskompetens inte har getts kommissionen på det sätt som det gjordes i 2004 års LUF-direktiv.¹¹ *Den andra typsituationen* är om det inte finns något liberaliserande EU-direktiv på området, men det är fritt tillträde till en marknad ändå, både rättsligt och faktiskt (även benämnt *de jure* och *de facto*).¹²

Kraven på att det ska finnas *rättsligt fritt tillträde* till en marknad avser att det saknas rättsliga hinder för tillträde till en viss marknad, dvs. att det inte krävs något tillstånd för att bedriva en viss verksamhet. För att det ska finnas *faktiskt fritt tillträde* till en marknad krävs att marknaden inte är monopoliserad på något annat sätt. Arrowsmith ger exempel på att det inte kan anses råda fritt tillträde till en vattenförsörjningsmarknad om det inte går att få tillgång till vattenledningssystemet för att nätägaren inte ger tillgång till det. I så fall kan det inte anses vara faktiskt fritt tillträde till marknaden även om det inte föreligger några rättsliga begränsningar. Kommissionen har i kommissionens genomförandebeslut gett exempel på att höga ingångskostnader, stora forsknings- och utvecklingskostnader, höga krav avseende standarder eller begränsad tillgång till råvara kan utgöra hinder mot att det anses finnas faktiskt direkt tillgång till en marknad.

3.5 Direkt konkurrensutsatt verksamhet

Det andra rekvisitet i LUF för att undantag från LUF-direktivet ska kunna vara tillämpligt är att verksamheten är direkt konkurrensutsatt. Bedömningen av om en verksamhet är direkt konkurrensutsatt ska göras oberoende av om det har genomförts liberaliserande EU-direktiv inom den aktuella marknaden. Enligt skäl 44 i LUF-direktivet ska bedömningen av om en verksamhet är direkt

¹¹ Se Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. II, 3 u., Sweet & Maxwell, 2018, s. 302 f.

¹² Se artikel 43.3 i LUF-direktivet.

konkurrensutsatt göras utifrån objektiva kriterier med hänsyn till särdragen i den aktuella sektorn. Artikel 34.2 i LUF-direktivet anger närmare hur bedömningen ska göras. Vid bedömningen ska hänsyn tas till EUF-fördragets konkurrensbestämmelser, dvs. relevanta bestämmelser ska tolkas på samma sätt som de görs i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ("EUF-fördraget").¹³

För att kunna göra bedömningen avseende direkt konkurrensutsatt verksamhet måste den relevanta marknaden definieras i enlighet med artikel 34.2 i LUF-direktivet. Marknaden ska definieras avseende produkterna eller tjänsterna men även geografiskt. Den relevanta marknaden avseende varorna och tjänsterna ska avgöras genom en samlad bedömning. Bedömningen ska ta hänsyn till faktorer såsom "varorna eller tjänsternas egenskaper, förekomsten av alternativa varor eller tjänster som anses vara utbytbara på utbudssidan eller efterfrågesidan, priser och den faktiska eller potentiella närvaron av mer än en leverantör av de berörda varorna eller tillhandahållare av de berörda tjänsterna".¹⁴

Marknaden behöver inte nödvändigtvis avgränsas per medlemsstat, utan den kan vara både större eller mindre. När undantaget sedan bedöms och beslutas om är det den marknaden som avgränsats som undantaget från LUF-direktivet gäller för. Ett undantag kan gälla för en del av en verksamhet och på delar av en medlemsstat. Ett exempel på avgränsning där den relevanta marknaden inte överensstämde med medlemsstaten var undantaget för posttjänster i Sverige, där vissa posttjänster som är undantagna endast omfattar storstadsregioner. Ett annat exempel på en avgränsning, men som inte är geografisk, är att logistikinfrastruktur är undantaget avseende flygplatser, men ingen annan logistiksektor, i Österrike.¹⁵

4 Undantagen i Sverige

4.1 Elproduktionsundantaget

Sverige, genom regeringen, ansökte om undantag för att tillämpa LUF-direktivets regler för verksamhet som syftade till produktion och försäljning av el. Ansökan skickades till kommissionen den 29 juni 2007, vilket innebar att kommissionen skulle fatta ett beslut inom tre månader. Kommissionen begärde dock den 30 augusti 2007 förlängning av tiden och fattade beslut om att undanta verksamhet som syftar till produktion och försäljning av el från LUF-direktivets regler genom beslut den 20 november 2007.¹⁶ Konkurrensverket gav ett utlåtande till regeringens ansökan.¹⁷ Konkurrensverket konstaterade att verksamheten omfattades av

¹³ De artiklar som åsyftas är 101, 202 och 106 i EUF-fördraget.

¹⁴ Se artikel 34.2 i LUF-direktivet.

¹⁵ Se kommissionens beslut 2017/132/EG av den 24 januari 2017.

¹⁶ Kommissionens beslut 2007/706/EG av den 20 november 2007.

¹⁷ Konkurrensverkets yttrande 2007-04-20, dnr 226/2007.

rådets direktiv 2003/54/EG som rörde avreglering av elmarknaden och att direktivet var fullt genomfört i Sverige. Tillträdet till marknaden konstaterades således vara fritt. Kommissionen instämde i detta och skulle därefter bedöma om sektorn var direkt konkurrensutsatt. I det avseendet konstaterades att grossistmarknaden för el till stor del var integrerad i den nordiska elmarknaden och den ansågs vara en välfungerande och konkurrensutsatt verksamhet. De tre största företagens marknadsandel på detaljistmarknaden för elhandel bedömdes vara låg och att det i sig var en stark indikation på att marknaden var direkt konkurrensutsatt.

Det framstår som att bedömningen inte borde ha orsakat kommissionen alltför stora problem dels då marknaden var avreglerad, dels då kommissionen bedömt situationen i Finland ett år tidigare och situationen i Sverige och Finland förefaller likna varandra. Elproduktionsundantaget har lett till att ett par ansökningar om överprövning av upphandling har blivit avvisade.¹⁸

4.2 Undantaget för vissa posttjänster

Posten AB ("Posten") ansökte den 19 juni 2008 om att vissa posttjänster inte skulle omfattas av LUF-direktivet. Kommissionen begärde en förlängning av tidsfristen innan de fattade ett beslut rörande undantaget den 29 december 2008. Till ansökan bifogade Posten ett utlåtande från Konkurrensverket.¹⁹ Posten ansökte om undantag för hela sin postverksamhet, filatelitjänster och outsourcing av intern kontorsservice. Posten anförde att anledningen till att de ansökte om undantag för hela sin verksamhet för posttjänster var att den hade en gemensam inköpsfunktion och att det skulle försvåra en effektiv inköpsavdelning om endast vissa tjänster blev undantagna från LUF-direktivet. Det var dock inte något som kommissionen accepterade som ett giltigt argument för att undanta hela verksamheten eller ens berörde i sitt beslut.²⁰

Konkurrensverket poängterade i sitt utlåtande att postmarknaden avreglerades i Sverige redan år 1993 då dåvarande Postverkets monopol på regelbunden distribution upphörde. Tillträdet till marknaden konstaterades således vara fritt. Kommissionen instämde och skulle därefter bedöma om sektorn var direkt konkurrensutsatt. Flera tjänster som Posten ansökte om omfattades enligt kommissionen inte av artikel 30 i 2004 års LUF-direktiv eftersom det var tjänster som inte ansågs vara direkt konkurrensutsatta.²¹ Den avgörande faktorn i besluten avseende de tjänster som inte ansågs omfattas av artikel 30 i 2004 års LUF-direktiv

¹⁸ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Umeås beslut av den 1 oktober 2010 (mål nr 2085-10) och Förvaltningsrätten i Stockholms beslut av den 3 december 2014 (mål nr 27218-12 och mål nr 27307-14).

¹⁹ Se Konkurrensverkets yttrande 2008-02-28, dnr 656/2007.

²⁰ Se kommissionens beslut 2009/46/EG av den 19 december 2008.

²¹ Exempel på tjänster som inte ansågs vara direkt konkurrensutsatta var exempelvis adresserade 1:a-klassförsändelser och ekonomibrevtjänster i allmänhet.

var att Postens marknadsandel var för hög för de olika tjänsterna.²² En tjänst som föranledde en annan bedömning var outsourcing av intern kontorservice. Kommissionen ansåg att det var en för odefinierad tjänst som var avhängig kombinationer med andra tjänster. Undantaget skulle således bli för osäkert rättsligt på grund av det oklara tillämpningsområdet. Posten var mer framgångsrik avseende tjänster där postens marknadsandel var mindre, exempelvis uppfyllde inrikes standardpaket-tjänster och filatelitjänster rekvisiten för att undanta verksamheten från LUF-direktivets regler. Sammanfattningsvis avgjordes om dåvarande artikel 30 i 2004 års LUF-direktiv var tillämplig genom att analysera Postens marknadsandelar för varje specifik posttjänst.

5 Avslutande kommentarer

Reglerna om undantag från upphandlingsplikt enligt 3 kap. 24 LUF är potentiellt väldigt betydelsefulla då de kan undanta en hel bransch inom försörjningssektorerna från upphandlingsplikt. Reglerna är förhållandevis komplicerade och börjar med en kort reglering i LUF som hänvisar till LUF-direktivet som i sin tur hänvisar till kommissionens genomförandebeslut inklusive flera bilagor. Bedömningarna som ska göras enligt artikel 34 i LUF-direktivet är i teorin väldigt komplicerade och kräver en omfattande analys innan en ansökan skickas till kommissionen för prövning.

För svenskt vidkommande är det intressant att analysera vad som kommissionen har fäst avseende vid när den gjorde bedömningen avseende de undantag som har blivit beviljade respektive inte beviljade i Sverige. Avseende produktion och försäljning av el ansåg kommissionen att rekvisiten för undantag från LUF-direktivet var uppfyllda. Avseende de posttjänster som undersökts och inte uppfyllde kraven i dåvarande artikel 30 i 2004 års LUF-direktiv tydliggjordes att orsaken var att Postens marknadsandel var så hög att tjänsterna inte kunde anses vara direkt konkurrensutsatta. Från ganska avancerade regler för att ansöka om undantag och för vad som krävs för att uppfylla rekvisiten ”direkt konkurrensutsatt” avgjordes frågan av hur stor Postens marknadsandel var inom tjänsterna som var uppe för bedömning. Det kan alltså konstateras att kommissionens bedömning i vissa fall är mer summarisk än vad reglerna ger uttryck för. Kommissionen förefaller att i fallet med Posten framförallt ha bedömt marknadsandelar och inte den långa lista som återges i artikel 34 i LUF-direktivet (dåvarande artikel 30 i 2004 års LUF-direktiv).

Trots osäkerhet om vad som krävs för att uppfylla kriterierna för undantag förefaller det inte osannolikt att allt fler verksamheter inom försörjningssektorerna kommer att ansöka om undantag. Vi får en allt mer avreglerade marknader för de tidigare

²² Postens marknadsandelar sekretessbelagdes i beslutet.

statliga monopolen och någon anledning för EU att reglera upphandlingen för helt konkurrensutsatta företag är inte nödvändigt. Konkurrensutsatta företag som verkar på oreglerade marknader måste göra kostnadseffektiva inköp för att klara sig i konkurrensen.