ARNTZEN de BESCHE

Konkurransetilsynet
Att: Marita Skjæveland og Gjermund Nese

Oslo, 17. mars 2016
Ansvarlig advokat: Stein Ove Solberg
E-post: sos@adeb.no
SOS/fal/#6400388v1
... /86197

Sendes per e-post til gjne@kt.no, mask@kt.no og post@kt.no

KOMMENTARER TIL SVAR PÅ KONKURRANSETILSYNETS INFORMASJONSPÅLEGG I SAK 2015/0444 – SFJ/TORGHATTEN/F1 HOLDING

1 INNLEDNING

(1) Det vises til melding om foretakssammenslutning fra Sogn og Fjordane fylkeskommune («SFJ») og Torghatten ASA («Torghatten») vedrørende overdragelse av 50 prosent av aksjene i F1 Holding AS («F1 Holding»). Det vises videre til Konkurransetilsynets pålegg om å gi opplysninger i medhold av konkurranseloven § 24, som er sendt til partene selv, deres konkurrenter og kunder (ulike offentlige oppdragsgivere).

(2) Partene avholdt et møte med Konkurransetilsynet 1. mars 2016 der vi ønsket å ha en dialog med tilsynet vedrørende status for saksbehandlingen av foretakssammenslutningen, samt benytte muligheten til å diskutere og kommentere informasjonspåleggene og de svarene (heretter «høringssvarene») som var kommet inn på daværende tidspunkt.

(3) Den 4. mars 2016 mottok partene varsel om at inngrep etter konkurranseloven § 16 første ledd kunne bli aktuelt, jf. § 20 annet ledd.

(4) Partene ser det som nødvendig å gjennomgå flere punkter som vi anser for å være uriktig eller skjevt fremstilt i de høringssvarene som er innkommet, samt peke på forhold som ikke blir belyst i tilstrekkelig grad, blant annet på bakgrunn av Konkurransetilsynets valg av spørsmålsstilling. Partene ser dette brevet som nødvendig også på bakgrunn av den begrunnelsen Konkurransetilsynet gir i sitt varsel, og de indikasjoner partene ble gitt i møtet 1. mars.

2 MARKEDSAVGRENSNING

2.1 Relevant produktmarked

(5) I meldingen anfører partene at det er ett samlet produktmarked som omfatter drift av ferge- og hurtigbåtsamband. I sitt informasjonspålegg stiller Konkurransetilsynet spørsmål til partenes kunder, om hva deres oppfatning av *de relevante produktmarkeder* er. Allerede i formuleringen av spørsmålet indikeres det hvilket utgangspunkt Konkurransetilsynet har i markedsavgrensningen, ved at det utelukkes ett samlet produktmarked, da spørsmålsstillingen er i flertallsform. Dette kan etter partenes mening i seg selv være med på å påvirke de svarene som gis på spørsmålet.

(6) Vi ser at en rekke av høringsinstansene ikke har svart på spørsmålet, eller det kan virke som at de har misoppfattet hva tilsynet spør om. Se blant annet svarene fra Finnmark fylkeskommune, AtB, Ruter og Troms fylkeskommune.

(7) Generelt sett er det kun Statens vegvesen (SVV) av oppdragsgiverne som totalt avviser ett samlet produktmarked for drift av ferge- og hurtigbåtsamband. Det fremstår som om Vegdirektoratet i sitt svar vurderer hvorvidt det foreligger etterspørselssubstitusjon fra et passasjerståsted, fremfor å vurdere om det foreligger etterspørselssubstitusjon fra et innkjøpsståsted. Statens vegvesen er da også eneste aktør som mener at relevant produktmarked må splittes ytterligere opp, i ulike markeder for små, mellomstore og store ferjer.

(8) Partenes største konkurrenter, Norled og Boreal, ser også ut til å misforstå grunnlaget for avgrensningen av det relevante produktmarkedet, da de tilsynelatende vurderer etterspørselssubstitusjonen fra et passasjerståsted.

(9) Av høringssvar som ser ut til å være mer nyansert i forhold til å vurdere etterspørsels-substitusjon fra et innkjøpsståsted, kan man nevne følgende:

- Nordland fylkeskommune: *«alle som driver en eller annen aktivitet tilknyttet båtdrift»*
- Sogn og Fjordane fylkeskommune: *«drift av ferjer og hurtigbåtar i ulike storleikar»*
- Kolumbus: *«ser på hurtigbåt- og fergesamband mer som to utfyllende produktmarkeder, der det ikke er snakk om et enten/eller»*
- Møre og Romsdal fylkeskommune: *«markedet er i dag nokså isolert, men det er en viss sammenheng mellom hvem som drifter ferje- og hurtigbåtkontrakter»*

(10) Partene fastholder at man anser det relevante produktmarkedet for å være drift av ferge- og hurtigbåtsamband, slik som anført i meldingen.

Dette bygger blant annet på at det vil være de samme organisasjonene som opererer henholdsvis ferge- og hurtigbåtsamband og at det er samme oppdragsgiver for begge typer samband. Dette støttes ytterligere opp av at det er konkurranser som stiller krav til begge fartøystyper, slik som beskrevet i meldingen.

Videre er det lav terskel for substitusjon på tilbudssiden mellom drift av ferge- og hurtigbåtsamband. Et rederi som drifter fergesamband vil normalt ha den nødvendige kunnskap, utstyr etc. for å kunne starte med drift av hurtigbåtsamband, og vice versa.

2.2 Relevant geografisk marked

2.2.1 Generelt om den geografiske markedsavgrensningen

(11) Med unntak av enkelte lite velbegrunnede svar, ser det ut til å være bred enighet om at det geografiske markedet minst omfatter Norge (nasjonalt marked). Selv om det i liten grad har vært interesse fra utenlandske aktører *historisk sett*, bekrefter også flere av høringssvarene at det er lite som hindrer utenlandske aktører fra å inngi tilbud i anbudskonkurranser i Norge. Følgende høringssvar indikerer at det har vært eller kan være interesse fra utlandet, noe som i seg selv innebærer at det er potensiell konkurranse fra utenlandske aktører:

- Skyss beskriver en henvendelse fra et advokatfirma i London på vegne av et skotsk rederi.

- Finnmark fylkeskommune skriver at det har vært en henvendelse fra et svensk rederi, som var inne med en viss interesse.

- Sogn og Fjordane fylkeskommune sier i sitt svar på spørsmål 40 at *«[d]ersom prisnivået stig og dermed gir auka forteneste må vi rekne med at den norske marknaden blir interessant også for utenlandske aktørar – spesielt på dei store hurtigbåtane som f.eks. Bergen – Sogn og Fjordane.»*

- Ruter sier i sitt svar at det i praksis skal kunne være mulig at utenlandske aktører vil delta i fremtidige anbud. Det trekkes særskilt frem at reglene for virksomhets-overdragelse kan bidra til økt konkurranse fra utlandet, ved at eksisterende personell overdras til ny operatør.

(12) Partene fastholder sin vurdering som fremstilt i meldingen, om at det relevante geografiske markedet trolig også kan ha en videre utstrekning enn nasjonalt. Det er partenes mening at dersom man gjennomfører en SSNIP-test i markedet, vil aktører med base utenfor Norge vurdere å gå inn på det norske markedet.

2.2.2 Særskilt om den regionale inndelingen av de store markedsaktørene i Norge

(13) Konkurransetilsynet stiller spørsmål til både oppdragsgivere og konkurrenter (hhv. spørsmål 11/42 og 16/41) hvorvidt man er enig i at det eksisterer en regional inndeling slik som vist til i en undersøkelse gjennomført av Oslo Economics for perioden 2011-2014. De fleste høringssvarene svarer et nøytralt «ja» eller «nei» på spørsmålet.

(14) Partene har også vist til denne regionale inndelingen i meldingen, med henvisning til at partene ikke er hverandres nærmeste konkurrenter. Denne uttalelsen synes å være feiltolket i enkelte høringssvar, og oppdragsgiverne tolker partenes uttalelser som en signalisering om at man ikke skal konkurrere etter foretakssammenslutningen. Videre er det enkelte aktører som synes å antyde en geografisk markedsdeling i strid med konkurranseloven § 10, uten at disse antydningene er ytterligere begrunnet eller på annen måte underbygget. Det fremstår således som løse spekulasjoner, og en subjektiv tolkning fra enkeltaktører.

(15) Det vises i denne forbindelse til følgende uttalelser:

- Finnmark fylkeskommune: *«Ja, det er relativt tydelig. (...) Ved å «dele landet mellom seg» har de derfor bedre mulighet til inntjening – ved å kunne sette press på oppdragsgiverne».*

- Statens vegvesen (vegdirektoratet): *«Statens vegvesen er bekymret for at partene i «meldingen» signaliserer at de ser for seg å i liten grad å konkurrere mot hverandre, og at de således er komfortable med at Torghatten er stor i Nord-Norge og Fjord1 er dominerende på Vestlandet.»* (Statens vegvesen region nord slutter seg til dette svaret).

(16) I den grad det eksisterer et skille for hvor markedsaktørene har sin *hovedvirksomhet,* er det absolutt ingen realitet i antydningene om en geografisk markedsdeling, og slike påstander fremstår som totalt grunnløse og spekulative. Aktørene konkurrerer på et nasjonalt nivå, og alle aktørene har i større eller mindre grad vunnet kontrakter utenfor sitt tradisjonelle, geografiske hovedforretningsområde. Aktørenes geografiske tyngdepunkt baserer seg blant annet på historiske utgangspunkter fra perioden før sambandene ble konkurranseutsatt, samt mer praktiske hensyn som f.eks. behovet for en effektiv utnyttelse av reservemateriell etc.

(17) At partene viser til at man ikke er hverandres nærmeste konkurrenter, og at man har ulike geografiske tyngdepunkt i nåværende drift, kan ikke tas til inntekt for at man ikke vil konkurrere mot hverandre etter foretakssammenslutningen. Fjord1 og Torghatten vil bestå som separate enheter, og vil således konkurrere som normalt mot hverandre i relevante anbud. For en ytterligere redegjørelse av hvorvidt det foreligger en strukturendring i markedet som følge av foretakssammenslutningen, vises det til brev fra Wiersholm av 11. mars 2016 som grundig redegjør for de juridiske utgangspunktene for denne vurderingen.

3 KONKURRANSESITUASJONEN

3.1 Generelt om konkurransesituasjonen i markedet

(18) De ulike oppdragsgiverne er generelt negative i sine beskrivelser av konkurransesituasjonen i markedet. Uttalelser som «Markedet er begrenset», «Konkurransen er nærmest fraværende», «konkurransen er lav», går igjen i svarene.

(19) Disse uttalelsene synes ikke å ta inn over seg hva som skal til for å ha en virksom konkurranse i et anbudsmarked. Det vil ofte være tilstrekkelig med to tilbydere i en anbudskonkurranse for at konkurransen er fungerende i markedet. En henvisning utelukkende til konsentrasjonen i markedet for å underbygge fravær av konkurranse innebærer derfor ikke riktighet.

(20) Markedet for drift av ferge- og hurtigbåtsamband er et anbudsmarked. Det vil derfor ikke være antall deltakere i hver enkelt konkurranse som er avgjørende. Det avgjørende er om de som inngir tilbud forventer at også andre kommer til å by. Jo flere konkurrenter som er aktive i det relevante markedet og som har evne til å løfte prosjektet (enten alene eller i samarbeid med andre), jo sterkere er den potensielle konkurransen. Dette gjelder selv om det i ettertid skulle vise seg at det i snitt for eksempel bare har vært to eller tre aktører med i konkurransen.

(21) Uavhengig av om det kan konstateres at det foreligger et perfekt anbudsmarked eller ikke i henhold til teorien, vil et anbudsmarked måtte vurderes på bakgrunn av de markeds-karakteristika som foreligger. Det kan ikke gjennomføres en lik konkurranseanalyse i et anbudsmarked som i et hvilket som helst annet marked. Det faktum at ferge- og hurtigbåt-markedet er et anbudsmarked, har relevans både i konkurranseanalysen som sådan, ved vurderingen av aktørenes konkurransenærhet samt ved vurderingen av kjøpermakt.

(22) I alle anbudskonkurranser som gjelder drift av ferge- og/eller hurtigbåtsamband vil en aktør som inngir tilbud forvente at også andre rederier kommer til å by. Det foreligger betydelig usikkerhet om konkurrerende anbuds betingelser både hva gjelder priser og øvrige vilkår. Det fremgår også av svaret fra Sogn og Fjordane fylkeskommune på spørsmål 54 at

«anbod i seg sjølv er med på å halde prisane nede»

(23) Vi mener på denne bakgrunn at det er virksom konkurranse i markedet. Oslo Economics konkluderer sågar på side 59 av sin rapport fra 2012 at

> *«Det har vært en betydelig konsentrasjon i markedet de senere årene, men dette synes å være en konsekvens av en profesjonalisering og økte muligheter for å utnytte stordriftsfordeler som gir økt effektivitet og konkurransekraft. Vi har ikke identifisert etableringshindringer innenfor ferjemarkedet som kan anses å være spesielt høye, samtidig har kjøper-siden mulighet for å bruke kjøpermakt. Konsentrasjonen i markedet er derfor etter vår vurdering ikke et tegn på svak konkurranse.»* (vår understreking)

(24) Også de lave marginene i bransjen tilsier at det er virksom konkurranse i ferge- og hurtigbåtmarkedet. Oslo Economics skriver i nevnte rapport på side 53 følgende:

> *«At det er få aktører i bransjen trenger derfor ikke bety at det er høye etableringshindringer, men kan likeså godt være et resultat av virksom konkurranse og lav lønnsomhet i bransjen»* (vår understreking)

(25) Partene mener konkurransen er virksom før foretakssammenslutningen. Videre understrekes at foretakssammenslutningen ikke innebærer noen sammenslåing av ferge- og hurtigbåt-virksomheten i Fjord1 og Torghatten Sjø.

(26) Som det fremgår av Wiersholms brev til Konkurransetilsynet 11. mars 2016, vil Fjord1 og Torghatten *ikke* inngå i samme økonomiske enhet etter foretakssammenslutningen. Selskapene vil forbli uavhengige foretak, og enhver konkurransebegrensende samordning mellom Fjord1 og Torghatten vil være i strid med krrl. § 10.

(27) Dette innebærer dermed at konkurransen stadig vil være virksom etter gjennomføringen av foretakssammenslutningen.

3.2 Markedsandeler sier lite om styrkeforholdet mellom aktørene

(28) En rekke av oppdragsgiverne og partenes største konkurrenter viser til at Fjord1 og Torghatten samlet vil få svært høye markedsandeler etter foretakssammenslutningen. F.eks. viser Boreal til presentasjon holdt av Oslo Economics/DNVGL/Inventura, der det benyttes markedsandeler beregnet på bakgrunn av PBE. Også andre aktører viser til markedsandeler målt i PBE, der Boreal er nærmest ikke-eksisterende, og hvor Torghatten og Fjord1 fremstår med høye markedsandeler.

(29) For det første ønsker partene å bemerke at dersom man først skal vurdere noe på bakgrunn av aktørenes markedsandeler, vil markedsandeler beregnet på PBE være det minst treffende målet. Dette beror blant annet på at få men store fartøy/samband teller tungt uten å inneha noen fleksibilitet i anbudsmarkedet, slik at en høy markedsandel målt på denne måten ikke innebærer markedsmakt.

(30) Uavhengig av dette ønsker partene å presisere at det i markedet for drift av ferge- og hurtigbåtsamband uansett er andre momenter enn markedsandeler som vil være avgjørende for å definere markedsstyrke. Verken markedsandeler basert på PBE, omsetning, antall fartøy eller antall samband gir et korrekt bilde av aktørenes markedsstyrke.

(31) Det som er avgjørende for et foretaks eventuelle markedsmakt er hvilken mulighet man har til å vinne det neste anbudet. Dette fordi konkurransen er *om* markedene, og ikke *i* markedene. På denne bakgrunn vil relevante momenter i vurderingen av styrkeforholdet mellom markedsaktørene være tilgang på kapital, alder på materiell og antall mellomstore og fleksible ferger som kan settes inn i drift på en rekke ulike samband.

(32) Hvis man tar Boreal som et eksempel, vil det være uinteressant hvorvidt de har en markedsandel på 2 %, 15 % eller 30 %. Boreal eies av Cube Infrastructure Fund[1] og er således den markedsaktøren som antakelig har best tilgang på kapital. Det vises i denne forbindelse til vedlegg 4 til meldingen, som er en sak fra Dagens Næringsliv der Boreal har kunngjort at

---

[1] http://www.cubeinfrastructure.com

rederiet for tiden investerer over én milliard kroner i nye ferger og hurtigbåter for å dekke ny etterspørsel.

(33) Det er således partenes oppfatning at Boreal har en markedsstyrke som er større enn det eventuelle markedsandeler tilsier. Konkurransetilsynet kan etter partenes syn ikke vektlegge markedsandeler som kun viser historisk styrke. Kun undersøkelser som tar inn over seg alle momenter som er nødvendig for å vinne fremtidige konkurranser kan skape et riktig bilde av aktørenes markedsstyrke.

(34) Partenes materiell er til dels av eldre standard og av lite fleksible størrelser, noe som gjør at man ikke vil ha samme fortrinn for å vinne konkurranser i fremtiden uten stor grad av nybygg. Det er partenes oppfatning at man ikke innehar markedsmakt.

3.3 Krav i fremtidige anbudskonkurranser som innebærer at man må investere i materiell

(35) I spørsmål 16 og 47 i sitt informasjonspålegg til oppdragsgiverne spør Konkurransetilsynet om det vil være krav i fremtiden som innebærer at samtlige aktører må investere i nye fartøy for å kunne være kvalifisert ved fremtidige kontrakter.

(36) De ulike oppdragsgiverne ser ut til å være relativt samstemt, slik også partene mener, om at de vedtatte miljøkravene som følger av Stortingets vedtak fra desember 2015 vil innebære en nødvendig utskiftning av ferger og hurtigbåter i stor skala[2]. Dette har partene redegjort grundig for i meldingen. Bl.a. følgende uttalelser støtter opp under partenes vurdering:

- Kolumbus: *«I forslag til miljøstrategi for Kolumbus legges det opp til at ruteproduksjonen, inkl den for hurtigbåter skal være utslippsfri innen 2021/2024. Det må derfor legges til grunn at samtlige aktører må investere i nytt materiell for å være kvalifisert ved fremtidige konkurranser.»*
- Skyss: *«Man kommer nok ikke utenom at det vil bli en del nybygg fremover»*
- AtB: *«I forbindelse med overgang til hybride og elektriske løsninger i forbindelse med strenge miljøkrav, må aktørene belage seg på å investere i nye energieffektive fartøy for å kunne nå kravene til utslipp»*
- Møre og Romsdal fylkeskommune: *«Innstilling fra energi og miljøkomiteen Dokument 8:126 S (2014-2015) og vedtak i budsjettavtalen mellom regjering og støttepartier i 2016 (…) gir føringer om at det i fremtidige anbud skal vurderes nye ferger, der også alternativ teknologi kan være aktuelt. Dette vil kunne bety at samtlige aktører i fremtidige anbud må investere i nye fartøy, da dagens fergeflåte er gammel og lite egnet til ombygging til batteridrift og hybridløsninger»*

(37) Svaret som er innkommet fra Statens vegvesen skiller seg fra de øvrige svarene. Det hevdes blant annet følgende fra SVV, både i bakgrunnen for vegvesenets «anbefaling» i brevets innledning, samt i svaret på spørsmål 16[3]:

---

2 Tilsvarende følger også av DNVGLs rapport «Realisering av null- og lavutslippsløsninger i anbudsprosesser for ferjesamband» utarbeidet for Klima- og miljødepartementet (8. februar 2016)

3 Statens vegvesen region nord viser til vegdirektoratets svar på dette spørsmålet, og stiller seg således bak de vurderingene som er gitt i deres høringssvar.

- *«At det i fremtiden vil bli stilt enten krav til alder til fartøy eller til ny teknologi som de facto betyr at det vil komme nybygg (...) medfører ikke riktighet»*
- *«Rederier som besitter brukt materiell [vil] også i fremtiden ha et konkurransefortrinn ved å bygge om brukt materiell slik at de er tilpasset de nye miljøkravene.»*

(38) For det første ser man at SVV stikk i strid med øvrige aktører og partene mener at det ikke vil komme noen krav om nybygg i fremtiden pga. miljøkrav fra Stortinget.

(39) For det andre ser man at brukt materiell ifølge SVV fint kan bygges om og tilpasses de nye kravene. Dette strider direkte mot svaret gitt blant annet av Møre og Romsdal fylkeskommune som sier at fergene er *«lite egnet til ombygging til batteridrift og hybridløsninger»*.

(40) For det tredje mener Statens vegvesen at det er en konkurransefordel å ha eldre fartøyer, noe som er vanskelig å forstå. Det er oppdragsgiver som stiller krav i anbudskonkurransene, og oppdragsgiverne er her bundet av Stortingets vedtak om å stille miljøkrav i fremtidige konkurranser. Miljøkravene kommer kun som ett av flere elementer som gjør at det ikke vil være noe konkurransefortrinn å eie eldre fartøyer. Dette vil kommenteres ytterligere nedenfor under avsnittet om kjøpermakt.

(41) For det fjerde bemerkes at SVVs svar i seg selv fremstår som selvmotsigende. For eksempel skriver SVV selv følgende (side 12, øverst): «*Det er imidlertid klart at kombinasjonen av at deler av ferjeflåten begynner å nærme seg en alder for utskifting og nye miljøkrav, vil gjøre at det kommer til å bli bygde en del nye ferjer i tiden fremover*.»

4 KJØPERMAKT

4.1 Generelt

(42) Konkurransetilsynet ber oppdragsgiverne om å gjøre rede for virkemidler de har til å utøve kjøpermakt overfor rederiene i anbudskonkurranser.

(43) For noen av svarbrevene kan det stilles spørsmål ved om man har tatt inn over seg betydningen av det konkurranserettslige begrepet kjøpermakt. Kjøpermakt vil, som begrepet antyder, innebære at en kjøper har makt til å påvirke betingelsene for handelen. Det kan være prisen som den betaler for det den kjøper inn, andre kontraktsforhold eller eventuelt egenskapene ved produktet slik som kvalitet.

(44) Det følger av dette at konseptet anbudskonkurranser i seg selv innebærer en vesentlig kjøpermakt for oppdragsgiverne. Det er derfor vanskelig å forstå oppdragsgiverne når de i stor grad i sine høringssvar beskriver at de ikke har mulighet til å utøve kjøpermakt.

(45) Oppdragsgiverne har nettopp all makt til ensidig å fastsette de krav som skal settes for å kunne delta i konkurransen, de kriterier som en kontrakt skal tildeles etter, samt ulike krav som settes i kravspesifikasjon, kontrakt osv.

(46) Flere av oppdragsgiverne synes å tro at det må være én enkelt innkjøper for at det skal foreligge kjøpermakt, og at det i motsatt fall ikke vil være kjøpermakt fordi det er flere ulike innkjøpere som ikke handler på en koordinert måte. SVV argumenterer f.eks. med at det i fremtiden kan bli kjøpermakt dersom man lander en felles kontraktsmal mellom SVV og de ulike fylkeskommunene.

(47) Partene mener det er irrelevant hvor få eller mange innkjøpere det er, all den tid innkjøpene foregår gjennom anbudsprosesser der oppdragsgiver ensidig fastsetter alle vilkår for deltakelse, gjennomføring og utvelgelse blant tilbyderne.

(48) Det er gitt flere uttalelser som nettopp peker i retning av at det foreligger en betydelig kjøpermakt. Det fremgår i flere svar at oppdragsgiverne både har endret eller avlyst anbud og planlegger å gjøre det for å legge til rette for ytterligere konkurranse, se blant annet:

- Troms fylkeskommune (23): *«Adgangen til å avlyse anbudet ved manglende konkurranse er viktig for å unngå at leverandører overpriser tilbudet eller reduserer kvaliteten når antall tilbydere er lavt»*
- Møre og Romsdal fylkeskommune (37): *«vi har gjort endringer i kravspesifikasjonen fra konkurranse til konkurranse for å tiltrekke oss nye tilbydere»*
- AtB (37): *«Ja. Dette kan være kapasitetskrav, alderskrav og andre krav vi ser er kostnadsdrivende og/eller krav som hemmer konkurransen»*

(49) Videre fremgår det at det er flere oppdragsgivere som enten har endret strukturen for eierskap til materiell, og kun konkurranseutsetter selve driften, eller ser det som interessant å gjøre dette i fremtiden:

- Nordland fylkeskommune sier i sitt svar på spørsmål 54 at *«[f]or å imøtegå høyere pristilbud har vi god erfaring med at vi anskaffer materiell som operatør må leie»*, og videre i svar på spørsmålene 56 og 57 bekreftes det at dette er gjennomført i *«sambandene Solfjellsjøen-Vandve, Træna lokal, Lurøy, Meløy og Gildeskål lokal»*, og at det er *«planer om å utlyse ytterligere ett samband»* der fylkeskommunen selv eier materiellet.
- Finnmark fylkeskommune (26): *«Dette vil bli vurdert»*
- Møre og Romsdal fylkeskommune (26): *«Vi er ikke fremmed for tanken å anskaffe eget ferjemateriell. Det har tidligere vært luftet internt på samferdselsavdelinga. Fylkesutvalget i Møre og Romsdal har i 2016 vedtatt at spørsmålet om å anskaffe eget ferjemateriell skal utredes.»*

4.2 Særskilt om Vegvesenets påstand om at det vil være en konkurransefordel å eie eldre fartøyer – en gjennomgang som viser tilstedeværelse av kjøpermakt for SVV

(50) Som nevnt i punkt 3 ovenfor, anfører Statens vegvesen at det vil være en konkurransefordel å eie eldre fartøyer. Dette standpunktet mener partene ikke kan være riktig, basert på praktiske eksempler som viser oppdragsgivers kjøpermakt.

(51) For eksempel kan dette illustreres ved å analysere den sist utlyste konkurransen fra Statens vegvesen i sambandene Halhjem – Sandvikvåg og Mortavika – Arsvågen. På basis av offentlig kjent informasjon har Torghatten gjort seg noen betraktninger rundt denne konkurransen.

(52) Eksisterende leverandør er for disse Fjord1. Fjord1 har i dag fem fartøyer i størrelsen 212 PBE og ett på 242 PBE. I det neste anbudet er produksjonen delt opp i to separate anbud:

- Mortavika – Arsvågen med leveringsfrist i juni er det stilt krav om fire fartøy, hver på 240 PBE, samt ett reservefartøy 200 PBE. Dette anbudet skal avløses av fastlandsforbindelse, så fartøyene kan kun benyttes i denne anbudsperioden.

- Halhjem – Sandvikvåg med leveringsfrist i august, hvor det er en kombinasjon av fartøyer hvor minste fartøys-størrelse er 140 PBE og maksimal størrelse er 210 PBE. I tillegg ett reservefartøy 140 PBE.

(53) I tillegg til disse sambandene er det kun sambandet Moss – Horten som opererer med fartøys-størrelser over 140 PBE.

(54) For Fjord1 er altså fordelen ved å ha eldre fartøy effektivt fjernet ved at Statens Vegvesen selv har stilt krav som ekskluderer Fjord1 fra å delta med egne fartøyer. Det viser både at oppdragsgiver har sterk markedsmakt og at det er stor risiko knyttet til å ha eksisterende fartøy. Sett fra Torghattens side, synes det å være tre potensielle hovedscenarier:

i. Fjord1 kan bygge om tre fartøyer til 240 PBE og beholde to på eksisterende størrelse, og derved disponere fem fartøyer til Mortavika – Arsvågen. Det siste fartøyet er for stort til noe annet samband i Norge enn sambandet Halhjem – Sandvikvåg, hvor det kun kan benyttes i to av tre aktuelle alternativer, og uansett i kombinasjon med betydelig investering.

ii. Fjord1 kan disponere alle fartøy inn i sambandet Halhjem – Sandvikvåg i alternativ F, forutsatt at det aksepteres en nedskrivning av størrelse fra 212 til 210 PBE. Det vil gi en betydelig overkapasitet og mulig redusert konkurransekraft, og dessuten har Statens Vegvesen stilt et støykrav som ekskluderer eksisterende fartøy.

iii. Fjord1 kan kombinere mellom begge anbudene, og bygge nytt for det øvrige ettersom det ikke eksisterer slike fartøy i dag. Det vil ytterligere øke risikoen for at Fjord1 etter anbudsrunden blir sittende med overkapasitet som ikke kan benyttes etter at fastlandsforbindelse er opprettet.

(55) Felles for alle tre alternativene er at Fjord1 først må vinne anbudene. Gjør de ikke det sitter de med seks fartøy som på grunn av sin størrelse, utrustning og fartsområde ikke kan legges inn i andre anbud i Norge. Deretter vil Fjord1 uansett etter anbudsperiodens slutt sitte med en betydelig risiko for at oppdragsgiver igjen endrer kravene på en slik måte at fartøyene ikke kan benyttes, og restverdirisiko for fartøyene.

(56) Tilgangen på eksisterende fartøy er altså ingen matematisk øvelse hvor antallet er synonymt med økt konkurransekraft. Det er oppdragsgiver som sitter med definisjonsmakten av behovet, og det er flere eksempler på at oppdragsgiver endrer behovet kort tid etter anskaffelsen. For fartøyer som er i ytterkanten av mengden, enten ved å være svært store eller svært små, eller har særlig spesialisert utforming, så vil det tvert imot være en betydelig restverdirisiko.

(57) Dette belyser med all tydelighet oppdragsgivers kjøpermakt overfor tilbyderne.

5 VIRKNINGER

(58) Når oppdragsgiverne skal vurdere hvilke virkninger foretakssammenslutningen vil få for de som innkjøpere og for markedet som sådan, er det noe sprik i de svarene som foreligger, likevel slik at de fleste ser ut til å mene at konkurransen blir svekket og at partene samlet sett vil få svært høye markedsandeler.

(59) Som tidligere nevnt mener partene dette har bakgrunn i at de fleste oppdragsgiverne ikke har oppfattet hva et erverv av felles kontroll i F1 Holding faktisk vil innebære. Unntaket er Skyss, som skriver følgende i sitt svar på spørsmål 27:

> *«Vi er usikre på hvilke konsekvenser denne foretakssammenslutningen vil få for oss som innkjøper og for konkurransen i markedet generelt. I meldingen opplyses det om at foretakssammenslutningen ikke skal resultere i noen sammenslåing av ferje- og hurtigbåtvirksomhetene i de to selskapene. I tillegg blir det opplyst at det ikke skal skje noen koordinering mellom de to selskapene. Dersom dette medfører riktighet og de to selskapene i fremtiden fremstår som to reelle konkurrenter vil foretakssammenslutningen ikke få konsekvenser hverken for oss eller for markedet generelt.»*

(60) Dette svaret gjenspeiler den reelle situasjonen etter foretakssammenslutningen da det ikke vil skje noen sammenslåing av Fjord1 og sjøvirksomheten til Torghatten. Kommentarer som at transaksjonen vil føre til «mindre konkurranse» (Nordland fylkeskommune), at «aktuelle tilbydere blir færre» (Kolumbus), at «det vil forverre konkurransesituasjonen ytterligere, og derav gi økte priser» (Finnmark fylkeskommune), «risiko for reduksjon i antall tilbydere og begrense muligheten for økt konkurranse» (Møre og Romsdal fylkeskommune), «en mindre aktør – dårligere konkurranse» (AtB), «antallet tilbydere reduseres ytterligere» (Ruter) medfører derfor ikke riktighet. Vi viser i denne forbindelse til brevet fra Wiersholm til Konkurransetilsynet datert 11. mars som ytterligere forklarer at det ikke vil skje en sammenslåing av partenes operative virksomheter.

(61) Flere aktører argumenterer videre for at Torghatten og Fjord1 har endrede insentiver til å konkurrere etter foretakssammenslutningen, noe de mener å kunne underbygge ved å vise til at de ulike selskapene som per i dag er i Torghatten-konsernet aldri har levert tilbud i samme anbudskonkurranse. Høringssvarene som argumenterer på denne måten overser tilsynelatende at dagens selskaper i Torghatten-konsernet er i samme økonomiske enhet. Fjord1 og Torghatten vil derimot forbli ulike økonomiske enheter, og det vil ikke på noen måte skje en sammenslåing av de to selskapene.

(62) Statens vegvesen mener det er «nærliggende å tenke seg at Torghatten-konsernet kan bestemme hvilke konkurranser Fjord1 skal være aktive i». Dette fremstår kun som rene spekulasjoner og innebærer ingen realitet.

6 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

(63) Partene presiserer at det er viktig at Konkurransetilsynet leser høringssvarene som er innkommet med varsomhet. Det fremstår som tydelig at en rekke av svarene beror på mulige feiltolkninger og eventuelle misforståelser. Som eksempel kan det vises til Ruter, som tolker en henvisning til SSNIP-testen i meldingen som en innrømmelse av at partene har til hensikt å heve prisene.

(64) Det er videre avgjørende at dette brevet ses i sammenheng med brevet fra Wiersholm 11. mars 2016 vedrørende vurderingen av strukturendring. Det er partenes oppfatning at det ikke skjer noen strukturendring i ferge- og hurtigbåtmarkedet som følge av foretakssammenslutningen.

Dersom det er spørsmål eller kommentarer til innholdet i dette brevet, kan undertegnede kontaktes.

For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at dette brevet inneholder forretningshemmeligheter, som skal unntas offentlighet.

Med vennlig hilsen
ARNTZEN de BESCHE ADVOKATFIRMA AS

Stein Ove Solberg